

Guido Alpa • Francesca Benatti • Jean-Sébastien Borghetti • Guido Calabresi
Carlos Calderón Puertas • José Francisco Carreón Romero • Gastón Fernández
Cruz • Paolo Gallo • Sergio García Long • Mauro Grondona • Roxana Jiménez
Vargas-Machuca • Helmut Koziol • María Lubomira Kubica • Ever Medina
Cabrejos • Alonso Núñez del Prado Simons • Diego M. Papayannis • Richard A.
Posner • Max Salazar Gallegos • Spencer Smith • Fiorella Vásquez Rebaza • Yuri
Vega Mere

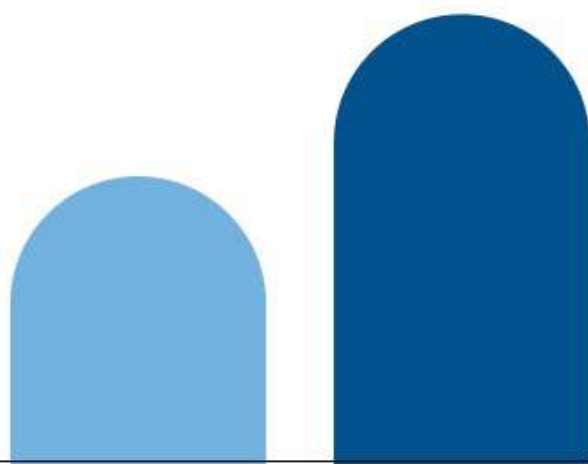
Discusiones en torno a la responsabilidad civil

SERGIO GARCÍA LONG
Editor

CARLO CASTRONOVO
Prólogo



Pasión por el
DERECHO



Discusiones en torno a la responsabilidad civil

Discusiones en torno a la responsabilidad civil

Editado por
Sergio García Long

Prólogo de
Carlo Castronovo

Autores:

Guido Alpa
Francesca Benatti
Jean-Sébastien Borghetti
Guido Calabresi
Carlos Calderón Puertas
José Francisco Carreón Romero
Gastón Fernández Cruz
Paolo Gallo
Sergio García Long
Mauro Grondona
Roxana Jiménez Vargas-Machuca
Helmut Koziol
María Lubomira Kubica
Ever Medina Cabrejos
Alonso Núñez del Prado Simons
Diego M. Papayannis
Richard A. Posner
Max Salazar Gallegos
Spencer Smith
Fiorella Vásquez Rebaza
Yuri Vega Mere



Título de la obra:

Discusiones en torno a la responsabilidad civil

© Sergio García Long (editor)

Primera edición, abril 2023

Tiraje: 400 ejemplares

Editado por:

© Escuela de Derecho LP S.A.C.

para su sello editorial LP

Av. Faustino Sánchez Carrión 615, oficina 502

Jesús María, Lima - Perú.

Teléfono: 921 492 114

Correo electrónico: editorial@lpderecho.pe

Diseño y diagramación:

Anyela Carla Aranda Rojas

ISBN:**Registro del Proyecto Editorial:****Hecho el Depósito Legal en la****Biblioteca Nacional del Perú:****Impreso por:**

Page & Design EIRL

Av. Ancón 1016, Puente Piedra, Lima

Abril 2023

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de los titulares del copyright.

LA CULPA CORPORATIVA: HACIA UNA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL AUTÓNOMA E INDEPENDIENTE DE LAS EMPRESAS

Sergio García Long

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (*summa cum laude*). Asociado en Vargas Pareja Abogados. Especialista en derecho de contratos, societario, financiamientos, M&A y arbitraje. Miembro de la Comisión Consultiva de Derecho Civil del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

Sumario: 1. Introducción: la culpa corporativa. 2. El problema: la discusión entre civilistas. 3. Derecho penal económico y la culpa corporativa. 3.1. *Societas delinquere non potest*. 3.2. Responsabilidad penal objetiva. 3.3. Responsabilidad penal subjetiva. 3.4. El modelo americano. 3.5. Hacia una responsabilidad penal autónoma e independiente de las empresas. 3.5.1. La culpa corporativa y el defecto en la organización. 3.5.2. *Compliance*. 4. La responsabilidad civil extracontractual por culpa de las empresas. 5. Reflexiones finales.

1. INTRODUCCIÓN: LA CULPA CORPORATIVA

«¿Alguna vez esperabas que la empresa tuviera una consciencia, cuando no tiene alma para maldecir, o cuerpo para golpear?»¹. Con esta proclamación de Edward First Baron Thurlow, Lord Chancellor de Inglaterra, se resume la doctrina legal por la cual no se puede imponer responsabilidad a las empresas² al ser entes legales, abstracciones jurídicas, ficciones, que actúan solamente a través de personas físicas³.

¹ COFFEE, John Jr. «“No soul to damn: no body to kick”: an unsandalized inquiry into the problem of corporate punishment». En *Michigan Law Review*, núm. 3, vol. 79 (1981), p. 386; McDONALD, Jan. «“No body to be kicked or soul to be damned”: corporate claims to the privilege against self-crimination». En *Bond Law Review*, núm. 2, vol. 5 (1993), p. 179: «Did you ever expect a corporation to have a conscience, when it has no soul to be damned, and no body to be kicked?».

² En el presente trabajo se usa el término *empresa* en su acepción económica y no legal, desde que societariamente hablando solo determinadas personas jurídicas son empresas (como las EIRL). Sin embargo, los economistas suelen emplear *empresa* como sinónimo de compañía o firma para referirse a cualquier entidad legal que es utilizada para realizar negocios, independientemente de su forma legal. Incluso acá se podría hablar de «persona jurídica». Sin embargo, preferimos enfocarnos en las entidades legales que realizan actividades económicas. Véase COASE, Ronald. «The nature of the firm». En *Economica*, núm. 4, vol. 16 (1937), pp. 386-405.

³ MONGILLO, Vincenzo. «The nature of corporate liability for criminal offences: theoretical models and EU member state law». En FIORELLA, Antonio (ed.). *Towards a common model in the European Union*. Tomo II. Napoli: Jovene Editore, 2012, pp. 57-58: «Within a criminal law system integrally conceived and developed for human beings, the logical consequence is that a pure creation of the law, the

Si bien la empresa es un sujeto de derecho frente al ordenamiento jurídico que le permite ser titular de deberes y derechos, y, por ende, puede interactuar en el mercado con nombre propio para, por ejemplo, celebrar contratos o presentar demandas o ser demandada⁴; al ser una persona moral, se ha cuestionado su aptitud para ser responsable por actos ilícitos (civiles o penales). Si no tiene capacidad de acción, no puede actuar de manera culpable y, en consecuencia, no puede ser objeto de una pena.

Esta perspectiva sobre la incapacidad de la empresa para ser responsable ha generado dos fuertes tendencias en la teoría del derecho: 1) la imposición del dogma *societas delinquere non potest* en el derecho penal (o principio de irresponsabilidad penal de las empresas), por el cual las empresas no pueden delinquir y, en consecuencia, no pueden ser objeto de sanción de penal; 2) inspirados en la dogmática penal, en el derecho civil se reconoce que —en sede extracontractual— las empresas solo pueden ser civilmente responsables: a) de manera vicaria —esto es, por hecho ajeno— por los actos de sus dependientes y, en todo caso, b) responsables de manera directa —esto es, por hecho propio— con base en criterios objetivos, por ejemplo, la teoría del riesgo, la cual exige que las empresas internalicen no solo los beneficios de sus actividades económicas, sino también los costos o externalidades que ocasionen en terceros.

Esta premisa de que las empresas no pueden actuar como las personas naturales se ha usado para descartar la posibilidad de imponer responsabilidad subjetiva a las empresas, desde que en estas no se podría encontrar un aspecto volitivo que sirva como juicio de reprochabilidad para imponer responsabilidad, sea de carácter penal o civil. Se aplica la regla *nulla poena sine culpa*. Si no hay capacidad de

legal person, lacks the physical-psychical characteristics necessary for the commission of a crime. A legal person cannot commit an action; cannot have a culpable mental state; lacks the freedom to make decisions inherent to a human being and therefore is incapable of culpability or guilt. Moreover, it is without the emotional capacity to appreciate the punitive aspect of a sentence. In brief, it “has no soul to be damned, and no body to be kicked”».

⁴ EASTERBROOK, Frank y FISCHER, Daniel. *The economic structure of corporate law*. Massachusetts: Harvard University Press, 1991, pp. 11-12: «Legal identity and perpetual existence mean only that the Corporation lasts until dissolved and has a name in which it may transact and be sued. It is convenient to think of the firm as an “it” [...]. The “personhood” of a corporation is a matter of convenience rather than reality [...]».

culpabilidad jurídico-penal, entonces, las empresas no pueden ser personas jurídico-penales que sean destinatarias de la pena. Esto también se justifica en el principio de personalidad de las penas.

Sin embargo, las necesidades del comercio y el tráfico económico internacional han demostrado el claro divorcio entre la teoría y la práctica⁵. Al respecto, explica Galán Muñoz que:

Actividades tales como la energética, la financiera, la química o la farmacéutica, entre otras muchas, serían difícilmente realizables en el mundo actual de no mediar la utilización de este tipo de entidades, hecho que las convierte en agentes esenciales de la economía no sólo nacional sino mundial, pero también les otorga el papel de titulares y responsables de muchos de los más importantes focos de grandes riesgos de las sociedades postindustriales.⁶

Las nuevas tendencias en el derecho penal evidencian el abandono del aforismo *societas delinquere non potest*⁷. Como afirman Brodowski, Espinoza de los Monteros de la Parra y Tiedemann: «*Societas delinquere non potest* está claramente de salida»⁸. Esta evolución favorece la imposición de responsabilidad penal en las empresas, sea directa o indirecta, sea realmente una responsabilidad penal o una responsabilidad penal llamada *administrativa*. La cuestión ya no está en si las empresas pueden ser responsables, sino en cómo imputarles responsabilidad al ser entes diferentes a las personas físicas.

⁵ HURTADO POZO, José. «La responsabilidad penal de la empresa en el derecho penal suizo». En *Derecho Penal y Criminología*, núm. 86-87, vol. 29 (2008), pp. 95-96; GARCÍA CAVERO, Percy. «Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas». En *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 16 (2012), p. 56.

⁶ GALÁN MUÑOZ, Alfonso. «La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: Entre la hétero y la autorresponsabilidad». En *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 15 (2011), p. 174.

⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo. «¿Delitos de personas jurídicas?». En *InDret*, núm. 1 (2006), p. 3.

⁸ BRODOWSKI, Dominik; ESPINOZA, Manuel y TIEDEMANN, Klaus. «Regulating corporate criminal liability: an introduction». En BRODOWSKI, Dominik; ESPINOZA, Manuel, TIEDEMANN, Klaus y VOGEL, Joachim (eds.). *Regulating corporate criminal liability*. Suiza: Springer, 2014, p. 1: «*Societas delinquere non potest* is clearly on its way out».

Los diferentes sistemas que se han creado para hacer responsables a las empresas pueden separar en dos grupos: sistemas de heteroresponsabilidad (por hecho ajeno de personas físicas) o sistemas de autorresponsabilidad (por hecho propio de la empresa). En el primer sistema se imputa responsabilidad a la empresa por el hecho de un agente (sea un alto directivo, un subordinado o ambos); mientras que en el segundo sistema se trata de reconocer una imputación directa a la empresa (sea que dependa del actuar de un alto directivo o se trate de un defecto de organización propio de la empresa).

En última instancia, se ha evidenciado en el derecho penal comparado un rechazo a la tradición y un compromiso con la modernidad, hasta el punto de proponer el reconocimiento de una verdadera responsabilidad autónoma e independiente de las personas jurídicas, independiente de la imputación de responsabilidad penal a alguna persona física.

El abandono del *societas delinquere non potest* y la consecuente aceptación y recepción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas permite aceptar la posibilidad de reconocer un factor de imputación subjetivo frente a la empresa ante los ilícitos penales.

El mismo tradicionalismo ha existido y existe en el derecho civil. Dado que no se podía encontrar un elemento volitivo en la empresa en el ámbito penal, se pensaba que tampoco era posible aplicar la culpa o el dolo como criterio de imputación para encontrar responsabilidad civil extracontractual en las empresas.

La primera solución fue reconocer un supuesto de responsabilidad objetiva de la empresa por los hechos cometidos por sus dependientes en ejercicio del encargo encomendado. Si el agente era causante del daño y era encontrado responsable de tales consecuencias económicas, en virtud de la responsabilidad vicaria, la empresa sería responsable solidariamente frente a la víctima. La lógica del *deep pocket* (bolsillo profundo) permite que la víctima pueda ser plenamente compensada y que, internamente, la empresa pueda repetir contra su agente.

Sin perjuicio de imputar responsabilidad a la empresa por un hecho ajeno, surgieron las tesis sobre la creación del riesgo —también de carácter objetivo— que permitieron fundamentar una responsabilidad propia de la empresa por sus propios hechos, al realizar actividades económicas que producen tanto riesgos como beneficios.

Aparentemente, la imposición de una responsabilidad directa y objetiva eliminaría las dificultades de aplicar la culpa o el dolo a la empresa: para qué reformular conceptos tradicionales (no hay culpa en las empresas al no existir el elemento volitivo) si se puede imponer responsabilidad objetiva por la realización de actividades económicas.

