

Problemas actuales de política criminal

ANUARIO DE DERECHO PENAL 2015-2016

Capítulo 7

José Hurtado Pozo

Director

Víctor Prado Saldarriaga

Bertha Prado Manrique

Coordinadores



Universidad de Friburgo
Suiza



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ

Centro Bibliográfico Nacional

344.41 Problemas actuales de política criminal : anuario de derecho penal 2015-2016 / José Hurtado
P7 Pozo, director ; Víctor Prado Saldarriaga, Bertha Prado Manrique, coordinadores.-- 1a ed.--
Lima : Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial ; Friburgo, Suiza : Universidad
de Friburgo, 2018 (Lima : Tarea Asociación Gráfica Educativa).
287 p. ; 24 cm.

“Doctrina. Jurisprudencia. Legislación. Bibliografía”.

Bibliografía: p. 253-287.

D.L. 2018-18015

ISBN 978-612-317-430-9

1. Política criminal - Ensayos, conferencias, etc. 2. Terrorismo - Aspectos legales 3. Lavado
de dinero - Aspectos legales 4. Corrupción administrativa - Aspectos legales 5. Justicia penal,
Administración de I. Hurtado Pozo, José, 1942-, director II. Prado Saldarriaga, Víctor Roberto,
1959-, coordinador III. Prado Manrique, Bertha, 1991-, coordinadora IV. Pontificia Universidad
Católica del Perú V. Universidad de Friburgo (Suiza)

BNP: 2018-496

Problemas actuales de política criminal
Anuario de Derecho Penal 2015-2016

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2018

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

© Universidad de Friburgo, Suiza, 2018

Miséricorde, 1700 Friburgo, Suiza

Teléfono/Fax: (41 26) 436-2193

Correo electrónico: jose.hurtado@unifr.ch

Diseño, diagramación, corrección de estilo y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: noviembre de 2018

Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin
permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2018-18015

ISBN: 978-612-317-430-9

Registro del Proyecto Editorial: 31501361801198

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

SANCIONES PENALES PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS

Percy García Cavero

Sumario: 1. Introducción. 2. La implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los países de tradición europea continental. 2.1. El modelo de responsabilidad penal por atribución del hecho de otro. 2.2. El modelo de responsabilidad por hecho propio. 2.3. Toma de posición. 3. El sistema penal peruano. 3.1. ¿Responsabilidad administrativa o penal? 3.2. El modelo de atribución de responsabilidad penal. 4. Valoración final.

1. INTRODUCCIÓN

Las personas jurídicas tienen una intervención preponderante en los distintos sectores sociales. En el terreno de la economía, por ejemplo, las organizaciones empresariales han desplazado claramente a la figura del comerciante individual como sujeto de las operaciones y transacciones económicas (véase García Cavero, 2008a, p. 651). Esta situación ha traído como consecuencia no solo que la regulación jurídico-privada se oriente desde hace ya buen tiempo hacia el fenómeno corporativo, sino también que el propio sistema penal empiece a plantearse la necesidad político-criminal de considerar a la persona jurídica en

sus criterios de imputación de responsabilidad. El punto de partida, en el que conviene unánimemente la doctrina penal, es que la atribución de responsabilidad penal por los delitos cometidos en el marco de la actividad de una persona jurídica no puede limitarse únicamente a sujetos individuales. Consideraciones de carácter político-criminal ponen de manifiesto que la pena a los miembros de la persona jurídica resulta insuficiente en términos de prevención o mantenimiento de la vigencia del orden normativo, por lo que el sistema penal debe incorporar medidas aplicables directamente a la entidad colectiva¹.

El presente artículo se va a ocupar de la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su actual relevancia político-criminal en el sistema penal peruano. Lo que se hará primero es un breve recuento de cómo los sistemas penales deudores de la tradición europea continental han ido abandonando el postulado del *societas delinquere non potest* y aceptando legislativamente que las personas jurídicas tengan una mayor o menor capacidad delictiva. En el marco de esta tendencia legislativa, se hará una descripción de los modelos con los que se puede fundamentar dogmáticamente la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, destacando cuál es el que resulta más compatible con las exigencias del derecho penal actual. En la parte final de este trabajo, se abordarán las decisiones que al respecto se han tomado en la regulación penal peruana y, en especial, la cuestión concreta de si el modelo asumido por la ley 30424 constituye un modelo razonable de atribución de responsabilidad a la persona jurídica.

1 La insuficiencia de las sanciones penales impuestas a los sujetos individuales para hacer frente a la criminalidad desde la empresa se evidencia fundamentalmente a partir de ciertos datos criminológicos. Por un lado, se ha llegado a determinar con una base empírica comprobada cómo la cultura corporativa de una empresa puede tornarse en criminógena, es decir, fomentar que los miembros materialicen hechos delictivos en cumplimiento de las directrices de conducta que la empresa desarrolla a su interior (véase, con mayor detalle, Schünemann, 1979, p. 22; Lampe, 2003, p. 130; Dannecker, 2001, p. 108; Zúñiga Rodríguez, 2003, p. 240). Por lo tanto, sancionar únicamente a los miembros individuales de la empresa no erradicaría la cultura corporativa criminógena y, por tanto, el peligro de la futura comisión de hechos delictivos. En segundo lugar, se ha demostrado también que la empresa moderna recurre con mayor frecuencia a la figura de los directivos de banquillo, es decir, personas incorporadas a la estructura empresarial con la única finalidad de asumir plenamente la responsabilidad penal por los hechos delictivos cometidos desde la empresa (véase Seelmann, 2002, p. 32). En este sentido, las sanciones penales perderían completamente su virtualidad preventiva si la sanción se quedase en el directivo individual, pues la empresa se limitaría solo a contabilizar el costo de un director de banquillo frente a los beneficios que le proporcionaría el desarrollo de la actividad ilícita.

2. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS PAÍSES DE TRADICIÓN EUROPEA CONTINENTAL

Sea por la vía de admitir una culpabilidad penal de las personas jurídicas o por medio de otros criterios de fundamentación, la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha comenzado su marcha triunfal en la legislación penal de diversos países de tradición europea continental. Debe reconocerse, sin embargo, que esta nueva configuración legal de los criterios de imputación penal no se ha debido a las exigencias de una dogmática convencida en la capacidad delictiva de las personas jurídicas, sino que se ha dado a raíz de la política unificadora de los mercados y la economía. Así, es conocido que en Europa la progresiva introducción de una responsabilidad de las personas jurídicas respondió a la directiva que en 1988 dio la Comunidad Europea a los Estados miembros para implantar sanciones directas a las personas jurídicas con la finalidad de proteger de esta manera las condiciones del mercado común (Achenbach, 1995, p. 381; Alessandri, 2000, p. 82; Bacigalupo, 2001, p. 141; Bajo Fernández, 1994, p. 103; Silva Sánchez, 1995, p. 358; Zugaldía Espinar, 1994, p. 617). En el caso de varios países latinoamericanos, es un hecho incuestionable que la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha hecho con la finalidad de cumplir con ciertos requisitos para poder acceder a la OCDE². Esta tendencia legislativa, complaciente con una responsabilidad penal de las personas jurídicas, se ha visto reforzada, además, por los acuerdos internacionales de lucha contra la criminalidad transnacional, en donde se recomienda a los países parte incorporar sanciones penales a los entes colectivos. Esto sucede, por ejemplo, con la Convención de Palermo de 2000 (artículo 10), a la que el Perú, dicho sea de paso, también se ha adherido.

En este contexto, más político que jurídico, los cambios se han producido rápidamente en el plano legislativo, mientras que en la discusión doctrinal las opiniones siguen estando encontradas no solo en la cuestión del «si» de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino fundamentalmente del «cómo» se debe imputar responsabilidad a los entes colectivos. No hay duda de que la incorporación legislativa de medidas aplicables directamente a las personas jurídicas requiere de una decisión política, pero su correcta aplicación no puede alcanzarse sin una fundamentación dogmática razonable. Al respecto, Bacigalupo Zapater ha destacado que «el fundamento de estas legislaciones sigue siendo poco seguro», lo que obliga a la doctrina y la jurisprudencia a nutrir a la regulación legal

2 Así, en el caso chileno, expresamente Hernández, 2010, p. 208.

del respaldo dogmático que legitime su aplicación (Bacigalupo Zapater, 2005, p. 188). Si bien, como lo dijo el legislador suizo al incorporar en dicho país la responsabilidad penal de las personas jurídicas, «no es finalmente la dogmática, sino la voluntad del legislador de regular convenientemente una situación problemática la que decide si esta regulación resulta permitida» (citado en Seelmann, 2002, p. 25), esta oposición de «lo conveniente» con «lo dogmático» hace que se rompa el necesario juego en equipo entre ambos, lo que lleva finalmente a que el derecho no pueda enseñarse, aprenderse, controlarse y aplicarse (Seelmann, 2002, p. 26).

Por lo anterior, queda completamente claro que no basta con el reconocimiento legislativo de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que los estudios especializados deben, antes o en todo caso inmediatamente después de la reforma legal correspondiente, proveer de los insumos dogmáticos necesarios para sustentar la imposición de una sanción penal a las personas jurídicas. Si no se trabaja en la legitimación jurídica de estas medidas, se habrá vuelto de alguna manera a la época en la que administración de justicia se realizaba de manera arbitraria, con absoluta carencia de razones justificadas para intervenir sobre los ciudadanos. En un contexto como este, una decisión correcta solamente podrá alcanzarse de forma intuitiva. Por estas razones, me ocuparé, en lo que sigue, de hacer —luego de una panorámica general sobre los distintos modelos de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas— un breve esbozo de una propuesta personal al respecto. Con la ayuda de este esquema conceptual, me encargaré después de analizar críticamente la recientemente aprobada regulación nacional de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que se encuentra aún en *vacatio legis*.

2.1. El modelo de responsabilidad penal por atribución del hecho de otro

La forma de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas puede seguir diversos modelos. Posiblemente el más elemental sea el modelo de responsabilidad penal por atribución³, el cual consiste en transferir a la persona jurídica la responsabilidad penal por el injusto penal que realizan sus órganos o representantes. Este modelo se corresponde con la teoría de la identificación o *alter ego theory*, de procedencia anglosajona⁴. La principal labor de fundamentación dogmática que precisa este modelo de atribución de responsabilidad penal reside en el título

3 Gómez-Jara Díez (2005b, p. 140) es crítico con la terminología, pues entiende que todo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas se sustenta en un acto normativo de atribución de dicha responsabilidad.

4 La teoría del *alter ego* tuvo su origen en Inglaterra con el juez Haldane (1915). Esta teoría está siendo actualmente cuestionada desde estudios procedentes del mismo ámbito angloamericano, en el sentido de la necesidad de fundamentar la responsabilidad de las personas jurídicas en un

por el cual la responsabilidad penal por el hecho puede ser transferida del sujeto individual a la persona jurídica⁵. En un plano más operativo, este modelo debe determinar también cuándo tiene lugar el llamado elemento de conexión entre la actuación del órgano o representante y la persona jurídica.

El modelo de la atribución del hecho de otro es sometido a diversas críticas que ponen en tela de juicio su viabilidad dogmática. Si bien este modelo conlleva una transferencia de la responsabilidad penal, esta transferencia no puede alcanzar a lo subjetivo, pues lo interno del órgano no se puede transferir a la persona jurídica. En consecuencia, este modelo de atribución se sustentaría, en el fondo, en una pura responsabilidad objetiva de la persona jurídica, lo que difícilmente resulta compatible con una imputación penal regida por el principio de culpabilidad por el hecho propio⁶. Por otra parte, se le ha reprochado llevar a cabo una doble valoración del hecho para sustentar la imputación al representante y a la persona jurídica. En efecto, el representante de la persona jurídica actuó como tal o en su calidad de persona individual, pero lo que no es posible es que haya actuado en ambos roles al mismo tiempo⁷. Por lo tanto, la imposición de la pena a la persona jurídica presupone que previamente no se haya sancionado penalmente al representante por el mismo hecho. Dado que ningún sistema penal está dispuesto a renunciar a la pena del representante, la tendencia apunta a ir abandonando los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas que se sustentan en la atribución de un injusto realizado por el órgano o representante.

Con independencia de los cuestionamientos generales al modelo de atribución del hecho ajeno, existen ciertos aspectos discutidos en su propia configuración que determinan el alcance de este modelo. En primer lugar, resulta necesario precisar cuándo se entiende que el agente actúa propiamente como órgano o representante de la persona jurídica. Es posible manejar al respecto fundamentalmente dos interpretaciones: la teoría de la función y la teoría del interés. Conforme a la primera, los representantes u órganos de administración de una persona jurídica solamente actúan como tales si se mueven en el marco de las facultades de representación o administración conferidas, mientras que la segunda teoría sostiene que el representante u órgano de administración solo actuará como tal si se mueve en el círculo de tareas derivado de su relación de representación, pero

defecto propio de organización, esto es, en una culpabilidad propia de la persona jurídica (véase las referencias bibliográficas en Kremnitzer & Ghanayim, 2001, p. 560, n. 89).