Sin perjuicio de ello, los desarrollos en responsabilidad penal de las empresas resultan muy interesantes para comprender por qué la responsabilidad civil de las mismas no se puede limitar a un análisis exclusivamente objetivo. Por un lado, la responsabilidad objetiva es en realidad subjetiva para el dañador, porque el daño no ocurre de la nada, solo existe si alguien no toma medidas de prevención. Si se toman esas medidas, no habrá daño.

Entonces, el potencial dañador sabe que, si es diligente, no será responsable porque no habrá daño. Pero si existe un daño es porque el dañador fue negligente y como tal no responde de cualquier daño, sino del ocasionado por él mismo. Así, la responsabilidad objetiva solo significa que no se debe probar la culpa, pero esto no significa que no exista culpa. La culpa siempre está presente⁹.

Por otro lado, en ciertos casos, la empresa debe tener la posibilidad de defenderse y demostrar que fue diligente en su estructura organizativa y que tomó suficientes medidas de prevención para evitar la materialización de un daño. Esto se justifica siempre y cuando el costo de prevención sea menor al costo del daño, de manera que es más barato evitar el daño que asumir el costo del mismo. Por el contrario, si ser diligente cuesta más que el propio daño, la eficiencia requiere que la víctima asuma su daño.

En estos casos se prefiere por la utilidad social que genera la actividad económica (pensemos en los automóviles y sus accidentes). Para no dejar desamparadas a las víctimas, se puede optar por sistemas alternativos como el seguro. Tener en cuenta el lado económico de la asignación del costo del daño es importante en términos de eficiencia, pues si solo existe un régimen de responsabilidad objetiva, se incrementarán los costos de la actividad económica, los cuales serán

⁹ Por ejemplo, véase FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿el mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil peruano)». En *Themis*, núm. 50 (2005), pp. 237-272.

finalmente asumidos por toda la población a través de un aumento en los precios.

El desarrollo del derecho penal comparado hacia una distinción entre una responsabilidad penal «objetiva» y una responsabilidad penal «subjetiva» permite comprender cómo es viable legalmente, y tiene sentido práctico, que las empresas puedan responder civilmente por responsabilidad vicaria, por responsabilidad por riesgo y por responsabilidad subjetiva. El derecho civil debe dialogar con el derecho penal y no quedarse en debates obsoletos.

Esta preocupación se justifica actualmente en el desarrollo del derecho peruano. No siendo ajeno a la evolución del derecho comparado, el derecho penal peruano ha dado un gran paso al introducir un cambio normativo que incorpora un supuesto de responsabilidad penal de las empresas bajo la etiqueta de «responsabilidad administrativa», tal y como ha ocurrido en el derecho penal italiano. Este cambio de perspectiva permite afirmar que en el Perú el dogma *societas delinquere non potest* está siendo dejado de lado y que, por fin, se admite normativamente la responsabilidad penal de las empresas.

Parte de esta evolución en el derecho penal comparado ha consistido en superar el obstáculo teórico que impedía encontrar culpa en las empresas. Como resultado, se crean los conceptos de «culpa empresarial», «culpa normativa» o «culpa corporativa», los cuales permiten imponer responsabilidad penal a la empresa siempre que la misma no haya tomado internamente en su estructura organizacional las medidas de prevención necesarias a través de la implementación de programas de cumplimiento normativo (*criminal compliance*) o similares, que permitan asegurar el cumplimiento de la normativa penal y, en consecuencia, evitar la comisión de delitos y la consecuente imposición de sanciones penales.

Entonces, se impone responsabilidad penal a la empresa por haber sido negligente en evitar la comisión de delitos.

Mientras el derecho penal peruano se adecua y adapta a la modernidad, el derecho civil se mantiene leal a aquel aforismo penal ya superado por sus originales defensores. En efecto, existen autoridades en el derecho de la responsabilidad civil extracontractual que parecen haber optado por la tradición del *societas delinquere non potest* para señalar que las empresas solo pueden ser responsables civilmente de manera vicaria o, en todo caso, por responsabilidad por riesgo.

La intención del presente trabajo es demostrar cómo el derecho penal peruano y el derecho penal comparado han superado el dogma de que las personas jurídicas no pueden ser responsables penalmente —entiéndase, de manera subjetiva— y utilizar dichas enseñanzas para demostrar por qué tiene fundamento legal. Además, es necesaria la imposición de una responsabilidad civil subjetiva independiente y autónoma de las empresas, que pueda existir junto con la responsabilidad vicaria y la responsabilidad por riesgo.

Debemos precisar que cuando hablamos de responsabilidad subjetiva de las empresas no nos referimos a la *culpa in eligendo* o la *culpa in vigilando* de la empresa respecto a sus agentes¹⁰. Ello sería un retroceso en términos dogmáticos. Lo que proponemos es una verdadera culpa corporativa en la empresa que se justifique en un defecto de su organización que permita la comisión de daños extracontractuales y, con ello, justificar por qué debe existir, paralelamente a la culpa corporativa, la responsabilidad vicaria y el riesgo. De esta manera, tenemos tres sistemas de imputación de responsabilidad extracontractual a las empresas, cada una diferente a la otra.

En general, gracias a la evolución del derecho penal comparado, pretendemos demostrar que no existen obstáculos legales ni conceptuales para la imposición de una responsabilidad civil extracontractual subjetiva de las empresas y que esto es importante a efectos de su impacto práctico, sobre todo si lo vemos desde una política legislativa que tenga en cuenta qué actividades económicas deben someterse a un régimen objetivo y cuáles a uno subjetivo. El estado actual del derecho peruano confirma esta propuesta.

2. EL PROBLEMA: LA DISCUSIÓN ENTRE CIVILISTAS

En el derecho peruano de la responsabilidad extracontractual, no es discutible la imposición de responsabilidad vicaria¹¹ o de respon-

¹⁰ Al respecto, véase ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro. «La responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente (Un intento por sistematizar la jurisprudencia chilena)». En DE LOS MOZOS, José Luis y SOTO COAGUILA, Carlos (eds.). *Responsabilidad civil*. Tomo 5. Lima: Grijley, 2006, pp. 525-527.

¹¹ Art. 1981: «Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria».

sabilidad por riesgo¹² a las empresas. El centro de atención se encuentra en la negación de imputar responsabilidad por culpa a las empresas, precisamente, por internalizar la máxima de que las empresas no pueden actuar por sí mismas y, por ende, que no pueden ser halladas responsables.

En efecto, autores nacionales como Bullard, Chan y Espinoza señalan que no existe en el Perú la responsabilidad directa y subjetiva de las empresas, sino de manera excepcional, la responsabilidad vicaria¹³. El mismo cuestionamiento se hizo en Chile¹⁴. Igualmente, el profesor español Gracia Martín —conocido crítico de la responsabilidad penal de las empresas— ha señalado de manera enfática que es un sinsentido pretender aplicar responsabilidad penal a las personas jurídicas desde que las mismas son abstracciones que no tienen capacidad de actuar como lo hacen las personas físicas y que la misma lógica aplica al derecho civil:

¹² Art. 1970: «Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo». Al respecto, Fernández Cruz y León señalan que «[...] las condiciones particulares del agente que realiza la actividad y del damnificado deben permanecer al margen del examen: cualquiera puede ser responsable por el ejercicio de una actividad peligrosa» (FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y LEÓN, Leysser. «La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva». En *Derecho PUCP*, núm. 28 (2005), p. 52.

¹³ Véase BULLARD, Alfredo y CHAN, Alfredo. «Yo no fui. Relaciones de agencia y responsabilidad vicaria». En *Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Volumen II. Lima: Palestra, 2008; ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Tomo II. Novena edición. Lima: Instituto Pacífico, 2019, pp. 1124-1125; ESPINOZA, Juan. «Sobre la importancia de considerar como supuesto de hecho autónomo a la responsabilidad civil de la persona jurídica con ocasión de las funciones de sus órganos, representantes o dependientes». En DE LOS MOZOS, José Luis y SOTO COAGUILA, Carlos (eds.). *Responsabilidad civil*. Tomo 5. Lima: Grijley, 2006, p. 480: «[...] el común denominador (en el supuesto de un acto ilícito) es que se tratará siempre de un hecho ajeno (del cual la persona jurídica no es —por obvias razones— autora); pero del cual tendrá (jurídicamente) responsabilidad directa. En este tipo de casos es importante distinguir el escenario de la *autoría material* de la *responsabilidad jurídica*».

¹⁴ ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro. «Sobre la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas en el código civil chileno». En *Revista Chilena de Derecho*, núm. 3, vol. 13 (1986), p. 530.

[...] en el Derecho Civil, se comprueba fácilmente que también la Dogmática de este sector jurídico, igual que la teoría general del Derecho, no ve ni en la adquisición de derechos subjetivos por la persona jurídica ni en todo aquello por lo que se la puede hacer responsable nada más que hechos *ajenos* —y nunca *proprios*— que, por esto mismo, solo le pueden ser *imputados*. Es más, en el Derecho Civil, lo que se imputa «objetivamente» a la persona jurídica no son nada más que los *efectos jurídicos* de la acción ajena de quien haya actuado válidamente como órgano o representante suyo, pero en ningún caso se le imputa la *voluntad* —ni siquiera la *negocial*— del sujeto individual de la acción.¹⁵

Teniendo en cuenta lo que se dice en el derecho civil peruano y comparado respecto a la responsabilidad civil extracontractual de las empresas, estamos ante un panorama legal que genera algunos inconvenientes cuando se trata de explicar el derecho peruano a abogados anglosajones, para quienes sí existe la responsabilidad por culpa de las empresas (*tort of negligence*).

Por ejemplo, muchas controversias judiciales se inician en fueros extranjeros, pero aplicando la ley peruana. Esto se debe a la comisión de daños extracontractuales en el Perú por parte de empresas matrices extranjeras y por subsidiarias peruanas. Por las reglas del derecho internacional privado del Código Civil¹⁶, es posible demandar a la matriz

¹⁵ GRACIA MARTÍN, Luis. «La naturaleza jurídica civil y administrativa de la mal llamada responsabilidad “penal” de las personas jurídicas». En GIMBERNAT ORDEIG, Enrique y otros (eds.). *Dogmática del derecho penal. Material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70 aniversario*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 132. Véase también a GRACIA MARTÍN, Luis. «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica». En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 5, vol. 18 (2016), p. 7: «[...] se rechazó la responsabilidad penal de la persona jurídica por la sencilla —pero por sí sola más que suficiente— razón de que, como demuestra y prueba con toda certeza la teoría general de la persona jurídica, en el substrato de ella están ausentes absolutamente todos los elementos materiales reales que configuran los objetos de todas y de cada una de las valoraciones jurídico penales —tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad— necesarias para la constitución del concepto del delito y para soportar la pena. Esto es así porque en Derecho penal los objetos tanto de las valoraciones categoriales constitutivas del supuesto de hecho delictivo, como de las determinantes del sí y de la medida de la intervención punitiva, tienen un substrato psicológico y sensible que sólo está presente en el ser humano y completamente ausente en la llamada persona jurídica».

¹⁶ Código Civil. Art. 2097: «La responsabilidad extracontractual se regula por la ley del país donde se realice la principal actividad que origina el perjuicio. En caso de responsabilidad por omisión, es aplicable la ley del lugar donde el presunto responsable

y a la subsidiaria en el foro de la matriz (Estados Unidos, Inglaterra, entre otros), pero aplicando derecho peruano.

Si se demanda en Londres a una matriz por los daños ocasionados por su subsidiaria peruana en el Perú, el juez inglés deberá aplicar el derecho peruano como lo haría un juez peruano. Para aplicar el derecho peruano, los demandantes suelen solicitar a un profesor con autoridad académica y profesional la emisión de un informe de experto en derecho peruano para que explique qué dice el derecho peruano respecto a la responsabilidad extracontractual, entre ello, si es posible aplicar la responsabilidad por culpa en las empresas.

¿Qué debería responder el experto en derecho peruano si se le solicita doctrina y jurisprudencia al respecto?¹⁷ De un análisis objetivo del estado actual de la responsabilidad extracontractual en el derecho peruano, daría la impresión de que en el derecho civil se aplica el *societas delinquere non potest* y, en consecuencia, que no sería posible imputar responsabilidad subjetiva a las empresas al rechazarse la posibilidad de encontrar culpa en una persona moral.

Sin embargo, acá explicaremos por qué la doctrina nacional peruana no ha visto la foto completa en relación con la responsabilidad civil extracontractual de la empresa. Para ello, será importante desarrollar brevemente la evolución del derecho penal peruano y comparado respecto al abandono de la idea de que las personas jurídicas no pueden incurrir en culpa.

debió haber actuado. Si la ley del lugar donde se produjo el perjuicio considera responsable al agente, pero no la ley del lugar donde se produjo la actividad u omisión que provocó el perjuicio, es aplicable la primera ley, si el agente debió prever la producción del daño en dicho lugar, como consecuencia de su acto u omisión».

¹⁷ Este trabajo se debe a la experiencia profesional del autor con el Dr. Gastón Fernández Cruz, quien es comúnmente solicitado como experto en derecho peruano en litigios internacionales, judiciales y arbitrales, sobre diversas materias en derecho civil, destacando aquellos casos en donde se solicita la responsabilidad civil extracontractual de la matriz extranjera y de sus subsidiarias peruanas por daños cometidos en el Perú.

3. EL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y LA CULPA CORPORATIVA

3.1. *Societas delinquere non potest*

Tanto en el derecho comparado¹⁸ como en el Perú¹⁹ ha regido el *societas delinquere non potest*, el cual impide imputar responsabilidad penal —en general— a las empresas. El derecho penal está pensado para ser aplicado a las características del ser humano y, como tal, se basa en una responsabilidad personal en donde la culpa es el elemento esencial. La culpa o el dolo implican que el agente pudo actuar de modo diferente, pero no lo hizo, y es dicho comportamiento u omisión lo que causa reprochabilidad penal y lo que justifica la imposición de una sanción penal (principalmente, la privación de libertad). Debido a la falta de capacidad de culpabilidad en las empresas, no se admitía la responsabilidad penal de las mismas²⁰.

¹⁸ HEINE, Günther. «Criminal liability of enterprises and new risks. International developments-National consequences». En *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 2, vol. 2 (1995), pp. 107-128; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. «Responsabilidad penal de los entes colectivos: estado actual y reflexiones preliminares». En URQUIZO OLAECHEA, José; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel y SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson (eds.). *Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, p. 19: «Desde hace algún tiempo ha resurgido el interés por un tema que había quedado prácticamente archivado hasta mediados de los años 90 del siglo XX: la responsabilidad penal de los entes colectivos. Hasta entonces, este problema era considerado como una exquisitez teórica que podía ser fácilmente refutado con aquella tajante afirmación ya tradicional de nuestros sistemas jurídicos penales: *societas delinquere non potest*».

¹⁹ PARIONA ARANA, Raúl. «Las consecuencias accesorias en el derecho penal peruano. Consideraciones sobre su naturaleza jurídica». En SANZ DELGADO, Enrique (ed.). *Derecho penal y penitenciario. Nuevos desafíos del sistema penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Dr. D. Germán Small Arana*. Lima: Ideas Solución Editorial, 2016, p. 807: «El derecho penal peruano, históricamente, se ha desarrollado sobre la base del principio de responsabilidad penal individual. Esto significa que en el derecho peruano se imputa responsabilidad penal únicamente a las personas naturales. Las personas jurídicas, las empresas, no responden penalmente: en el Perú rige el principio *societas delinquere non potest*. Así, si en el marco de la actuación de una empresa se incurre en ilícitos penales, serán sus representantes quienes respondan penalmente. A las empresas únicamente les corresponde la responsabilidad civil y, bajo ciertas circunstancias, la aplicación de las consecuencias accesorias previstas en los arts. 104 y 105 del Código Penal y en algunas leyes penales especiales».

²⁰ MAZUELOS COELLO, Julio. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Aplicación al caso peruano desde una perspectiva político criminal». En *Li-*

Debido a tales basamentos, resultaba impensable considerar que los mismos conceptos creados para las personas naturales sean utilizados para justificar la imposición de responsabilidad penal en las empresas. Entre los obstáculos legales teníamos²¹: 1) la inexistencia de la empresa como persona física, 2) la falta de capacidad de acción de la empresa, 3) la incapacidad de culpabilidad, 4) la imposibilidad de ser sujeto de la pena de privación de libertad, 5) la imposibilidad de realizar ciertos actos procesales (como declaraciones) y 6) la existencia de otras vías (civil y administrativa) que suplen el vacío del derecho penal, siendo este solo *ultima ratio*.

3.2. Responsabilidad penal objetiva

El derecho penal comparado dejó atrás la tradición y se adaptó a las necesidades de la modernidad a efectos de cambiar la política jurídica criminal²². Países como Francia, España, Italia, Holanda y Estados Unidos de América, por mencionar algunos, cuentan con sistemas que permiten imputar responsabilidad penal a las empresas por hechos

bro homenaje al profesor José Hurtado Pozo. El penalista de dos mundos. Lima: Idemsa, 2013, p. 283: «La posición mayoritaria de la doctrina penal sostiene la imposibilidad de utilizar el Derecho Penal frente a los entes colectivos debido al problema de la “capacidad de culpabilidad”. Se cuestiona su falta de *capacidad de culpabilidad* a tal punto que aun cuando se constate una necesidad de protección de bienes o intereses jurídicos frente a la actuación de las personas jurídicas, se sugiere no recurrir al Derecho Penal».

²¹ COFFEE, John Jr. «Corporate criminal liability: an introduction and comparative survey». En ESER, Albin; HEINE, Günther y HUBER, Barbar (eds.). *Criminal responsibility of legal and collective entities*. Freiburg: Ed. Iuscrim, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1999, p. 13; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Op. cit.*, pp. 23-24; JOACHIM HIRSCH, Hans. «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas». En *ADPCP*, núm. 3, vol. 46 (1993), p. 1104; MEINI MÉNDEZ, Iván. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y de sus órganos de gestión. Entre la dogmática y la política criminal». En *Ius et Veritas*, núm. 13 (1996), pp. 200 y ss.

²² VERVAELE, John. «*Societas/universitas delinquere ed puniri potest*, ¿La experiencia holandesa como modelo para España?». En GARCÍA GARCÍA, María Ángeles (ed.). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y derecho comunitario*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 14: «También en España, la doctrina, la jurisprudencia y el legislador se han dado cuenta de que el sistema de consecuencias accesorias del actual código penal no son suficientes para combatir con seriedad los fenómenos de la criminalidad organizada, como el terrorismo, la criminalidad económica, financiera o la criminalidad en materia de medio ambiente».

ajenos; de esta manera, se venció el tradicional principio de personalidad de la pena, el cual solo permitía imponer penas por hechos humanos propios. De esta manera, se prefirió por sistemas de imputación penal de carácter objetivo, que consisten en la imputación a la empresa de un hecho ajeno.

Si bien no se siguió una posición unitaria, cada sistema se ha encargado de optar por alguna opción que permite finalmente imputar responsabilidad penal a las empresas. Explica Heine que «en general, la *continua objetivización y expansión* de las premisas de imputabilidad es evidente. El objetivo es en esencial el reforzamiento de la responsabilidad penal de las empresas»²³.

En Europa se han creado sistemas para que las empresas sean responsables por hechos ajenos, pero de hechos de altos directivos no de cualquier empleado. Este criterio de identificación (*identification criteria*, según el derecho inglés) limita el ámbito del riesgo de exposición penal de las empresas al discriminar entre agentes cuyos delitos generarán responsabilidad en la empresa²⁴.

En Francia existe una responsabilidad penal derivada de los actos que realicen altos directivos de la empresa (*personnes morales*), lo que se conoce como *responsabilité par ricochet*²⁵ o responsabilidad refleja (lo cual es diferente a la responsabilidad indirecta propiamente dicha). Por otro lado, en Holanda se ha impuesto una responsabilidad penal indirecta por los actos ilícitos penales que cometan sus dirigentes²⁶.

²³ HEINE, Günther. «Criminal...», *op. cit.*, p. 121: «In general, a *continuous objectivation and expansion* of the premises of imputability is noticeable. The goal is in essence to strengthen the influence of the criminal law on the enterprise».

²⁴ VILLANI, Enrica. «Compliance Programs and “Organisational Fault” in Europe». En FIORELLA, Antonio (ed.). *Towards a common model in the European Union*. Tomo II. Napoli: Jovene Editore, 2012, p. 250; GARCÍA CAVERO, Percy. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas». En *Derecho Penal y Criminología*, núm. 78, vol. 26 (2005), p. 143.

²⁵ ENRICO PALIERO, Carlo. «La sociedad penada: cómo, por qué y para qué. Sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica». En *Revista de Derecho*, núm. 8, año 8 (2013), p. 181.

²⁶ VERVAELE, John. *Op. cit.*, p. 29: «La legislación penal holandesa conoce desde 1976 —contrariamente a la mayoría del resto de países continentales— una regulación general de la punibilidad de las personas jurídicas. Se deduce de la lectura del art. 51 del Código penal que los principios “*societas delinquere non potest*” y “*societas puniri non potest*” han sido completamente abandonados».

En Inglaterra, en virtud de la doctrina del *alter ego*, también se hace responsable a la empresa por los delitos cometidos por altos directivos (*very high-ranking corporate executive*)²⁷. Pero téngase en cuenta que en este caso se considera que la voluntad del agente es la voluntad del principal. Esto es distinto a aquellos regímenes de responsabilidad penal, como el francés, en donde la culpa del agente es *imputada* al principal. La distinción no es solo formalista, sino que parte de premisas distintas. En el caso inglés, se considera que la voluntad de un alto agente es la voluntad de la empresa.

Entonces, la empresa puede actuar con culpa. Realmente, el derecho inglés regula un supuesto de responsabilidad penal subjetiva y no objetiva como el francés, a pesar de que en ambos casos se preste atención al delito material cometido por un agente. La posición inglesa respecto a que la voluntad del alto agente es la voluntad de la empresa encuentra su origen en el famoso caso *HL Bolton Engineering vs. TJ Graham & Sons* (1957)²⁸.

En España existe un régimen de responsabilidad penal sujeto a *numerus clausus* (en virtud de la Ley Orgánica 5/2010)²⁹. En virtud de la normativa española, procederá la imputación del delito a la empresa cuando este sea cometido por sus representantes o administradores en nombre o cuenta de la empresa y en provecho de ella. También procederá imputar responsabilidad a la empresa si el delito no lo comete un representante o administrador, sino un agente inferior, siempre que el delito se haya cometido por la falta de debida supervisión por parte de los representantes o administradores. En Austria existe un esquema penal similar entre altos directivos y subordinados³⁰.

²⁷ COFFEE, John Jr. «Corporate...», *op. cit.*, p. 11.

²⁸ *Bolton (H L) (Engineering) Company Ltd vs. T J Graham & Sons Ltd* [1957] 1 QB 159.

²⁹ GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *Op. cit.*, p. 186: «[...] el legislador español ha optado por establecer un sistema de *numerus clausus* a la hora de fijar los delitos por los que habrán de responder penalmente las personas jurídicas, si bien también ha dejado claro que dichos delitos habrán de ser materialmente cometidos por una persona física para poder generar la responsabilidad de tales entidades, lo que demuestra, a juicio de algunos autores, que se parte de un sistema de heterorresponsabilidad que impute normativamente a la persona jurídica un hecho de referencia realizado por un sujeto diferente, por una persona física».

³⁰ VILLANI, Enrica. «Compliance...», *op. cit.*, pp. 260-261; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, pp. 8 y ss.

En el derecho suizo existen dos modelos de responsabilidad empresarial. Uno en donde la empresa es responsable subsidiariamente en caso no se pueda identificar a una persona física (responsabilidad subsidiaria) y otra en donde la empresa es responsable de ciertos delitos en caso de no haber tomado las medidas organizativas razonables e indispensables que permitan evitar la comisión del delito (responsabilidad originaria)³¹.

Italia, a través del Decreto Legislativo 231/2001, ha impuesto un régimen de responsabilidad «administrativa» que en la práctica ha sido reconocido por la doctrina comparada como una verdadera responsabilidad penal de la empresa³². Alemania también ha optado por un régimen «administrativo» de responsabilidad de las empresas³³.

Por otro lado, Estados Unidos de América posee un régimen particular por el cual se ha traslado la lógica de la responsabilidad civil vicaria al ámbito penal para hacer responsable a las empresas por cualquier ilícito penal que pueda causar cualquiera de sus agentes³⁴. En otras palabras, en virtud de la doctrina del *respondeat superior*, se ha aplicado en el derecho penal americano la *vicarious liability* para hacer responsable a las empresas por hechos de cualquier agente.

³¹ ENRICO PALIERO, Carlo. *Op. cit.*, p. 183.

³² MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas». En *Anales de Derecho*, núm. 29 (2011), p. 9.

³³ MONGILLO, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 81.

³⁴ LACOVARA, Philip y NICOLI, David. «Vicarious Criminal Liability of Organizations: RICO as an Example of a Flawed Principle in Practice». En *St. John's Law Review*, núm. 4, vol. 64 (1990), p. 726: «The current breadth of the imputed criminal liability doctrine has evolved because the federal courts have uncritically extended the common-law doctrine of *respondeat superior* into the criminal context. In so doing, these courts have premised expanded criminal liability for organizations on a civil doctrine concerned first and foremost with the allocation of risk of loss caused by a harmful event»; DE MAGLIE, Cristina. «Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law». En *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 4 (2005), p. 553: «As to the selection of criteria for attributing the *actus reus* to the corporation, a comparative view does not produce clear contrasts. The U.S. system is the most significant point of reference: here, the civil law system's notion of *respondeat superior* automatically transfers into the domain of criminal law [...] The principle of *respondeat superior* represents the implementation of the principles governing vicarious liability: the *actus reus* and *mens rea* of the individuals who act on behalf of a corporation are automatically attributed to the corporation».

Entonces, si un trabajador comete un delito, la empresa será responsable penalmente y en forma vicaria por tal delito. El *actus reus* (la conducta) y el *mens rea* (la voluntad) del agente son considerados como la mala conducta y la voluntad de la empresa. Esta regla encuentra su origen en el *leading case* New York Central & Hudson River Railroad Co. vs. United States (1909)³⁵ resuelto por la Corte Suprema³⁶.

En dicho caso se eliminó el *societas delinquere non potest* para establecer la regla *societas delinquere potest*. En dicho caso se declaró la constitucionalidad de la Elkins Act, una ley federal que imponía responsabilidad penal a las empresas. Entonces, aunque la empresa no podía actuar por sí misma, era considerada responsable por los delitos de sus agentes, siempre que hayan sido cometidos dentro del ámbito de sus funciones y con la intención de beneficiar a la empresa.