5 Así, lo destaca Silva Sánchez (2004, p. 115).

6 En este sentido, Silva Sánchez, 2004, p. 121.

7 Así, para Jakobs: «Si la persona jurídica tiene que reconocer jurídicamente como culpa propia la culpa del órgano, entonces esta culpa es su propia culpa, y ya no cabe hablar de un resto de culpa individual» (2004b, p. 59).

siempre en interés de su representada⁸. En segundo lugar, deben determinarse las exigencias que tiene que reunir el hecho de conexión del órgano o representante para dar pie a una responsabilidad penal de la persona jurídica. En este punto se discute, por ejemplo, si basta con la realización de un injusto penal por parte del representante o si es necesario también que este haya actuado culpablemente. Además de la discusión sobre la calidad del hecho de conexión, se suscitan también aspectos de orden procesal, en el sentido de si el hecho de conexión requiere de una individualización y efectiva condena del representante o basta simplemente con acreditar que algún miembro haya cometido un delito en el marco de las actividades de la persona jurídica. Sin precisar estos aspectos, el modelo de atribución del hecho ajeno tendrá serios problemas operativos.

2.2. El modelo de responsabilidad por hecho propio

Como su nombre lo dice, el modelo de responsabilidad por hecho propio sustenta la responsabilidad penal de la persona jurídica en un hecho de la propia persona jurídica. Posiblemente la formulación doctrinal que inicia esta línea de argumentación es la llamada «culpabilidad por defecto de organización» (*Organisationsverschulden*), formulada originariamente en el ámbito de las contravenciones por Tiedemann y que pone a la organización a la que pertenece como punto de referencia de la culpabilidad de la persona jurídica (Tiedemann, 1988, p. 1169), culpabilidad que radicaría, fundamentalmente, en una carencia o deficiencia en la organización de la propia persona jurídica. Por lo tanto, el trabajo dogmático en este modelo apunta fundamentalmente a precisar cuáles son los requisitos necesarios para atribuir a la persona jurídica una defectuosa organización.

La defectuosa organización tiene lugar cuando la persona jurídica ha omitido tomar las medidas de seguridad necesarias para asegurar un funcionamiento no delictivo, por lo que los hechos individuales de sus órganos o representantes se considerarán delitos de la persona jurídica. Para evitar que esta referencia al hecho del órgano o representante lleve de vuelta al modelo de la responsabilidad por el hecho de otro, se acude a la figura de la omisión y la *actio libera in causa* con la finalidad de mantener la imputación en la propia persona jurídica (p. 1172). De esta manera, la responsabilidad de la persona jurídica por los hechos cometidos por sus órganos o representantes se sustentaría en una omisión de medidas de seguridad que ha puesto previamente a la persona jurídica en incapacidad de poder impedir dichos delitos.

8 Sobre la disputa entre la teoría de la función y del interés para determinar cuándo el órgano de una persona jurídica actúa como tal en el marco del actuar en lugar de otro, véase, con mayores referencias, García Caverro, 2015, p. 638.

A la propuesta de la culpabilidad por defecto de organización se le ha cuestionado no seguir, en realidad, un modelo de autorresponsabilidad, sino mantenerse en un modelo de atribución del hecho de otro. De manera general, se ha dicho que la defectuosa organización es finalmente consecuencia de la actuación indebida de los órganos de control o supervisión internos, por lo que se seguiría trabajando con un modelo de transferencia de la responsabilidad penal (Silva Sánchez, 2004, p. 119). Este cuestionamiento presupone, sin embargo, que es posible reconducir completamente la forma de organización de la persona jurídica a la decisión de un órgano de control o supervisión, lo que parece poco plausible, al menos, en organizaciones con cierto grado de complejidad. Por esta razón, no parece razonable calificar, en general, a la culpabilidad por defecto de organización como un modelo de atribución de hecho de otro. Sin embargo, no puede desconocerse que mantiene muchos rasgos de heterorresponsabilidad, como lo sería la necesidad de un hecho de conexión realizado por el órgano o representante, pero sobre todo la negación de supuestos de exculpación en relación con la culpabilidad propia de la persona jurídica (Gómez-Jara Díez, 2005b, p. 153).

Un intento de desligar conceptualmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas del hecho de conexión individual es, sin duda, la propuesta de una culpabilidad por el carácter de la empresa formulada por Lampe. Según su planteamiento, la culpabilidad de la empresa se sustentaría en haber creado, favorecido o mantenido una filosofía corporativa criminógena o ciertas deficiencias organizativas (Lampe, 2003, p. 162). Sin embargo, la manera en que se estructura esta culpabilidad de la empresa dependerá evidentemente del contenido del injusto en tanto culpabilidad realizada. En este aspecto, Lampe es muy claro al señalar que la responsabilidad de las empresas económicas no puede apoyarse en el injusto de acción ajeno, sino más bien en el injusto del sistema propio (p. 161).

La determinación del injusto propio de la empresa precisa de una distinción de los sistemas de injusto jurídico-penales, los que se definen como las relaciones organizadas entre individuos para fines injustos (p. 103). Estos sistemas pueden ser simples, como lo es la coautoría, o constituidos, como es el caso de las empresas con tendencia criminal, las organizaciones criminales y los Estados criminalmente pervertidos. Lo característico de cada sistema de injusto es su injusto del sistema (p. 123). En el caso de la actuación de las personas individuales, el injusto jurídico-penal (injusto personal) es un injusto de relación cuyos componentes son el injusto de la acción y el injusto del resultado. En el caso de las empresas con tendencia criminal, el injusto del sistema estará constituido, más bien, por aquellas formas de comportamiento que lesionan bienes jurídicos y que, o concuerdan con la filosofía de la empresa, o son favorecidas por su organización (p. 131). Pese a la independencia conceptual de ambas clases de injusto, Lampe señala, estableciendo

un paralelo con la imprudencia leve, que el injusto del sistema de la empresa no es suficiente para generar responsabilidad penal, por lo que resulta necesario que su filosofía criminógena o su deficiencia organizativa se realice a través del injusto personal de un miembro de la empresa que infrinja la norma (p. 161). No obstante, debe quedar claro que la actuación del miembro de la empresa no es un hecho de conexión que vuelva al modelo de la atribución de un hecho ajeno, sino que el injusto propio de la empresa se relaciona con un injusto de resultado del miembro individual de la empresa (Gómez-Jara Díez, 2005b, p. 186). Esta relación tiene lugar en términos de elevación del riesgo.

No hay duda de que el planteamiento de Lampe presenta un modelo que construye la responsabilidad penal de la empresa en la atribución de un injusto propio. No obstante, no termina de desvincularse del injusto personal del miembro de la empresa que realiza la conducta antinormativa, aunque solamente se considere como un injusto de resultado del injusto propio de la empresa. Si bien la filosofía criminógena o el defecto de organización elevan el riesgo de un resultado antinormativo realizado personalmente por un miembro de la empresa, la decisión sobre la producción del resultado sigue en manos del miembro individual, lo que hace discutible la imputación del resultado al injusto del sistema de la empresa. Por otro lado, la adhesión de la culpabilidad de la empresa a la culpabilidad por el carácter levanta las críticas que la doctrina penal de manera casi uniforme le asesta a dicha comprensión de la culpabilidad, en el sentido de su falta de correspondencia con una culpabilidad por el hecho. En palabras de Gómez Jara, «el concepto de culpabilidad por el carácter (empresarial), en definitiva, peca de no poder integrarse en el derecho penal moderno» (p. 184).

El mismo cuestionamiento de abandonar la culpabilidad penal por el hecho se le puede hacer al planteamiento de Heine, que apunta a construir un concepto de culpabilidad empresarial que sea análogo-funcional al derecho penal individual. Conforme a dicho planteamiento, a la empresa se le asigna el deber de administrar adecuadamente los riesgos (*Risikomanagement*), por lo que su responsabilidad penal se deriva de una defectuosa administración de los riesgos que, a través de una elevación del riesgo específico, lleva a la realización externa de un riesgo típico de la empresa (Heine, 1995, p. 292). Esta estructuración de la imputación tiene como aspecto resaltable una visión del injusto centrada en la organización (defectuosa) de los riesgos⁹, pero construye la culpabilidad de la empresa en atención no al hecho defectuoso concretamente realizado, sino a la conducción de la actividad empresarial (Heine, 1998b, p. 104). Está claro que lo que se busca es desvincular la culpabilidad empresarial de una decisión concreta tomada por una persona natural

9 Así lo destaca especialmente Gómez-Jara Díez, 2005b, p. 188.

en determinado momento, pero, al darle a la dimensión temporal un carácter constitutivo de la culpabilidad empresarial, se desmarca de la culpabilidad por el hecho y entra en el ámbito de la tan cuestionada culpabilidad de autor.

En la actualidad, cabe destacar la propuesta de Gómez-Jara Díez, quien emprende el reto de elaborar una teoría del concepto jurídico-penal de culpabilidad que resulte adecuada para personas físicas y jurídicas (empresas). Con base en la teoría de los sistemas y el constructivismo operativo, propone un cambio de paradigma de la imputación penal que deje de lado la visión antropológica de la persona y se centre en la comunicación como elemento esencial de los sistemas sociales (autopoiéticos) (Gómez-Jara Díez, 2005b, p. 201). Como puede verse, este planteamiento hace fructíferas muchas de las ideas desarrolladas por Lampe y Heine, pero no para elaborar una culpabilidad jurídico-penal de la empresa, sino una culpabilidad jurídico-penal en general. Centrado en la función de prevención especial positiva, Gómez-Jara sostiene que la empresa, alcanzada cierta complejidad organizativa, se autoorganiza de forma penalmente relevante, siendo posible imputarle responsabilidad penal por ello al contar con una libertad organizativa, así como con una participación en la configuración de la sociedad que le permite cuestionar la vigencia de la norma. En consecuencia, la culpabilidad empresarial no precisa abandonar la culpabilidad del acto en lugar de una culpabilidad de autor. Pese al extraordinario esfuerzo conceptual de esta propuesta, se le ha cuestionado llevar a una identidad mediante conceptos tan abstractos que finalmente desdibujan aspectos irrenunciables de la persona individual¹⁰.

2.3. Toma de posición

Desde posiciones generales, se ha dicho que las normas solo pueden cumplir su función de determinación si se dirigen a sujetos dotados de autoconciencia y libertad, lo que no podría suceder en el caso de las personas jurídicas (Silva Sánchez, 2004, p. 122). Al respecto cabe señalar, por un lado, que desde la propia visión motivadora de la norma penal se ha sostenido que también las personas jurídicas orientan, aunque indirectamente, su actuación en atención a factores externos que inciden económicamente, dentro de los cuales cuentan también las normas penales (Ehrhardt, 1994, p. 186). Pero, por otro lado, es igualmente posible construir una teoría de la imputación penal que no se sustente en la norma penal como norma de conducta, sino como norma de sanción, poniendo el centro de la imputación penal no en la prevención futura de delitos a través de procesos

10 Similarmente Schünemann, 2006b, p. 148.

motivatorios, sino en el restablecimiento de la vigencia de la norma infringida¹¹. En este caso, la función de restablecer la vigencia de la norma infringida podría conseguirse satisfactoriamente con sanciones penales impuestas a la propia persona jurídica, aunque para ello resulta imprescindible que se le pueda imputar el delito como un hecho suyo.

El modelo que debe utilizarse para responsabilizar penalmente a las personas jurídicas es, sin duda, el que se sustenta en una responsabilidad por un hecho propio, pues es el esquema que mejor se ajusta a los estándares actuales de la imputación penal (Gómez-Jara Díez, 2012, p. 187; Artaza Varela, 2014, p. 232). En un sistema penal que responde a la idea de la culpabilidad personal, no es posible dar cabida a una reacción punitiva que se base en la idea de la heterorresponsabilidad, esto es, en la atribución penal del hecho de otro¹². En cuanto a la manera como tiene que expresarse la defectuosa organización, en la teoría del delito usada para responsabilizar a la persona jurídica se manejan fundamentalmente dos opciones. Una primera opción legislativa es que se criminalice, en sí misma, la organización defectuosa que permita la comisión de un delito. Así interpreta, por ejemplo, la doctrina penal alemana el § 30 de la Ley de contravenciones alemana (OWiG) que castiga a la empresa cuando sus órganos o representantes cometen un delito o contravención¹³. La otra alternativa legislativa sería tratar la situación de déficit organizativo como aquello que hace penalmente competente a la persona jurídica del delito ejecutado materialmente por su órgano de administración o representante. El defecto organizativo no es lo que constituye la infracción, sino una incumbencia de la persona jurídica que la hace penalmente competente por el delito realizado. Lo razonable es seguir esta segunda opción¹⁴, pues integra el fundamento de su responsabilidad penal en el hecho realizado, en términos materiales, por un miembro individual de la persona jurídica.