La posibilidad de que las empresas puedan ser tratadas como personas físicas a efecto de la imputación penal ya había sido reconocido 20 años atrás en Santa Clara County vs. Southern Railroad (1886)³⁷ por la Corte Suprema³⁸.

Como es evidente, esta regla de la *vicarious liability* americana es más amplia que la regla del *identification criteria* inglés existente en Europa. La primera no distingue entre tipos de agentes; mientras que la segunda busca identificar a un agente que tenga posición de dirección y, por ende, excluye a cualquier otro subordinado.

En general, podemos observar que se implementaron diversas formas para hacer responsable penalmente a una empresa, sin perjuicio del tradicional obstáculo legal del *societas delinquere non potest*. Como indican Fischel y Sykes respecto a la experiencia anglosajona:

³⁵ New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States, 212 U.S. 481 (1909), United States Supreme Court.

³⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. «The Sarbanes-Oxley Act of 2002: A German Perspective». En *Buffalo Criminal Law Review*, núm. 1, vol. 8 (2004), p. 39; DISKANT, Edward. «Comparative corporate criminal liability: exploring the uniquely american doctrine through comparative criminal procedure». En *Yale Law Journal*, núm. 1, vol. 118 (2008), p. 135.

³⁷ Santa Clara County vs. Southern Pacific Railroad Company, 118 U.S. 394 (1886).

³⁸ BRODOWSKI, Dominik; ESPINOZA, Manuel y TIEDEMANN, Klaus. *Op. cit.*, p. 2.

«[...] la regla común de que las empresas no pueden cometer delitos es actualmente nada más que una curiosidad histórica»³⁹.

Los modelos mencionados se conocen como supuestos de responsabilidad penal «objetiva» de las empresas o modelos de heteroresponsabilidad (atribución de culpa ajena). En primer lugar, se busca la responsabilidad penal de un agente, sea un alto directivo o representante de la empresa (como en Holanda y Francia) o de cualquier trabajador o dependiente (como en Estados Unidos de América), para luego, y en segundo lugar, imputar responsabilidad a la empresa, sea de manera indirecta (como en Holanda), de reflejo (como en Francia) o vicariamente (como en Estados Unidos de América). En general, de manera amplia, estamos ante supuestos de responsabilidad penal «objetiva» y por los hechos de otro.

3.3. Responsabilidad penal subjetiva

Si bien los sistemas objetivos lograron superar el *societas delinquere non potest* e imponen finalmente responsabilidad penal en las empresas, no estamos ante un modelo de autorresponsabilidad (atribución de culpa propia). Esto solo se logra con la imposición de responsabilidad penal «subjetiva» a las empresas al encontrar en ellas culpa o dolo como si fuesen personas físicas.

Existen diversas formas de encontrar la culpa corporativa en la empresa. Una primera aproximación es considerar que la voluntad de la empresa es la de sus altos directivos. Esta es propiamente la responsabilidad penal subjetiva. Una segunda aproximación es considerar que la culpa corporativa debe ser construida independientemente de la voluntad de personas físicas. Esta culpa corporativa se encontraría en un defecto de organización de la empresa, la cual sería una verdadera responsabilidad autónoma e independiente de las empresas (de carácter subjetivo y pensada en una culpa corporativa).

Sin perjuicio de que ambos supuestos puedan agruparse dentro del modelo de autorresponsabilidad empresarial, se tratan de supuestos de responsabilidad distintos. La responsabilidad subjetiva —que tiene como referencia la voluntad de un alto directivo— es un buen avance doctrinario que permite, ulteriormente, considerar la existen-

³⁹ FISCHER, Daniel y SYKES, Alan. «Corporate crime». En *The Journal of Legal Studies*, núm. 2, vol. 25 (1996), p. 337: «[...] the common-law rule that corporations can-not commit crimes is now nothing more than a historical curiosity».

cia de una responsabilidad autónoma e independiente por defecto de su organización.

El sistema americano es un buen ejemplo para comprender cómo puede coexistir la responsabilidad penal «objetiva» frente a la «subjetiva» y es un buen punto de partida para explicar cómo lo mismo puede ocurrir en el derecho civil de la responsabilidad civil extracontractual.

Ello justifica centrar nuestra atención en el derecho penal del *common law*, es la superación del *societas delinquere non potest* con anterioridad a los sistemas penales del *civil law*⁴⁰; debido a que los países del *common law* «[...] se manejan a través de una vertiente pragmática, se facilita la criminalización de la persona jurídica», afirma Mazuelos Coello:

Es así que desde comienzos del Siglo XX ha sido implantado un sistema de responsabilidad criminal empresarial en el que no sólo las personas jurídicas son penalizadas, el sistema de *Common Law* hace referencia a las empresas como destinatarias de la penalización; allí radica su gran diferencia con el otro grande sistema jurídico: el *Civil Law*. Debido a la forma y fuentes del Derecho del *Common Law*, la aplicación de esta figura no resulta conflictiva [...].⁴¹

Pero, sobre todo, nos enfocamos en el derecho americano porque, debido a la existencia de un duro régimen de responsabilidad penal objetiva (*vicarious liability*), la tendencia en la experiencia americana es preferir por un sistema subjetivo de responsabilidad en el cual las empresas puedan probar su ausencia de culpa como defensa.

El derecho americano es el pionero en considerar a las empresas como verdaderos actores en el mercado y la vida económica. Las empresas son por regla general los principales protagonistas en el comercio internacional⁴² y, en consecuencia, han sido responsables de

⁴⁰ HEINE, Günther. «New developments in corporate criminal liability in Europe: Can europeans learn from the american experience - or vice versa?». En *Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal*, vol. 1998 (1998), pp. 173-174; WEIGEND, Thomas. «Societas delinquere no potest? A german perspective». En *Journal of International Criminal Justice*, núm. 5, vol. 6 (2008), p. 928; MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Op. cit.*, p. 6; DISKANT, Edward. *Op. cit.*, p. 129.

⁴¹ MAZUELOS COELLO, Julio. *Op. cit.*, p. 294.

⁴² ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Op. cit.*, p. 21: «Por ello, la criminología que analiza el delito económico no puede prescindir de las empresas (personas jurídicas),

los grandes escándalos económicos en los últimos años⁴³ (piénsese en Enron y WorldCom en Estados Unidos de América o Parmalat y Siemens en Europa⁴⁴).

Existen son dos concepciones que deben ser internalizadas para entender cómo una empresa puede responder por culpa o dolo: 1) la idea de la empresa como actor autónomo e independiente y 2) la existencia del concepto de culpa corporativa.

En primer lugar, Stone habla de *the Corporation as actor* a través de una analogía muy gráfica: los jurados. El jurado está compuesto por un número determinado de ciudadanos americanos quienes tendrán el deber de resolver un caso concreto. Ellos deliberarán y harán conocer al juez de su decisión una vez que todos los miembros del jurado se hayan puesto de acuerdo por unanimidad. Como explica Stone, cuando se habla del «jurado» no se habla del «ciudadano 1» o «ciudadano 2» o en general de los «miembros de jurado».

La composición del jurado es irrelevante al momento de hablar del «jurado» desde que la percepción que se opta del mismo es la de verlo como una institución y no en virtud de quienes lo componen o

las cuales tiene una actuación decisiva en la vida económica, más importante aún que la de las personas individuales. Y es así que en el campo del Derecho Penal Económico se ha comprobado una y otra vez que la persona jurídica participa, ya no como excepción, sino como regla general en la comisión de delito».

⁴³ FOFFANI, Luigi. «Escándalos económicos y reformas penales: Prevención y represión de las infracciones societarias en la era de la globalización». En *Revista Penal*, núm. 23 (2009), pp. 33-34: «Efectivamente, el cambio de siglo, con el final de la optimista e ilimitada fe en el “dios mercado”, ha ofrecido en pocos años un impresionante abanico de desviaciones patológicas y criminales: primero en los Estados Unidos y pocos meses después también al otro lado del Atlántico, en el corazón de la vieja Europa: Francia, España, Alemania e Italia han sido testigos de una proliferación de grandes escándalos financieros y clamorosos procesos penales económicos, en ocasiones con efectos desestabilizadores para las propias instituciones políticas (como ha ocurrido, en particular, en Italia, donde ya a lo largo de los años 90 las investigaciones judiciales sobre las relaciones ilícitas entre el mundo de la empresa, la Administración Pública y el poder político provocaron un auténtico terremoto institucional del que aún hoy se sufren las consecuencias con la desaparición de los partidos tradicionales y una profunda transformación del sistema político-institucional)».

⁴⁴ BRODOWSKI, Dominik; ESPINOZA, Manuel y TIEDEMANN, Klaus. *Op. cit.*, p. 2; SIEBER, Ulrich. «Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica». En ARROYO ZAPATERO, Luis y NIETO MARTÍN, Adán (eds.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 63-64.

cómo se toman sus decisiones. Nadie duda de que el jurado es una institución que se encuentra compuesto de ciudadanos americanos. Sin embargo, quien actúa en el juicio y emite un pronunciamiento es el jurado y no sus miembros.

La misma perspectiva es usada al momento de hablar de las empresas. No interesa que las empresas actúen a través de sus administradores y necesiten de personas físicas. La empresa es una entidad en sí misma independiente de sus miembros. Tanto es así que la voluntad corporativa de la empresa no puede ser considerada como una simple suma o agregado de las voluntades individuales de sus accionistas o administradores.

Inicialmente en el *common law*⁴⁵ se habían propuesto teorías como la *collective knowledge*⁴⁶ (Estados Unidos de América) o el *aggregate knowledge*⁴⁷ (Inglaterra) para señalar que la empresa podía responder por culpa. Se entendía que la voluntad de la empresa era el simple agregado de la voluntad de todos sus representantes. Sin embargo, actualmente se prefiere por una perspectiva más institucional u organizacional de la empresa.

La voluntad de los altos directivos es la de la empresa cuando esta es formada conforme a la regulación legal corporativa, el pacto social y los estatutos. No se trata de la formación de una voluntad libre y sin restricciones desde que debe formarse según ley y las disposiciones convencionales internas de la misma empresa.

Entonces, la voluntad de estos altos directivos no es una voluntad propia de personas físicas, sino una voluntad formada bajo cier-

⁴⁵ FOFFANI, Luigi. «Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. ¿Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?». En *Revista Nuevo Foro Penal*, núm. 75, vol. 6 (2010), pp. 46-47: «¿Cómo se puede construir una culpabilidad de la persona jurídica? El primer modelo es aquel que se puede definir “antropomórfico”: es decir, se construye la culpabilidad de la persona jurídica a través de los mismos esquemas de la culpabilidad de la persona física. Los ejemplos son la teoría de la “culpabilidad cumulativa” (*collective intent*) elaborada por la jurisprudencia estadounidense en los años 80 y la teoría de la “*aggregated culpability*” de la jurisprudencia británica. Según estas teorías, la culpabilidad de la persona jurídica no es más que la suma de las culpabilidades de las personas físicas: la diferencia es sólo cuantitativa. Se trata sin embargo de soluciones frágiles, en cuanto no idóneas para definir un concepto de culpabilidad realmente específico de la persona jurídica».

⁴⁶ VILLANI, Enrica. «Compliance...», *op. cit.*, p. 258.

⁴⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Estados Unidos de América*. Lima: Ara Editores, 2010, pp. 65-66.

tos parámetros y, como tal, es imputada directamente a la empresa como su voluntad propia. En virtud de esta perspectiva institucional de la empresa, es fácil comprender cómo la misma es diferente de sus miembros.

Si bien la empresa no puede actuar por sí sola y necesita de personas físicas para formar su voluntad, una vez que dicha voluntad social independiente y autónoma de la empresa se ha formado, esta es diferente de la voluntad de los miembros de la empresa. Al respecto, Stone expresa lo siguiente:

En este escenario el deseo de cada hombre, sus ideas —incluso sus percepciones y emociones— son balanceadas y dirigidas por una estructura institucional tan penetrante que pueden ser interpretadas como que tiene un conjunto de objetivos y restricciones (si no es una mente y propósito) que le *son* propios [...]. Esto no quiere decir, por supuesto, que la gran organización empresarial es simplemente como una persona ordinaria, un «jefe». Pero no hay razón para suponer que los motivos de la empresa, la forma en que responderá y se adaptará a las amenazas externas, la manera en que escaneará su ambiente para información, la manera en que calculará y pesará sus placeres contra sus dolores —en suma, sus decisiones y la forma en que llega a ellas— pueda coincidir con aquellas de cualquier persona dentro de ella, ni siquiera aquellas del presidente. Tampoco debemos con confianza intentar tratar su proceso de decisión como si la empresa fuera simplemente la suma agregada de todas las personas que laboran dentro de ella. [...] Lo que esto sugiere es que el derecho debería estar constantemente buscando y tomando en cuenta las especiales características institucionales de las empresas para hacer que el problema de controlarlas (y de controlar los hombres dentro de ella) sea un problema distinto que el de controlar a los seres humanos en situaciones ordinarias.⁴⁸

⁴⁸ STONE, Christopher. *Where the law ends. The social control of corporate behavior*. New York: Harper & Row Publishers, 1975, p. 7: «In this setting each man's own wants, ideas—even his perceptions and emotions—are swayed and directed by an institutional structure so pervasive that it might be construed as having a set of goals and constraints (if not a mind and purpose) of *its* own. This is not, of course, to say that the large business organization is just like an ordinary person, a "boss". But there is no reason to suppose that the motives of a corporation, the way it will respond and adapt to external threats, the way it will scan its environment for information, the way it will calculate and weigh its pleasures against its pains—in sum, its decisions and the way it arrives at them—will coincide with those of any one person within it, not even necessarily those of the president. Nor should we with any confidence presume to treat its decision processes as though the corpora-

Esto es indiscutible si recordamos cómo se forma la voluntad corporativa de una sociedad anónima de acuerdo con la Ley General de Sociedades en el caso peruano. La empresa se constituye para realizar un objeto social determinado según el estatuto (art. 11), tanto es así que es causal de disolución la conclusión del objeto social, la no realización del mismo por un periodo prolongado o la imposibilidad de realizarlo (art. 407, inc. 2).