11 Desde una concepción de las normas que abandona su comprensión como directivas psicológicas de conducta y que se centra en la norma de contacto que no pretende una incidencia directa, sino una conducción indirecta de los destinatarios de las normas, Gómez-Jara Díez sostiene que las personas jurídicas son también destinatarias de normas (2005b, p. 135).

12 Igualmente, Ortiz de Urbina Gimeno considera que el modelo de atribución del hecho de otro es contrario al principio de culpabilidad (2013, p. 279).

13 Ver originariamente Tiedemann (1988, p. 1171), y una breve descripción de este planteamiento en Sieber, 2008, p. 466.

14 Puede decirse que, en cierta forma, esta es la perspectiva desde la que debería interpretarse también la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación penal chilena (véase García Caverro, 2012b, p. 66), y, en cierta forma también —aunque con menos claridad en el tenor legislativo— de la regulación penal Española. Así, Bacigalupo Zapater (2012, p. 127) exige el defecto por organización como hecho propio de la persona jurídica, aunque Silva Sánchez (2013, p. 21) es de otro parecer.

La afirmación de una competencia penal de la persona jurídica por un hecho propio es consecuencia de una serie de pasos previos que deben ordenarse con base en la teoría del delito¹⁵. En este orden de ideas, lo primero que debe hacerse es imputarle objetivamente el hecho penalmente relevante. Esto supone, en primer lugar, la creación de un riesgo penalmente relevante. La persona jurídica será competente por el riesgo prohibido cuando sus prácticas, procedimientos internos o estructura favorecen o no dificultan la realización de conductas lesivas por parte de sus miembros individuales. Si se encuentra, por el contrario, debidamente organizada en términos de controlar la peligrosidad de su actuación, entonces el riesgo de que, pese a todo, un miembro individual pueda cometer un delito, será calificado en relación con la persona jurídica como un riesgo permitido o tolerado (Gómez-Jara Diez, 2012, p. 144; Gallego Soler, 2014, p. 217)¹⁶. A la imputación objetiva del hecho a la persona jurídica, se debe sumar una imputación subjetiva. La solución más sencilla ha sido siempre imputar a la entidad colectiva el dolo o la culpa del sujeto individual que realiza directamente el delito. Sin embargo, dado que la competencia jurídico-penal de la persona jurídica no es la misma que la de la persona natural, tal transferencia resulta inviable. Frente a esta situación las alternativas son fundamentalmente dos: o se renuncia a la imputación subjetiva en el caso de las personas jurídicas, o se construye una imputación subjetiva propia de estas entidades corporativas. La primera alternativa implica dar entrada a supuestos de responsabilidad penal objetiva similares a los casos de *strict liability* del derecho penal norteamericano¹⁷, lo que no se condice con el respeto elemental de la primera exigencia del principio de culpabilidad, que obliga a que el injusto penal contemple una faceta subjetiva. Por esta razón, el camino más adecuado es la determinación de una imputación subjetiva de las personas jurídicas (Hirsch, 1995, p. 312; Heine, 1995, p. 258, 1998a, p. 115; Dannecker, 2001, p. 119; Kremnitzer & Ghanayim, 2001, p. 556; Seelmann, 2002, p. 32).

No hay duda de que el proceso de normativización al que ha sido sometido el dolo en los últimos años —a diferencia de la culpa, que le lleva varios años de ventaja— da cabida a la posibilidad de hacer una imputación subjetiva a las personas jurídicas. Si el dolo o la culpa no son más realidades psicológicas del autor que el

15 Nieto Martín considera, por el contrario, que aplicar la teoría del delito desarrollada para la imputación penal de las personas individuales es inadecuado y carece de rendimientos prácticos (2013, p. 31).

16 Similarmente, en relación con el llamado valor de la expectativa de daño (*Schadenserwartungswert*), Silva Sánchez, 2013, p. 37, Bock, 2011, p. 485; y en relación con los delitos culposos, Sieber, 2008, p. 469.

17 En esta línea va la propuesta de Nieto Martín (2013, p. 37), quien considera que no es posible hablar de hechos de la empresa dolosos o imprudentes.

juiz verifica, sino categorías que se construyen con base en la imputación de cierto conocimiento que le habría permitido al autor evitar de manera individual el delito, entonces no habrá mayor reparo dogmático para que ese conocimiento se pueda también imputar a la persona jurídica. En la doctrina penal se habla, en este orden de ideas, del conocimiento organizativo del riesgo (Heine, 1995, p. 261; Gómez-Jara Diez, 2012, p. 151)¹⁸, que es el conocimiento disperso en toda la organización. Algunos han identificado el conocimiento organizativo del riesgo con la suma de los conocimientos individuales de sus miembros, lo que es un error, pues no se trata de un conocimiento por adición, sino del conocimiento que el ente corporativo tiene disponible a partir de la información incorporada a la organización por las vías regulares. En este orden de ideas, si la información existente en la organización no fue debidamente administrada para evitar la comisión de un delito, entonces esta deficiencia se le podrá imputar a la persona jurídica.

Definido el injusto penal de la persona jurídica, resta ahora entrar a precisar cómo se presenta su culpabilidad penal. La idea de partida es que no debe abandonarse la culpabilidad de acto y optar por una culpabilidad por el carácter o el modo de conducción de vida. Pero como no es posible encontrar un libre albedrío en los entes colectivos, su culpabilidad jurídico-penal solo podrá formularse en términos análogos a la de las personas naturales¹⁹. Dado que la culpabilidad jurídico-penal de la persona natural por el acto delictivo se estructura en atención a su individualidad (libertad expresada en acciones) y a su sociabilidad (responsabilidad por las acciones), será necesario encontrar los equivalentes funcionales a estos aspectos en la realidad de los entes colectivos.

Siguiendo los desarrollos de la teoría de los sistemas, puede decirse que la persona jurídica alcanza su individualidad en la medida en que su complejidad organizativa permita atribuirle la capacidad de autoorganizarse, autodeterminarse y autoconducirse en razón de intereses sociales propios distintos a los de sus órganos, representantes e incluso socios²⁰. La cuestión de cómo se determina esta identidad

18 Críticamente Bosch (2002, p. 75), por la ausencia de un único objeto de referencia que consolide toda la información dispersa. Si se afirma el dolo por el hecho concretamente realizado, por no haberse canalizado la información en una instancia de decisión, entonces al final se estará dejando de lado este requisito del delito.

19 Al respecto muy esclarecedoras son las palabras de Kaufmann: «Correcta podría ser la concepción que no ve en la persona jurídica ni una persona en el mismo sentido y de la misma estructura real del hombre, ni, tampoco, sólo una ficción que carece de toda realidad, sino una configuración real [...], la cual, en comparación con los hombres, se puede caracterizar como persona en sentido análogo» (1999, p. 216).

20 Esta idea ciertamente ya se encuentra en Busch (1933, p. 7), en el sentido de comunidad organizada: «Esa falta de "realidad vital en sí psicofísica" es compensada mediante el momento positivo de la vinculación supraindividual y de la organización». Actualmente, desde un punto de vista sistémico,

autónoma requiere, evidentemente, de estudios de teoría de la organización que superan la pretensión de esta exposición general²¹, aunque podemos adelantar que tal identidad va más allá de lo establecido en los estatutos y el organigrama formal²². En este punto debe dársele cierta centralidad a la existencia de una capacidad de reflexión de la persona jurídica a través de la complejidad de su organización²³, lo que ha permitido a algún autor diferenciar, al igual que la persona natural, entre personas jurídicas imputables y no imputables en función de su complejidad organizativa (Gómez-Jara Díez, 2005a, p. 425; Nieto Martín, 2008, p. 141). Una persona jurídica se individualiza por la complejidad de su organización, que lleva a configurar modelos de actuación independientes de los intereses e inclinaciones particulares de las personas naturales que la componen²⁴. Referentes operativos de esta complejidad organizativa pueden ser el número de trabajadores, el nivel de ventas, la existencia de subsidiarias, etcétera.

La simple autoorganización de la persona jurídica no es suficiente, sin embargo, para fundamentar su culpabilidad jurídico-penal, en tanto se requiere además que pueda defraudar comunicativamente expectativas sociales esenciales con sus actos organizativos²⁵. Este segundo aspecto resulta posible por el reconocimiento de la socialidad de las personas jurídicas a raíz de su participación en diversos sectores sociales²⁶. La entidad colectiva no se presenta en un nivel inferior a la persona

ver Teubner (1987, p. 68); Heine (1995, p. 250; 2001, p. 24); Gómez-Jara Díez (2005a, p. 429).

Escépticos ante estas consideraciones se muestran Seiler (1967, p. 48) y Ehrhardt (1994, p. 177).

21 Una breve exposición sobre la organización de la empresa en García Caveró (1999, p. 62).

22 Como, por ejemplo, parece reducirlo a los estatutos de la persona jurídica Feijoo Sánchez (2002b, p. 85).

23 Ver, en esta línea, las importantes afirmaciones de Gómez-Jara Díez, 2006. Tanto Von Freier (1998, p. 125, 180) como Jakobs (2004b, 51) rechazan una responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por el contrario, Teubner, 1987 (p. 64) reconoce a la persona jurídica como capaz de autodescribirse y poseer, por tanto, identidad. A partir de ello pueden comprenderse también las posiciones de Heine, 1995 (p. 248); Lampe, 2003 (p. 161); Schünemann, 1995 (p. 572) y, de alguna manera, también de Schroth, 1993 (p. 202), a favor de una responsabilidad penal de las personas jurídicas.

24 Ver la llamada cultura o identidad corporativa en Schünemann (1979, p. 22); Lampe (2003, pp. 130 y 163); Heine (1995, p. 101); Dannecker (2001, p. 108); y, con consideraciones críticas, von Freier (1998, pp. 22 y 144). Una cultura de la asociación a partir de una orientación hacia la teoría de los sistemas autopoieticos puede verse en Teubner (1987, p. 74), Schünemann (1995, p. 572) y Bottke (1996, p. 75).

25 Por esta razón, Hirsch (1993, p. 1122), Tiedemann (1988, p. 1172) y Schroth (1993, p. 206) requieren, además de la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica, un hecho de sus órganos que les permita mantener una culpabilidad por el hecho (¿ajeno?).

26 Sobre la realidad social de las empresas, ver Ehrhardt (1994, p. 145), Bottke (1996, p. 95) y García Caveró (1999, p. 65). Esta participación en el tráfico económico-patrimonial, sin embargo, no significa que la responsabilidad de la persona jurídica deba reducirse solo a infracciones de carácter

natural, sino que actúa con las mismas facultades y capacidades de proposición, negociación y decisión (Hurtado Pozo, 2001, p. 462). Es titular igualmente del estatus de ciudadano²⁷, lo que otorga a sus actuaciones un sentido jurídico específico y justifica una respuesta social concreta (responsabilidad) (Teubner, 1987, p. 73; Heine, 1995, p. 263; Hirsch, 1993, p. 1109, 1995, p. 292; Vogel, 1995, p. 341; Wieland, 1998, p. 58)²⁸.

3. EL SISTEMA PENAL PERUANO

La partición del mundo jurídico de buena parte del siglo XX entre el sistema del *common law* que regulaba ampliamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el sistema continental europeo que la negaba, no existe más. El *societas delinquere non potest* está dejando de ser una máxima válida para los países de la tradición jurídica europea (Tiedemann, 2010, § 4, n. 242; Ortiz de Urbina Gimeno, 2014, p. 37)²⁹. En efecto, es clara la tendencia legislativa en los países deudores del sistema continental europeo, que se orienta, en una mayor o menor medida, a admitir una responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero lo particular de este nuevo escenario legislativo es que ahora existe un sistema dualista de consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas, pues a las consecuencias accesorias que se implementaron para evitar que las personas jurídicas sean utilizadas nuevamente para la comisión de delitos, se les suman las penas contra el ente colectivo. Para resolver este sistema dual de consecuencias jurídicas, en España se ha optado por entender que las primeras se aplican a las personas jurídicas, mientras que las segundas a entes colectivos sin personalidad jurídica.

económico, sino que, como lo señalan Dannecker (2001, p. 115), Pieth (2001, p. 13) y Kremnitzer & Ghanayim (2001, p. 555), puede ampliarse a delitos como lesiones corporales, homicidios o injurias.