La Junta General de Accionistas es el órgano supremo de la empresa compuesto de todos los accionistas de la misma y se reúne de manera constante para formar la voluntad social y tomar decisiones (art. 111) sobre cuestiones que se encuentran dentro de su competencia (arts. 114 y 115). Lo mismo con la gerencia y el directorio. Las personas físicas que toman decisiones como órganos sociales de la empresa no toman decisiones que puedan considerarse como personales, sino como decisiones de los órganos sociales de la empresa.

Nuevamente, se habla de los órganos sociales de la empresa como aquellos encargados de expresar la voluntad corporativa de la misma. Y el proceso de formación de la voluntad corporativa de la empresa está claramente delimitado por lo que señale el pacto social, el estatuto y las normas jurídicas de la Ley General de Sociedades.

Entendido de esta manera, no se puede señalar que la voluntad individual de las personas físicas que conforman alguno de los órganos sociales de la empresa es la misma que la corporativa de la empresa. Esta nace y se convierte en una voluntad distinta a todas aquellas personas físicas involucradas en el proceso de su formación. Y esta voluntad se forma conforme al pacto social, el estatuto y la regulación societaria.

Afirma Hirsch que:

[...] la esencia de la corporación consiste justamente en que no es una mera suma de personas individuales, sino que constituye una estructura independiente que se separa de ellas. La culpabilidad de la corporación, por tanto, no es idéntica a la culpabilidad de sus miembros. Antes bien, debe decidirse en forma separada acerca de ambas. Esto se ve con espe-

tion were merely the aggregate sum of all the persons who are laboring within it. What this suggests is that the law ought constantly to be searching out and taking into account the special institutional features of business corporations that make the problems of controlling them (and of controlling men-in-them) a problem distinct from that of controlling human beings in ordinary situations».

cial claridad cuando la conducta culpable de la corporación se realizó en contra de la voluntad de una minoría superada en la votación, o cuando el órgano actuante por la corporación ha actuado en contra de la voluntad de sus miembros.⁴⁹

Por otra parte, explica Dannecker que «las empresas son sujetos reales, sociales y autónomos. Actúan en el tráfico económico como titulares de valores patrimoniales, persiguen fines propios, tienen una propia “*corporate identity*”, o “*corporate culture*” y son capaces de motivación»⁵⁰.

En la práctica, la empresa forma su voluntad y se ejecuta a través de sus altos directivos, los cuales al ejecutar la voluntad corporativa de la empresa es como si esta se encontrara ejecutando su propia voluntad⁵¹. Los directivos y altos representantes de la empresa son como su cerebro y mente, por ende, lo que ellos hacen se entiende como la ejecución del deseo de la empresa misma; mientras que los agentes de bajo rango (trabajadores, por ejemplo) son las manos de la empresa que le permiten ejecutar sus deseos.

Recordemos que este es el régimen adoptado por el derecho inglés. En efecto, en Inglaterra se hace responsable a la empresa por los delitos cometidos por sus altos directivos, pero no se trata de una culpa imputada. A la empresa no se le imputa la voluntad de su agente, sino que se considera que la voluntad del agente es la de la empresa (*directing mind*).

Esto se encuentra graficado en lo señalado por Lord Dennings en el caso inglés *HL Bolton Engineering vs. TJ Graham & Sons* (1957):

Una empresa puede en diversas maneras estar relacionada con el cuerpo humano. Ella tiene un cerebro y un centro nervioso que controla lo que hace. También tiene manos que sostienen sus herramientas y que

⁴⁹ JOACHIM HIRSCH, Hans. *Op. cit.*, p. 1111.

⁵⁰ DANNECKER, Gerhard. «Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas». En *Revista Penal*, núm. 7 (2001), p. 45.

⁵¹ HEINE, Günther. «Criminal...», *op. cit.*, p. 116; MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Op. cit.*, p. 12: «[...] mientras para el sujeto el sistema que ha de formarse ha de estar compuesto siempre de los ingredientes propios de una persona física, mente y cuerpo, en la persona jurídica se traslada a estatutos y órganos; estos se pueden definir asimismo como sistema en el cual lo interno no interesa pero si el *output*, con lo que las actuaciones de los órganos con arreglo a sus estatutos se convierten en acciones propias de las personas jurídicas».

actúa de acuerdo a las direcciones que provienen del centro nervioso. Algunas personas de la empresa son simples sirvientes y agentes que no son nada más que manos que hacen el trabajo y que no se puede decir que representan la mente o su voluntad. Otros son los directores y administradores que representan la mente directora y voluntad de la empresa, y que controla lo que hace. El estado de la mente de estos administradores es el estado de la mente de la empresa y es tratada por el derecho como tal.⁵²

De igual manera, en el *leading case* inglés Tesco Supermarkets Ltd. vs. Nattrass (1971)⁵³ se afirmó lo siguiente:

Normalmente la junta de directores, el director administrador y tal vez otros oficiales superiores de la compañía llevan a cabo las funciones de administración y hablan y actúan como la empresa. Los subordinados no. Ellos llevan a cabo las órdenes desde abajo y no puede hacer ninguna diferencia que tengan algún tipo de discreción.⁵⁴

En este momento podemos realizar dos conclusiones que son muy importantes a efectos de comprender cómo se puede aplicar la responsabilidad subjetiva a las empresas (sea penal o civil): 1) la empresa debe ser vista desde una perspectiva institucional u organizacional, por el cual se entiende que la empresa es una persona con voluntad propia y 2) es necesario distinguir entre los altos directivos y los trabajadores de la empresa.

⁵² DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, pp. 556-557: «A company may in many ways be likened to a human body. It has a brain and nerve centre which controls what it does. It also has hands which hold the tools and act in accordance with directions from the centre. Some of the people in the company are mere servants and agents who are nothing more than hands to do the work and cannot be said to represent the mind or will. Others are directors and managers who represent the directing mind and will of the company, and control what it does. The state of mind of these managers is the state of mind of the company and is treated by the law as such».

⁵³ Tesco Supermarkets Ltd. vs. Nattrass [1971] UKHL 1 AC 153.

⁵⁴ HICKS, Andrew y GOO, S. H. *Cases and materials on company law*. Sexta edición. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 125: «Normally the board of directors, the managing director and perhaps other superior officers of a company carry out the functions of management and speak and act as the company. Their subordinates do not. They carry out orders from above and it can make no difference that they are given some measure of discretion».

Como se desprende de manera clara de lo afirmado por Lord Dennings, la mente de la empresa está conformada por sus altos directivos, que son sus administradores. Siempre y cuando los altos directivos formen la voluntad corporativa de la empresa de acuerdo a ley y las disposiciones convencionales, esa voluntad dejará de ser individual y pasará a ser la voluntad corporativa de la empresa.

El derecho debe tratar dicha voluntad corporativa como la voluntad de la empresa a efectos de concluir que los daños ocasionados por la ejecución de tal voluntad corporativa deben ser internalizados directamente por la empresa. En sede penal, la voluntad corporativa ejecutada por los altos directivos de la empresa y que deriven en delitos serán imputados directamente a la empresa. *A contrario sensu*, los delitos cometidos por simples empleados no pueden ser considerados como delitos cometidos por la propia empresa.

3.4. El modelo americano

Hemos explicado que los diversos sistemas del *civil law* y el *common law* en sede penal han implementado diversos mecanismos para finalmente imputar responsabilidad penal a las empresas por los hechos cometidos por sus personas físicas. Por ejemplo, en Francia se habla de una responsabilidad reflejo por los hechos cometidos por un agente, pero no se trata de cualquier persona física que actúe como agente.

Dicha persona tiene que ser necesariamente un representante u órgano de representación de la empresa (*organes ou représentants*). En este sentido, la empresa no puede ser penalmente responsable por los ilícitos penales de sus empleados y trabajadores. Esto se justifica en que los trabajadores no representan el cerebro de la empresa, pero sí los altos directivos.

Lo contrario ocurre en el derecho americano. La regla es la imposición de la responsabilidad penal a la empresa por el delito cometido por cualquier agente en virtud de una responsabilidad penal vicaria. Lo único que se necesita probar es que el agente actuó dentro de sus funciones y en beneficio de la empresa, sin importar si la empresa instruyó correctamente al empleado, y en general, si implementó las medidas necesarias para evitar la comisión de delitos por parte de sus agentes⁵⁵.

⁵⁵ LACOVARA, Philip y NICOLI, David. *Op. cit.*, p. 725: «Under the current federal doctrine of vicarious criminal liability, an “organization” is held criminally responsible for crimes committed by its agents within the scope of their employment and

Debido a la gran extensión de la responsabilidad penal vicaria en Estados Unidos de América, esta ha sido duramente criticada por no cumplir fines óptimos de prevención y disuasión (*deterrence*).

Si la empresa responderá por cualquier delito que cometa alguno de sus agentes (sin importar si se trata de un trabajador o un alto directivo), ¿cuáles son los incentivos de la empresa para tomar medidas de precaución como organización? ¿Para qué cumplir con la normativa penal si la empresa será responsable por cualquier ilícito penal cometido por algún subordinado? Como señalan Weismann, Ziegler, McLoughlin y McFadden: «[...] las empresas en los Estados Unidos están puestas en peligro por una anticuado, contra-productivo e injusto estándar de responsabilidad penal»⁵⁶.

No es eficiente imputar a la empresa la responsabilidad penal de sus empleados o trabajadores, pues ello solo genera desperdicio al incentivar a las empresas a tomar medidas de prevención por encima del óptimo (*overdeterrence*). Por más recursos que la empresa asigne en prevención para impedir que sus empleados o trabajadores cometan delitos, estos podrían desobedecer en cualquier momento y exponer a la empresa a sanciones penales que no le corresponden.

Advierten Fischel y Sykes que «este problema de exceso de disuasión es más obvio cuando un agente corporativo de bajo nivel comete un daño sin conocimiento, aprobación, o consentimiento de la junta de directores [...]. Un nivel excesivo de daños hará que los admi-

with the intent to benefit the organization. The scope of the doctrine is exceedingly broad; it imposes liability regardless of the agent's position in the organization, and even if the criminal conduct was in defiance of express company policy». Véase también a GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *Op. cit.*, pp. 178-179: «[...] al partir de una atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas por los delitos cometidos por un círculo más o menos amplio de personas físicas sin establecer mayores exigencias, parecerían estar transmitiendo un mensaje hacia tales entidades que podría llevar a pensar a quienes la integran que hagan lo que hagan siempre tendrán que responder por los posibles desvaríos que cometan sus representantes o directivos, lo que privará a la amenaza de su posible sanción penal de cualquier clase de efecto preventivo que las motive para establecer medidas controladoras y neutralizadoras de sus posibles actuaciones delictivas».

⁵⁶ WEISMANN, Andrew; ZIEGLER, Richard, McLOUGHLIN, Luke y MCFADDEN, Joseph. «Reforming corporate criminal liability to promote responsible corporate behavior». En *U.S. Chamber Institute for Legal Reform* (2008), p. 2: «[] corporations across the United States are put at risk by an outdated, counter-productive and unjust standard of criminal liability».

nistradores inviertan demasiado en evitar una futura responsabilidad por tales agentes»⁵⁷.

Debido al alto estándar criminal impuesto por el derecho americano, diversos autores han propuesto varias alternativas para superar los defectos del sistema penal anglo-americano. Entre estas alternativas se encuentra la sección 2.07 del Model Penal Code de 1962.

El American Law Institute elaboró recopilaciones de lo que serían las mejores normas en determinada rama del derecho para que sean incorporados voluntariamente por los diversos estados americanos. El Model Penal Code es el *soft law* del derecho penal para las diversas jurisdicciones americanas y, sin perjuicio de no ser legalmente vinculante, tiene una gran recepción e influencia en las jurisdicciones americanas al momento de normar internamente en materia penal.

La sección 2.07 del Model Penal Code ha sido reconocida por la literatura penal americana como una buena alternativa frente a los defectos de la responsabilidad penal vicaria al restringir el tipo de agente que pueda cometer un delito que luego será imputado a la empresa⁵⁸.

En general, existen dos aspectos interesantes de la sección 2.07: 1) la responsabilidad directa de la empresa por los actos de un *high managerial agent* y 2) el *due diligence defense*. La idea de imponer una responsabilidad subjetiva a las empresas americanas recae en la simple idea de otorgarles una defensa de debida diligencia, esto es, que

⁵⁷ FISCHER, Daniel y SYKES, Alan. *Op. cit.*, p. 324: «This overdeterrence problem is most obvious when a lower level corporate agent commits harm without the knowledge, approval, or consent of the board of directors. Excessive levels of damages will lead managers to invest too much in the avoidance of future liability by such agents».