- 27 Ver, en este sentido, la idea del buen ciudadano corporativo del derecho estadounidense expuesta por Dannecker (1998, p. 6), Wieland (1998, p. 55) y Tiedemann (2010, § 4, n. 244), quien reconoce que este concepto ha sido introducido ya en la jurisprudencia penal alemana. Este concepto de ciudadano corporativo ha sido utilizado por Gómez-Jara Díez, 2006, para otorgar a las corporaciones la capacidad de culpabilidad penal.
- 28 Von Freier es crítico ante la posibilidad de una subjetividad jurídica de la empresa para justificar la imposición de sanciones penales (1998, pp. 65 y 77).
- 29 Esta situación no debe verse, sin embargo, como un triunfo del sistema penal angloamericano, pues, así como hoy se admite en la mayoría de los países europeos la responsabilidad penal de las personas jurídicas, también cabe apreciar una variación del modelo de atribución de responsabilidad a las organizaciones infractoras en los sistemas del *common law* que abandonan el simplista modelo vicarial y se centran más en la idea de la falta de un *compliance* idóneo.

En el Perú, la situación se ha tornado especialmente desconcertante. Cuando se aprobó el Código Penal, la posición legislativa era bastante clara: la persona jurídica no podía responder penalmente por delito alguno, pero era posible imponerle consecuencias accesorias como la suspensión de actividades e incluso la disolución y liquidación, si su organización era peligrosa en términos de favorecer o encubrir hechos delictivos de sus miembros individuales. Esta opción legislativa fue confirmada por distintas leyes penales especiales, como la ley penal tributaria, la ley contra el lavado de activos o la ley contra el crimen organizado, que contemplaron expresamente la posibilidad de imponer consecuencias accesorias a las personas jurídicas.

La distorsión comenzó a producirse con el Acuerdo Plenario Penal 07-2009, emitido por la Corte Suprema, que estableció explícitamente que las consecuencias accesorias reguladas en el artículo 105 del CP y en las diversas leyes penales especiales eran sanciones penales especiales, lo que, en la práctica, suponía admitir un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. A lo anterior se ha sumado la aprobación de la ley 30424, que, sin tocar la regulación de las consecuencias accesorias, admite una responsabilidad «administrativa» de la persona jurídica por la comisión de los delitos de corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo (en adelante LRAPJ). Lo llamativo de esta reciente incorporación legislativa es que la llamada responsabilidad «administrativa» de la persona jurídica la determina un juez penal en el marco de un proceso penal por la comisión de un delito. Al final, la sensación es de una absoluta falta de claridad sobre qué tipo de responsabilidad les alcanza finalmente a las personas jurídicas.

Con independencia de las interpretaciones y los nominalismos utilizados, lo cierto es que las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas no son sanciones penales, sino medidas administrativas que se imponen a una persona jurídica por la peligrosidad objetiva de su organización. Su fundamento no es, por lo tanto, la culpabilidad de la persona jurídica, sino el peligro de que su organización pueda ser utilizada por sus representantes o administradores para la comisión de nuevos delitos. Por su parte, la ley 30424 no regula una responsabilidad «administrativa» de la persona jurídica, sino que esa responsabilidad es abiertamente penal³⁰. La mayor prueba de ello es que las fuentes legislativas de esta ley especial han sido disposiciones legales que regulan expresamente una responsabilidad penal de las personas jurídicas, como sucede en Chile o España. Bajo estas circunstancias, puede decirse que en la legislación penal peruana se le puede imponer a la persona

30 En Italia se ha usado el mismo juego nominal, pero pocos aceptan que se trata de una responsabilidad administrativa, como señala Seminara (2014, p. 128).

jurídica consecuencias accesorias por todos los delitos, a excepción de los delitos establecidos en la ley 30424, en los que cabe la imposición de sanciones penales.

3.1. ¿Responsabilidad administrativa o penal?

La LRAPJ constituye el primer paso de una tendencia político-criminal de sancionar a las personas jurídicas que definitivamente no va a quedarse estancada. En un primer momento, los grupos de poder empresarial consiguieron que la llamada responsabilidad administrativa de la persona jurídica se limitase a la comisión del delito de cohecho activo transnacional. Pero, sin entrar aún en vigencia y como consecuencias de los escándalos de corrupción al más alto nivel en el caso de las constructoras brasileras, este dispositivo legal ha sido modificado para incluir también al cohecho doméstico, el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

Si bien la LRAPJ es expresa al señalar que la responsabilidad de la persona jurídica es administrativa, lo cierto es que tiene todos los ingredientes de una responsabilidad penal. A mi entender, la denominación utilizada no es más que un fraude de etiquetas que oculta la verdadera naturaleza de las sanciones a imponer a las personas jurídicas. El Poder Judicial no es una organización del poder público que ejerza potestades administrativas, por lo que no es posible que los jueces, en su labor jurisdiccional, dicten sanciones administrativas. La sanción que se aplica a las personas jurídicas es de naturaleza claramente judicial. Si se tratase de una sanción administrativa, entonces cualquier empresa sancionada podría discutir la sentencia condenatoria por la vía de un contencioso-administrativo, lo que no resiste el menor análisis. Por consiguiente, pese a que la LRAPJ califica expresamente de administrativa a la sanción que el juez penal puede imponer a la persona jurídica en el marco de un proceso penal, lo cierto es que no se trata de una sanción administrativa, sino judicial. No solo por el hecho de que sea un juez el que la imponga, sino porque el fundamento de tal responsabilidad es la comisión de un delito. Si una persona es sancionada por la comisión de un delito, entonces su responsabilidad es, llámesele como quiera, penal.

Pero no solo son razones materiales las que abogan por la naturaleza penal de las sanciones aplicables a las personas jurídicas, sino que desde el punto de vista garantista es lo mejor que les podría pasar. Si se sostiene que la sanción es administrativa, se estaría abriendo la posibilidad de que se imponga una sanción a la persona jurídica con todos los efectos de una sanción penal y se utilice para ello los estándares menos garantistas del proceso administrativo sancionador. Si realmente lo que se quiere es proteger a las personas jurídicas de un sistema penal invasivo, lo mejor sería darle a la sanción un carácter penal con todas las

garantías que ello implica. Por lo tanto, aunque la LRAPJ señale que se trata de una responsabilidad administrativa, los jueces penales deben asignarle un carácter penal y, por lo tanto, exigir los estándares propios de una imputación penal.

3.2. El modelo de atribución de responsabilidad penal

De cara a preservar los principios elementales del sistema penal, resulta necesario sostener que la responsabilidad penal de la persona jurídica debe ser siempre propia y, por lo tanto, sustentarse en un fundamento autónomo de la imputación penal a las personas naturales. De hecho, el artículo 4 de la LRAPJ reconoce expresamente la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica respecto de la responsabilidad penal de la persona natural. Sin embargo, es un dato insoslayable que la regulación positiva exige que el delito haya sido cometido por un directivo, representante o trabajador de la persona jurídica. En efecto, el artículo 3 de la LRAPJ establece que la persona jurídica es administrativamente responsable por el delito de cohecho cometido en su nombre o por cuenta de ella y en su beneficio directo o indirecto por determinadas personas naturales (administradores, representantes, trabajadores, etcétera). De lo anterior se podría sostener que esta responsabilidad es por el hecho de otro, pues la persona jurídica no responde por un hecho propio, sino por el delito cometido por sus administradores, representantes o trabajadores. La única manera de salvar razonablemente esta particularidad legislativa es sostener que la responsabilidad de la persona jurídica requiere de una intervención necesaria del miembro individual, pero queda claro que la competencia jurídico-penal de cada uno se determina de forma independiente. La persona jurídica será penalmente responsable por el acto de corrupción o lavado, si es que está organizada de una manera tal que no ha impedido o facilitado la comisión de dicho acto.

Lo anterior puede encontrar un respaldo normativo en el artículo 17 de la LRAPJ, el cual regula, como una eximente de responsabilidad, el hecho de que la persona jurídica haya adoptado e implementado, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características. Este modelo de prevención debe contener medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir el delito de cohecho, lavado o financiamiento del terrorismo, o para reducir significativamente su riesgo de comisión. Se trata del llamado sistema de cumplimiento normativo (*compliance*) que pone de manifiesto que la persona jurídica se encuentra debidamente organizada, por lo que no debería ser responsabilizada por el delito cometido por su directivo, representante o trabajador (García Cavero, 2014a, p. 55).

Sin entrar en los detalles de cómo tendrían que organizarse los sistemas de cumplimiento normativo para generar la exoneración de responsabilidad penal a la

persona jurídica (artículo 17.2 de la LRAPJ), me gustaría discutir de manera general y muy brevemente la naturaleza de esta disposición. Podría pensarse que es una causa de exclusión de la punibilidad, de manera tal que, aunque exista un delito, a la persona jurídica no se le podrá punir por ello. Es evidente que difícilmente se puede considerar que los sistemas de cumplimiento son causas de exclusión de la punibilidad, no solo porque no son supuestos posteriores al delito, sino porque no responden a una falta de necesidad de pena en el caso concreto, sino a que no se podrá sustentar la defectuosa organización de la persona jurídica en dichos casos. En realidad, con los sistemas de cumplimiento se estarían estableciendo criterios de determinación del riesgo permitido (Silva Sánchez, 2013, p. 37; Bock, 2011, p. 485; Sieber, 2008, p. 469; Gómez-Jara Diez, 2012, p. 144; Coca Vila, 2013, p. 66; García Cavero, 2012b, p. 67), de manera tal que si la persona jurídica incorporó un modelo de prevención adecuado, el riesgo de que, pese a todo, se pueda cometer un delito en el marco de su actuación, se convierte en un riesgo tolerado, pues de lo contrario habría que proceder a suprimir la actividad de la persona jurídica, lo que evidentemente paralizaría la dinámica de la economía y la sociedad moderna.

La admisión de la implementación de un sistema de cumplimiento como un criterio para determinar el riesgo permitido en la actuación penalmente relevante de las personas jurídicas suscita la cuestión de si cabe recurrir legítimamente a otros mecanismos para controlar adecuadamente los riesgos penales de la actividad de una persona jurídica, de manera tal que si se constata la comisión de un delito en el marco de su actividad, pueda alegar que tuvo en cuenta mecanismos de control igual de idóneos que los establecidos específicamente en la normativa penal. Se trata, claramente, de lo que se conoce como la compensación de riesgos, en donde se ha sostenido que si las normas jurídicas disponen la manera de control del riesgo, no es posible reemplazar los mecanismos previstos por otros nuevos igual o más efectivos (Jakobs, 1996, p. 128)³¹. Si una compensación de riesgos tuviese relevancia frente a lo establecido jurídicamente, se pondría en duda la vinculatoriedad de la legislación y se aumentaría el peligro de un desorden en los sectores regulados. No obstante, es de tener en consideración que la LRAPJ no establece el imperativo de adoptar e implementar un «modelo de prevención» con las características que detalla luego la propia ley, sino que tiene un indudable carácter potestativo³².

Otra de las cuestiones generales que deberá esclarecerse es si, pese a no contar la persona jurídica con la adopción e implementación de un programa de

31 De una opinión distinta, ver Frisch (2004, p. 108, n. 8) y Feijoo Sánchez (2002a, p. 247).

32 Igualmente en la regulación penal chilena, Hernández (2010, p. 225) y Van Weezel (2010, p. 138).

cumplimiento, no cabe imputarle objetivamente el resultado, en la medida en que un comportamiento alternativo conforme a derecho no habría evitado el resultado producido directamente por el miembro individual de la persona jurídica. Si se sigue la teoría de la evitabilidad, habría que negar, en general, la posibilidad de una imputación objetiva del resultado, pues el comportamiento alternativo conforme a derecho no habría evitado la realización del delito. Por el contrario, si el análisis se hace desde la teoría del incremento del riesgo, bastará simplemente con señalar que la omisión de incorporar un programa de cumplimiento incrementó el riesgo de comisión del delito, lo que permitiría sustentar la imputación del resultado en una gran cantidad de casos. Por su parte, la teoría del fin de protección de la norma lleva a sostener que la razón de ser del establecimiento del deber de incorporar en la organización empresarial mecanismos de control es impedir la comisión de delitos, por lo que el incumplimiento de este deber permitirá la imputación del resultado, a menos de que se trate de la materialización de riesgos que no se habrían identificado como relevantes. Como puede verse, a no ser que se asuma la teoría de evitabilidad con la maleabilidad de sus soluciones en función de la conducta hipotética a considerar, los casos de comportamientos alternativos a derecho deben resolverse, manteniendo la imputación del resultado producido directamente por el órgano o miembro de la persona jurídica.

4. VALORACIÓN FINAL

No hay duda de que con la LRAPJ el derecho penal peruano ha dado un paso muy importante en la configuración de un sistema penal que responda a las necesidades de imputación de la sociedad moderna, aunque lo ha hecho de la peor manera al llamar administrativo a algo que es claramente penal. El que lo haya limitado a un delito prácticamente irrelevante en la realidad nacional como el cohecho activo transnacional ha sido felizmente corregido con la incorporación del cohecho doméstico, el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Pese a los errores y los remedios al paso, no hay duda de que ese nuevo escenario legislativo abre la oportunidad de comenzar a debatir la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre una base legal cierta. No hay forma de poder luchar eficazmente contra la criminalidad corporativa si las sanciones penales se limitan a las personas naturales.