⁵⁸ LACOVARA, Philip y NICOLI, David. *Op. cit.*, p. 727: «[...] we argue [...] that the federal courts, which have fashioned the existing rules of imputed criminal liability without congressional guidance or approval, reform those rules by adopting the principles embodied in the MP Code [...]; DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, p. 554: «The alternative method, interpreting “agents” as encompassing only the managers of the corporation, is followed by the Model Penal Code (MPC) [...]; WEISMANN, Andrew, ZIEGLER, Richard, McLOUGHLIN, Luke y McFADDEN, Joseph. *Op. cit.*, p. 17: «[...] the Model Penal Code (“MPC”) adheres to the view that penalties for the corporation should be limited to situations in which a high managerial agent has not made appropriate efforts to prevent illegal conduct».

puedan demostrar que tomaron, en su estructura organizacional, todas las medidas de prevención necesarias para evitar la comisión de delitos. Esta defensa servirá, principalmente, para reducir el monto de la pena dineraria.

Las disposiciones pertinentes de la sección 2.07 del Model Penal Code señalan lo siguiente:

Sección 2.07. Responsabilidad de las empresas, asociaciones no constituidas y personas actuando, o bajo un deber de actuar, en su nombre

- 1) Una empresa puede ser condenada de la comisión de un delito si [...]:
 - c) la comisión del delito fue autorizado, solicitado, ordenado, ejecutado o negligentemente tolerado por la junta de directores o por un alto agente directivo actuando en nombre de la empresa dentro del ámbito de su oficio o empleo.
- 2) Cuando una responsabilidad absoluta es impuesta por la comisión de un delito, un propósito legislativo al imponer responsabilidad sobre la empresa será asumido, a menos que parezca claramente lo contrario. [...]
- 4) Como es usado en esta Sección:
 - a) «empresa» no incluye a una entidad organizada como o por una agencia gubernamental para la ejecución de un programa gubernamental;
 - b) «agente» significa cualquier director, oficial, sirviente, empleado u otra persona autorizada para actuar en nombre de la empresa o asociación y, en el caso de una asociación no constituida, un miembro de tal organización;
 - c) «alto agente directivo» significa un oficial de una empresa o una asociación no constituida, o, en el caso de un partnership, un socio, o cualquier otro agente de la empresa o asociación que tenga deberes de cierta responsabilidad que sus conductas pueden razonablemente ser asumidas que representan las políticas de la empresa o asociación.
- 5) En cualquier proceso contra la empresa o asociación no constituida por la comisión de un delito dentro de los términos de la Subsección (1)(a) o Subsección (3)(a) de esta Sección, otra que no sea un delito por el cual se haya impuesto responsabilidad absoluta, deberá ser una defensa si el defendido prueba con una prueba preponderante que el alto agente directivo que tiene responsabilidades de supervisión sobre la materia respectiva del delito, empleó la debida

diligencia para prevenir su comisión. Este párrafo no aplicará si es claramente inconsistente con el propósito legislativo que define el particular delito [...].

Las disposiciones citadas de la sección 2.07 pueden resumirse de la siguiente manera: 1) habrá responsabilidad penal de la empresa si el delito ha sido autorizado, solicitado, ordenado, ejecutado o negligentemente tolerado por la junta de directores o un alto agente administrador (*high managerial agent*) dentro del ámbito de sus funciones; 2) otras disposiciones especiales pueden imponer responsabilidad penal objetiva distinta a la responsabilidad penal subjetiva regulada en el Model Penal Code; 3) se distingue entre el «agente» (*agent*) como cualquier persona subordinada a la empresa y el «alto agente directivo» (*high managerial agent*) como cualquier dirigente cuya conducta se presume que representa la política de la empresa, y 4) que la empresa podrá defenderse de la responsabilidad penal si se optó por las medidas necesarias para prevenir la comisión del delito.

De esta manera, la empresa será responsable por los actos que cometan los altos directivos, entre ellos, los que fueron negligentemente tolerados por los altos directivos. Entonces, estamos ante un esquema de acción y omisión que será imputable a la empresa. Las acciones de los altos directivos son las acciones de la empresa y, en consecuencia, la empresa asume directamente el delito. Las omisiones de los altos directivos también son omisiones de la empresa y esta debe responder.

La importancia del Model Penal Code es que representa un esquema alternativo de responsabilidad penal subjetivo para ser implementado voluntariamente por las jurisdicciones americanas y así corregir los defectos de un sistema objetivo de responsabilidad penal en vía vicaria. Lacovara y Nicoli afirman que:

El Código Penal Modelo [...] se asegura de que la responsabilidad penal de las organizaciones gire apropiadamente sobre la culpabilidad moral de aquellas personas naturales cuyo rol en la dirección de los asuntos de la organización hace justo y realista en tratar tales conductas como una representación de la culpabilidad de la organización.⁵⁹

⁵⁹ LACOVARA, Philip y NICOLI, David. *Op. cit.*, p. 727: «The MP Code [...] ensure that organizational criminal liability will turn appropriately on the moral culpability of those natural persons whose role in directing the affairs to the organization makes it fair and realistic to treat their conducts as a proxy for the organization's culpability».

Esta ideología que ve a la empresa desde una perspectiva institucional construye el camino para superar aquel gran obstáculo —que ya no lo es— por el cual no se podía justificar teóricamente la imposición de culpa a una entidad moral como la empresa y así permite pensar en modelos alternativos de responsabilidad que no tenga carácter objetivo.

En primer lugar, se reconoce que la voluntad corporativa de la empresa se manifiesta a través de sus altos directivos, de manera que para los ojos del derecho lo que hace o permite hacer el alto directivo es lo que hace o permite hacer la empresa. En segundo lugar, se reconoce la culpa en la empresa desde que esta puede tomar directivas o políticas internas para evitar la comisión de ilícitos penales. En otras palabras, se reconoce que la empresa puede tomar medidas de prevención o, en otros términos, que puede ser diligente y actuar sin culpa.

El *civil law* no ha sido ajeno a la posición optada en el derecho americano, pues en la evolución del derecho penal se puede evidenciar el abandono del *societas delinquere non potest*. Es en el *civil law* en donde, después de un gran debate histórico, se logró superar la máxima mencionada y se empezó a proponer una «culpa corporativa» o «culpa normativa». Si bien la idea de la culpa está pensada en términos psicológicos y volitivos, ello no debe ser obstáculo para pensar en la culpa como la falta de implementación de medidas de prevención.

Como señala la penalista española Zúñiga Rodríguez «[...] nunca va a establecerse una analogía exacta entre el dolo o la culpa de un ente colectivo, con el dolo o la culpa de la persona física [...] una voluntad de la persona física jamás podrá entenderse en los términos de sentido en que se entiende la voluntad humana»⁶⁰. Ello «ha llevado a la afirmación de que el dato decisivo del dolo no sea el volitivo, polifacético, difícilmente aprehensible, sino el conocimiento, concretamente la *conciencia del riesgo para los bienes jurídicos*»⁶¹.

⁶⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Principales problemas de imputación». En GARCÍA GARCÍA, María Ángeles (ed.). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y derecho comunitario*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 110.

⁶¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Op. cit.*, p. 111. En contra de este razonamiento, véase SCHÜNEMANN, Bernd. «Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación». En *ADPCP*, vol. 55 (2002), pp. 28-29.

A su vez, García Caveró afirma que:

[...] la culpabilidad de la persona jurídica solamente puede alcanzarse mediante un concepto de culpabilidad analógico. En la medida que la culpabilidad jurídico-penal se estructura en la individualidad y socialidad de la persona natural, resulta necesario encontrar los equivalentes funcionales de estos aspectos en la persona jurídica.⁶²

3.5. Hacia una responsabilidad penal autónoma e independiente de las empresas

3.5.1. La culpa corporativa y el defecto en la organización

Teniendo en cuenta que lo importante en la culpabilidad no es la fase volitiva de no haber actuado de manera distinta (aplicable solo a las personas naturales), sino de no haber implementado las medidas de prevención necesarias para evitar la conducta sancionable; es fácil pensar en una culpa corporativa por la cual se imponga responsabilidad a la empresa por no haber evitado la conducta ilícita cuando pudo haber tomado medidas de precaución dentro de su estructura interna.

En este contexto, es donde surgen las teorías de la responsabilidad penal autónoma e independiente de las personas jurídicas, independiente de la responsabilidad personal de sus miembros.

A diferencia de los sistemas de responsabilidad penal subjetiva, nos encontramos ante un modelo de autorresponsabilidad por hecho propio de la empresa que es imputable en virtud de un defecto de organización, independiente de la responsabilidad personal.

En el derecho penal del *civil law* podemos destacar a dos teorías que han intentado explicar cómo las empresas pueden ser penalmente responsables de manera directa. En primer lugar, en 1988, el penalista alemán Klaus Tiedemann propuso el concepto de *culpa de la organización* (*Organisationsverschulden*) para referirse a la estructura de la empresa y a sus procedimientos organizativos internos⁶³. Si los directi-

⁶² GARCÍA CAVERO, Percy. «Esbozo...», *op. cit.*, p. 56.

⁶³ FOFFANI, Luigi. «Bases...», *op. cit.*, p. 48; VILLANI, Enrica. *La «colpa di organizzazione» nell'illecito dell'ente da reato. Un'indagine di diritto comparato*. Roma: Aracne Editrice, 2013, pp. 17-18; FIORELLA, Antonio y SALVINA VALENZANO, Anna. *Colpa dell'ente e accertamento. Sviluppi attuali in una prospettiva di diritto comparato*. Roma: Sapienza Università Editrice, 2016, pp. 26-27. La teoría de Klaus Tiedemann se propuso inicialmente en «Die "BebuBung" von Unternehmen nach

vos de la empresa han omitido implementar las medidas de precaución dirigidas a evitar la comisión de delitos, entonces se habla de un «defecto de la organización» (*Organisationsfehler*)⁶⁴. Desde Tiedemann, otros autores han seguido esta propuesta, aunque con variantes.

Weigend explica lo siguiente:

La culpa de la empresa bajo esta teoría recae en su organización deficiente y falta de debida supervisión sobre sus directivos y empleados. De acuerdo a tal perspectiva, la imperfecta auto-organización de las empresas es la *razón* de su punibilidad, mientras que el delito cometido por un individuo es solo el *gatillo* para procesar a la empresa.⁶⁵

En segundo lugar, el penalista español Carlos Gómez-Jara Díez propuso una teoría constructivista de la culpabilidad de la empresa⁶⁶, inspirado en la teoría de los sistemas sociales autopoieticos de Niklas Luhmann⁶⁷ y en la teoría de derecho penal de Günther Jakobs⁶⁸. Para

dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität». En *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 41 (1988), pp. 1169 y ss.

⁶⁴ TIEDEMANN, Klaus. «El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico». En ARROYO ZAPATERO, Luis y NIETO MARTÍN, Adán (eds.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 38-39. Véase también a MONGILLO, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 64; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Op. cit.*, p. 115; LEHNER, Andrea. «The Austrian model of attributing criminal liability to legal entities». En BRODOWSKI, Dominik y otros (eds.). *Regulating corporate criminal liability*. Suiza: Springer, 2014, p. 80. Véase DANNECKER, Gerhard. *Op. cit.*, p. 46.

⁶⁵ WEIGEND, Thomas. *Op. cit.*, p. 934: «The fault of the corporation under that theory lies in its deficient organization and the lack of proper supervision over its officers and employees. According to that view, the corporations' imperfect self-organization is the *reason* for its punishability, whereas the criminal offence committed by an individual is only the *trigger* for prosecuting the corporation».

⁶⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima: ARA Editores, 2010.

⁶⁷ LUHMANN, Niklas. «Law as a social system». En *Northwestern Law Review*, núm. 1 y 2, vol. 83 (1989), pp. 136 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. «Teoría de sistemas y derecho penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista del derecho penal». En GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: ARA Editores, 2007, pp. 471 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. «El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial». En GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006, pp. 93 y ss. Véase también PASTOR MUÑOZ, Nuria. «¿Organizaciones culpables?». En *InDret*, núm. 2 (2006), pp. 2-3.

⁶⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 147 y ss.

ello, propone un concepto de culpabilidad que pueda ser aplicado tanto a las personas físicas como a las empresas. Su intención es proponer un sistema de autorresponsabilidad empresarial independiente del actuar de las personas físicas que forman la empresa⁶⁹.

La empresa es vista como un sistema autorreferencial que se autoproduce a sí misma con base en comunicaciones y que genera expectativas en los terceros. Estas expectativas son institucionalizadas cuando se recogen en una norma jurídica. Si el derecho ambiental exige que las empresas no deben contaminar, entonces los pobladores tienen una expectativa de que las empresas no contaminarán.

A su vez, la empresa conoce dicha expectativa de los pobladores. Esta interacción de expectativas genera un proceso de autorreflexión social que el derecho está interesado en proteger para garantizar el orden. La empresa como tal, como organización, debe garantizar una cultura empresarial de respeto del derecho. Si la empresa contraviene la norma es como si las expectativas normativas no existieran. La forma de restablecer la vigencia de la norma es a través de la imposición de la pena. La empresa, al tener libertad de autoorganización, debe ejercer dicha libertad con responsabilidad, de lo contrario, deberá asumir las consecuencias jurídico-penales.

Como explica Gómez-Jara Díez:

[] la cultura empresarial tiene una determinada vigencia que puede cuestionar la vigencia del ordenamiento jurídico. Precisamente, por ello se puede identificar en la cultura empresarial el cuestionamiento de la vigencia de la norma por parte del sistema organizativo empresarial.⁷⁰

Gómez-Jara Díez también se basa en la doctrina americana del *Good Corporate Citizen* (buen ciudadano corporativo), por la cual se refiere a aquella «corporación que cumple con el Derecho (*abides with the Law*)», o más exactamente —como aquí se definirá— es aquella corporación que ha institucionalizado una cultura corporativa de cumplimiento con el Derecho [...]⁷¹.

⁶⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. «El modelo constructivista...», *op. cit.*, p. 96.

⁷⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial». En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 5, vol. 8 (2006), p. 15.

⁷¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 97-98; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. «El modelo constructivista...», *op. cit.*, pp. 103 y ss. Véase

Se observa que las empresas, a pesar de ser entidades ficticias, generan un verdadero impacto material en la vida económica como lo hacen las personas físicas, deber ser razón suficiente para tratar a ambos como sujetos similares, al menos funcionalmente hablando⁷². Así como las personas físicas tienen libertad para actuar de diferentes maneras; las empresas, libertad empresarial para autorregularse y, en consecuencia, deben ser responsables de las consecuencias negativas que deriven de una falla organizacional.

El historiador americano Lawrence Friedman criticaba que:

Las empresas se mueven como poltergeists a través de nuestro mundo material: nosotros registramos su presencia con evidencia tangible de sus acciones, sea la construcción de una fábrica, el despido de empleados, o la promoción de un evento deportivo. Y aun así las empresas son consideradas como algo más que simple fantasmas. Como las acciones de una persona corporal, la conducta de una empresa tiene consecuencias, entonces creemos que el derecho debe establecer límites similares al comportamiento de cada uno.⁷³

Las teorías que hemos descrito son algunas de las que se han propuesto y que permiten pensar en una verdadera responsabilidad penal autónoma e independiente de las empresas, independiente de la responsabilidad de las personas físicas (la cual puede ser inverificable en la práctica en estructuras empresariales complejas). La empresa debe crear una estructura interna que no permita la comisión de delitos, de lo contrario, existirá una falla organizativa que será imputable directamente a la empresa.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. «Problemas de responsabilidad (penal, administrativo y civil) en el ámbito empresarial por accidentes de trabajo». En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 10 (2008), p. 13.

⁷² HEINE, Günther. «New developments...», *op. cit.*, pp. 187-188; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. «Autoorganización...», *op. cit.*, pp. 16-17; GARCÍA CAVERO, Percy. «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 143.

⁷³ FRIEDMAN, Lawrence. «In defense of corporate criminal liability». En *Harvard Journal of Law & Public Policy*, núm. 3, vol. 23 (2000), p. 833: «Corporations move like poltergeists through our material world: We register their presence by the tangible evidence of their actions, whether it be the construction of a manufacturing facility, the termination of employees, or the sponsorship of a sporting event. And yet corporations are regarded as more than mere ghosts. Like the actions of a corporeal person, the conduct of a corporation has consequences, and so we believe the law should set similar limits on the behavior of each».

Afirma Heine que:

[] con esta forma de responsabilidad ya no se trata de una pregunta de personificación de responsabilidad por la mala conducta de los subordinados sino de un tipo de culpa organizacional de la *misma* entidad por descuidar su deber organizacional de preocuparse del adecuado equilibrio de las potencialidades de peligro que surgen con la inauguración y operación de un sistema complejo.⁷⁴

Esto se justifica en el hecho de que una empresa con una organización defectuosa permitirá o, en todo caso, creará una estructura empresarial que desencadenará y hará posible la comisión de delitos. Entonces, la sanción penal se justifica en dicha falla organizacional. Esto es lo que Lampe denomina «sistemas de injusto» (*Unrechtssysteme*)^{75 76}.

De igual manera, explica Robles Planas que:

En este sentido, aquello propio por lo que puede emitirse un reproche a la persona jurídica en la comisión de delitos de personas físicas es la creación de un determinado contexto (o la no adopción de medidas organizativas para la evitación de un determinado contexto) propicio para que las personas físicas cometan delitos. Con otras palabras, la persona jurídica puede constituirse por su propia dinámica, efectivamente, en un «estado peligroso».⁷⁷

⁷⁴ HEINE, Günther. «Criminal...», *op. cit.*, p. 118: «With this form of liability it is no longer a question of personification of responsibility for the misconduct of subordinates, but rather of a type of organizational blame of the entity *itself* for neglecting its organizational duty to concern itself with the adequate balancing of endangerment potentialities which arise with the opening and operation of a complex system».

⁷⁵ LAMPE, Ernst-Joachim. *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Lima: Grijley, 2003, p. 97.

⁷⁶ Tengamos en cuenta que existe un debate en el derecho penal comparado respecto al momento en que se configura el ilícito penal. Mientras que algunos consideran que el solo defecto organizativo debe justificar la imposición de una sanción penal, otros consideran que deberá materializarse algún perjuicio externo en la comunidad y que exista un nexo de causalidad entre el defecto de la organización y el perjuicio. Al respecto, véase GARCÍA CAVERO, Percy. «Esbozo...», *op. cit.*, p. 66.

⁷⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 15.

Ahora, teniendo en cuenta que las empresas pueden ser culpables de manera directa, ¿cómo se demuestra la culpabilidad? ¿Cómo puede probar una empresa que la misma ha sido diligente? ¿Cómo concluimos que existe un defecto de organización en la empresa? Como afirma Villani: «La introducción de la “culpa organizacional” como criterio de imputación ha ocasionado un problema en los varios sistemas legales respecto a cuándo la existencia de una falla organizacional puede establecerse»⁷⁸.

3.5.2. Compliance

En el derecho penal comparado se han institucionalizado los programas de cumplimiento normativo o *criminal compliance*, cuya experiencia más significativa se encuentra en la experiencia americana conforme a las Federal Sentencing Guidelines de 1991. Se trata de programas que optan voluntariamente las empresas para evitar delitos y facilitar el descubrimiento de los mismos.

La implementación voluntaria de programas internos destinados a garantizar el cumplimiento de la normativa penal sirve como una defensa para que la empresa pueda excusarse de responsabilidad penal o, en todo caso, se pueda disminuir la sanción penal impuesta (normalmente, multas de alta cuantía)⁷⁹.

Nieto Martín explica que «[...] la *compliance*, como estrategia de control del comportamiento empresarial desviado, tiene una mayor capacidad de adaptación. Esta nueva estrategia ha provocado la

⁷⁸ VILLANI, Enrica. «Compliance...», *op. cit.*, p. 274: «The introduction of “organisational fault” as imputation criterion has raised a problem in the various legal systems as to when the existence of organisational failure may be established».

⁷⁹ WELLNER, Philip. «Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions». En *Cardozo Law Review*, vol. 27 (2005), p. 497: «Corporate compliance programs play a substantial role in federal criminal law. Compliance programs are internal mechanisms implemented by companies to detect and prevent criminal conduct from occurring within the corporation. The basic elements of such a program include: a formal code of conduct, a compliance office and officer, and a telephone hotline for employees. The existence of an “effective compliance program” sometimes precludes criminal prosecution of a corporation after its agent has broken the law. Further, if the corporation is indicted for and convicted of the crime perpetrated by its agent, having such a compliance program can lead to a sentence downgrade under the United States Sentencing Guidelines (Sentencing Guidelines)»; COFFEE, John Jr. «Corporate », *op. cit.*, p. 11.

muerte de un antiguo dinosaurio jurídico: el *societas delinquere non potest*»⁸⁰.

En simple, el *criminal compliance* sirve como una concretización del *due diligence defense* reconocido por la sección 2.07 del Model Penal Code. Si la empresa demuestra que tiene e implementa programas de cumplimiento interno, esto le servirá como prueba de su diligencia y, por ende, de falta de culpabilidad corporativa o defecto de organización. Este sistema permite superar los inconvenientes del régimen de responsabilidad penal objetiva.

Como se ha reconocido en la experiencia americana:

El claro defecto de esta perspectiva [la responsabilidad penal vicaria], sin embargo, es que la responsabilidad basada en el *respondeat superior* no requiere culpabilidad moral, lo cual debería ser el predicado básico y esencial subyacente a la imposición de virtualmente cualquier tipo de responsabilidad, incluso el de una organización.⁸¹

Habiendo explicado el desarrollo del derecho penal económico en el derecho comparado, tanto en el *civil law* como en el *common law*, surge una pregunta por sí sola: ¿qué ocurre en el Perú? Debemos señalar que nuestro país no ha sido ajeno a los avances en la criminología mundial.

En efecto, en ciertos sectores de la economía peruana se ha reconocido la implementación de los *criminal compliance*⁸². Si bien su uso no se ha popularizado a tal extensión como ha ocurrido en otros países, legalmente se reconoce la obligación de implementar programas de cumplimiento normativo en ciertos casos.

⁸⁰ NIETO MARTÍN, Adán. «Introducción». En ARROYO ZAPATERO, Luis y NIETO MARTÍN, Adán (eds.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 12-13.

⁸¹ LACOVARA, Philip y NICOLI, David. *Op. cit.*, p. 726: «The obvious flaw in this approach [vicarious criminal liability], however, is that liability based on *respondeat superior* does not require moral culpability, which should be the basic and essential predicate underlying the imposition of virtually any criminal liability, even on an organization».

⁸² CLAVIJO JAVE, Camilo. «*Criminal compliance* en el derecho penal peruano». En *Derecho PUCP*, núm. 73 (2014), pp. 634-635.

Para hacer frente al delito de lavado de activos, se publicó la Ley 27693, que crea la Unidad de Inteligencia Financiera-Perú, por la cual se impone a los sujetos obligados (entidades financieras y bancarias) la implementación de un sistema de prevención y detención de actividades de lavado de activos. Esta implementación la deberá realizar el directorio o, en todo caso, un directivo, quien será el oficial de cumplimiento.

En el sector ambiental, el art. VI de la Ley 28611, Ley General del Ambiente, señala que toda persona tiene el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental con la finalidad de prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental y, en consecuencia, cumplir con la normativa ambiental y evitar la comisión de delitos ambientales⁸³.

De igual manera, en seguridad y salud en el trabajo se publicó la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, por la cual se impone a las empresas la obligación de implementar programas internos, entre ellos, un reglamento interno de seguridad y salud en el trabajo para garantizar el cumplimiento de la normativa laboral y la comisión de delitos laborales⁸⁴. Sin perjuicio de estos casos, en la actualidad, las empresas suelen implementar voluntariamente programas de cumplimiento para mitigar el impacto de todo tipo de sanciones, sean penales, civiles o administrativas.

Al igual que en la experiencia comparada, estos programas de cumplimiento pueden ser muy útiles para que las empresas peruanas puedan demostrar que han sido diligentes al implementar medidas de prevención para evitar y detectar la comisión de delitos.

Sin perjuicio de ello, tal vez el gran avance en el derecho penal peruano frente al *societas delinquere non potest* y sobre el reconocimiento de una verdadera responsabilidad penal empresarial ha sido la promulgación de la Ley 30424, la cual crea un régimen de «responsabilidad administrativa» de las empresas. Este régimen ha sido posteriormente ampliado por el Decreto Legislativo 1352 para que se apli-

⁸³ Ley 28611. Art. VI. Del principio de prevención: «La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan».

⁸⁴ Ley 29783. Art. 34. Reglamento interno de seguridad y salud en el trabajo: «Las empresas con veinte o más trabajadores elaboran su reglamento interno de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con las disposiciones que establezca el reglamento».

que también a los delitos de cohecho (doméstico), lavado de activos y financiación del terrorismo.

Antes de la publicación de las normas mencionadas, en sede penal solo se tenían a las «consecuencias accesorias»⁸⁵ para las personas jurídicas reguladas en el art. 105 del Código Penal⁸⁶, lo cual claramente no consistía en una responsabilidad penal de las empresas, sino en una responsabilidad subsidiaria de la empresa frente al delito cometido por una persona física⁸⁷. La existencia de tales «consecuencias accesorias» —que no son penas— reconfirmaba la vigencia en el Perú del dogma *societas delinquere non potest*. Sin embargo, este escenario ha cambiado debido a la nueva responsabilidad —por el momento llamada— «administrativa» de las empresas.

⁸⁵ GARCÍA CAVERO, Percy. «Esbozo...», *op. cit.*, pp. 56-57; PETRO-GONZÁLEZ; Ingrid Regina, MOSQUERA-RENTERÍA, Jennifer y TORRES-MOLINA, Luz Elena. «La responsabilidad penal de personas jurídicas como omisión legislativa en Colombia». En *Revista Criminalidad*, núm. 3, vol. 56 (2014), p. 95: «En ciertos países en los que no se acepta de manera abierta la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se han establecido, en aras de suplir un déficit de punibilidad, las denominadas medidas accesorias, cuyo objetivo es el de conminar los comportamientos que ofenden el ordenamiento jurídico penal, desarrollados en el seno de los entes colectivos».

⁸⁶ Código Penal. Art. 105. Medidas aplicables a las personas jurídicas: «Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.
2. Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.
4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.

5. Multa no menor de cinco ni mayor de quinientas unidades impositivas tributarias.

Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un período de dos años. El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas».

⁸⁷ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Op. cit.*, p. 20.

Este régimen de responsabilidad «administrativa» ha sido criticado desde que se trata de la imposición de una sanción penal, en sede penal, ante un juez penal, en el marco de un proceso en donde se aplica el Código Penal y el Código Procesal Penal, pero que finalmente lleva la etiqueta de responsabilidad «administrativa».

Recordemos que lo mismo ocurrió en Italia con la entrada en vigencia en el 2001 de una responsabilidad «administrativa», que en el fondo se trataba de una verdadera responsabilidad penal. Como señala Foffani respecto a la reforma italiana, esta se trataba de «una responsabilidad formalmente administrativa, pero sustancialmente de naturaleza penal, que vulneraba el tradicional principio *societas delinquere non potest*»⁸⁸.

En conclusión, vemos que el derecho penal del *civil law* y el *common law* demuestra que no existen inconvenientes para aplicar la culpa en las empresas como criterio de imputación penal, y el Perú no es ajeno a tal tendencia. Las construcciones teóricas del derecho penal económico han sido lo suficientemente convincentes como para legislar normativamente la imposición de verdaderas responsabilidades penales de las empresas (sea de reflejo, de manera indirecta, objetiva, subjetiva u otros). Esto, a su vez, favorece a que podamos pensar en la actualidad en una verdadera responsabilidad autónoma e independiente de las empresas en sede civil.

Toda esta evolución en el derecho penal comparado nos brinda excelentes lecciones para (re)interpretar la responsabilidad extracontractual y demostrar por qué, en sede civil, tampoco existen inconvenientes para que las empresas sean responsables vicariamente, por riesgo, y sobre todo, por culpa.

4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR CULPA DE LAS EMPRESAS

Cuando aún no era admisible algún tipo de responsabilidad de las empresas, se decía que debería preferirse la responsabilidad civil y administrativa sobre la penal. Dado que el derecho penal es *ultima ratio*, este debe abstenerse de intervenir. Pero esta abstención se establece para permitir la intervención de otras áreas del derecho. En

⁸⁸ FOFFANI, Luigi. «Escándalos...», *op. cit.*, p. 36.

efecto, cuando no se admitía la responsabilidad penal de las empresas, sí se admitía la responsabilidad civil de las mismas⁸⁹.

A pesar de lo anterior, lo que al parecer no se llegó a admitir siendo coherente con el *societas delinquere non potest* del derecho penal es que la empresa pueda ser responsable civilmente por culpa, entiéndase, una culpa propia y autónoma. Si la empresa no puede ser sujeto de sanción penal al no tener capacidad de actuar de manera culpable, entonces, la empresa podría ser responsable civilmente siempre que se prescindiera del análisis de la culpa, esto es, a través de sistemas objetivos de responsabilidad civil.

Sin embargo, una vez que se supera el *societas delinquere non potest* en el derecho penal, dicho cambio también debe influir en la dogmática del derecho civil para permitir la imputación de culpa propia en las empresas y así puedan ser sujetos responsables.

Entonces, son dos las lecciones que deben internalizar los civilistas al momento de pensar en la responsabilidad por culpa de las empresas: 1) la culpa corporativa y 2) la diferencia jerárquica entre agentes.

Normalmente se suele pensar que la responsabilidad extracontractual de las empresas solo debe ser objetiva (por riesgo o vicaria) desde que la empresa no puede actuar por sí misma, sino a través de personas físicas. Esta perspectiva debe ser reemplazada por la culpa corporativa. La voluntad de los altos directivos de la empresa es la voluntad misma de la empresa vista desde una perspectiva institucional.

Por ello, como ocurre en el derecho penal, la tendencia ha sido restringir la responsabilidad penal de las empresas a los actos que cometan o que autoricen cometer los altos directivos. La misma perspectiva sirve para el derecho civil y para comprender cómo la empresa puede ser responsable por culpa en sede extracontractual.

Más interesante resulta la aplicación de un *tort compliance* o programa de cumplimiento normativo en sede extracontractual. A diferencia del campo penal en donde existen normas sectoriales que imponen la obligación de implementar programas de cumplimiento, en sede civil las empresas podrían optar voluntariamente por crear mecanismos que permitan evitar la comisión de accidentes que puedan

⁸⁹ HURTADO POZO, José. *Op. cit.*, pp. 97-98.

desencadenar en una condena por el pago de un monto dinerario por concepto de resarcimiento. La implementación de estos programas sería una buena prueba de que la empresa ha sido diligente.

Por otro lado, es importante distinguir entre los agentes que cometen los accidentes. Si se trata de un simple trabajador, entonces la empresa —en su calidad de garante— será responsable civilmente y vía vicaria por el daño extracontractual que el trabajador haya ocasionado a la víctima, siempre que el trabajador sea primero encontrado responsable conforme a las reglas generales de la responsabilidad civil.

Sin embargo, si se trata de un daño derivado de un alto directivo de la empresa, dicho daño sería imputable directamente a la empresa al tratarse de la ejecución de su voluntad corporativa. En estos supuestos, la empresa responderá por culpa y en virtud del art. 1969 del Código Civil⁹⁰. La empresa podrá excusarse de responsabilidad si demuestra que el daño no ocurrió por culpa suya.

Esta perspectiva no es ajena al derecho civil. Por ejemplo, el civilista chileno Zelaya Etchegaray alegando la teoría del órgano señala que:

[...] cuando el conjunto de personas naturales —formando sala o reunión legal según la ley o sus estatutos— forma un acuerdo o decisión, que en su ejecución posterior causa daño, es la persona jurídica como tal, independiente de las personas naturales que forman parte de ella o la representan, la que responde del ilícito cometido [...] [en consecuencia] La responsabilidad extracontractual de la persona jurídica por los ilícitos civiles cometidos en el ejercicio de sus funciones propias, es personal y directa [...] En otras palabras, no es necesario aplicar el mecanismo excepcional de la responsabilidad por hecho ajeno (2320 y ss.) para perseguir la responsabilidad civil de las personas jurídicas; responden de acuerdo a la regla general: por el hecho propio (2314 y 2329).⁹¹

Incluso, en el derecho argentino se ha regulado en el respectivo Código Civil y Comercial de la Nación una norma que impone responsabilidad directa a las empresas por los hechos de sus órganos de

⁹⁰ Código Penal. Art. 1969. Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. «El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor».

⁹¹ ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro. «Sobre la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 535-536.

representación como un supuesto distinto a la responsabilidad vicaria. El art. 1763 del Código Civil y Comercial de la Nación señala lo siguiente:

Artículo 1763. Responsabilidad de la persona jurídica

La persona jurídica responde por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones.

Como explica un comentarista argentino: «El art. 1763 del CCyC regula la responsabilidad civil de la persona jurídica por los daños que ésta cause a terceros por el obrar perjudicial de sus respectivos directores u administradores, el que resulta imputado directamente a la persona de existencia ideal. Es por ello que se trata de una responsabilidad por el hecho propio y no refleja»⁹².

Así las cosas, deben rechazarse las ideas de aquellos autores peruanos que consideran que no es posible la responsabilidad por culpa de las empresas conforme al derecho peruano. Las empresas responderán por el art. 1969 del Código Civil cuando estas no hayan tomado medidas de precaución para evitar la comisión de accidentes (a través de sus altos directivos); por el art. 1970 por la creación de un riesgo que ocasione un accidente, y vicariamente, por el art. 1981 cuando algún empleado cometa algún accidente en el ejercicio de sus funciones.

Desde luego, no existen problemas para distinguir entre el agente que es representante de la empresa y el agente que es simplemente un trabajador. En el primer supuesto, la empresa responderá por culpa; mientras que, en el segundo, vicariamente. Donde sí queda pendiente realizar una aclaración es sobre cómo distinguir a la responsabilidad por culpa de la responsabilidad por riesgo, y aquí se presenta uno de los aspectos prácticos más importantes de reconocer a la responsabilidad por culpa de las empresas.

La elección entre imponer responsabilidad por culpa o responsabilidad por riesgo siempre será una decisión de política y conveniencia legislativa. Por ejemplo, es claro que la actividad profesional médica es una actividad riesgosa. Sin embargo, en nuestro ordenamiento se impone una responsabilidad subjetiva a los casos de *medical malpractice*. Por el contrario, en el caso de accidentes de automóviles se ha

⁹² MARCELLINO, Leonardo. «Responsabilidad patrimonial de las personas jurídicas en el Código Civil y Comercial». En *Thompson Reuters*, núm. 11 (2016).

impuesto una responsabilidad objetiva (que alcanza al propietario, aunque sea alguien distinto al chofer o empresa de transportes) e incluso se ha obligado a los conductores a contratar un seguro contra accidentes.

Esto se entiende desde que existen determinadas actividades económicas que son más toleradas que otras. Las actividades económicas menos toleradas socialmente son admitidas —y no prohibidas en su totalidad— porque se toma en cuenta su utilidad social en términos macro, pero se impone una responsabilidad objetiva para que el eventual dañador realice su actividad económica internalizando todo daño que pueda ocasionar en terceros. Por un lado, no se prohíbe la actividad, pero tampoco se incentiva y, por ello, se impone un régimen estricto de responsabilidad.

Por el contrario, las actividades más toleradas socialmente también ocasionarán daños en terceros, pero su utilidad social es tal que no se desea que quien realice la actividad asuma todo el costo económico de sus actividades. En estos casos se procura no desincentivar la actividad, sino incentivarla de manera activa, y ello se logra si se aplica a tales casos un régimen de responsabilidad subjetiva⁹³.

La responsabilidad civil extracontractual puede ser utilizada de diferentes maneras según las necesidades y objetivos de una sociedad concreta. Si la sociedad desea fomentar el desarrollo tecnológico, entonces podrá hacerlo al no imponer sobre los agentes económicos todo el costo de sus actividades.

⁹³ Es conocido que, en el siglo IX, en la experiencia americana la responsabilidad por culpa favoreció el desarrollo de la industria, pues al ser complicado probar la culpa, las empresas no resultaban siendo responsables y, en consecuencia, no asumían el costo de los daños que ocasionaban. Al respecto, véase FRIEDMAN, Lawrence. *A history of american law*. New York: Simon & Schuster, 1985, pp. 467 y ss.; CALABRESI, Guido. «A broader view of the Cathedral: the significance of the liability rule, correcting a misapprehension». En *Law and Contemporary Problems*, núm. 2, vol. 77 (2014). En Perú, véase FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del *civil law*». En *Ius et Veritas*, núm. 22 (2001); DE TRAZEGNIES, Fernando. «La teoría jurídica del accidente». En ESCOBAR ROZAS, Freddy y otros (eds.). *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley, 2004. También FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones universitarias*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2019.

Por el contrario, si la sociedad desea cuidar el medio ambiente y sus recursos naturales, podrá imponer fuertes regímenes de responsabilidad contra las empresas contaminadoras. En el primer supuesto se puede usar a la responsabilidad subjetiva para incentivar la actividad económica; mientras que, en el segundo caso, se puede usar a la responsabilidad objetiva para cuidar el medio ambiente, procurar la explotación sostenible de los recursos naturales y desincentivar conductas dañinas.

Esa es la verdadera utilidad que Guido Calabresi le reconoce a la responsabilidad extracontractual o, en sus términos, a la *liability rule*, cuando es pensada en términos macro o sociales⁹⁴. Con base en ello, habrá casos en donde el monto dinerario por responsabilidad civil será subcompensatorio porque se desea incentivar la actividad; mientras que en otros casos será sobrecompensatorio porque se quiere restringir la actividad sin necesariamente prohibirla (en un intento de alcanzar la inalienabilidad).

Como explica Calabresi:

Sugeriría que otro conjunto de razones pueden, a veces, funcionar. Estas serían áreas en donde la colectividad desea —por cualquiera de sus razones— facilitar el intercambio de titularidades —e incentivar actividades que producen el intercambio de titularidades— de las que ocurrirían en un mercado puramente consensual. Tan cierto como, los daños extra compensatorios pueden reflejar una decisión colectiva de aproximarse a la inalienabilidad, mientras que sub compensar sistemáticamente los daños puede resultar en una decisión colectiva de incentivar esos actos o actividades que resultan en intercambio de titularidades! Y, de paso, el fracaso de otorgar daños multiplicados (o, para tal motivo, permitir las *class actions* como un medio para recono-

⁹⁴ CALABRESI, Guido. «A Broader...», *op. cit.*, p. 9: «The moment one realizes that the liability rule is used not merely to do what a market is unable to do, but is, instead, an independent instrument of collective decision making, then its seemingly peculiar application in these areas becomes readily explainable. Whether the size of damages is designed to approach inalienability, or to make shifts in entitlements relatively easier or harder than would occur consensually, the explanation for the price chosen lies in a collective decision with respect to what and when entitlement shifts are relatively desirable and when they are not». Estas ideas son la base del capítulo VI titulado «Of the relationship of markets and command in the liability rule» del último libro de CALABRESI, Guido. *The future of law and economics*. New Heaven: Yale University Press, 2016, pp. 117-130.

cer efectos multiplicadores) puede representar una decisión exactamente del mismo tipo.⁹⁵

La misma explicación ha sido utilizada en el Perú para describir la función de incentivación o desincentivación de la responsabilidad civil y de cómo decidir cuándo debemos aplicar un factor subjetivo u objetivo de responsabilidad a efectos de llegar a situaciones eficientes y justas. Como afirma Fernández Cruz:

[...] si entendemos históricamente a la actividad aeronáutica como una actividad altamente riesgosa en sus orígenes justamente por tratarse de una actividad por ese entonces novedosa y en donde no se poseían los conocimientos técnico-científicos que permitieran dominar los riesgos inherentes a esta actividad, el peligro que un aeroplano hecho de «madera y cañas de bambú» cayera a tierra, con probables daños a sus pasajeros y/o carga, era latente y altamente probable. Entonces, si a aquel sujeto que deseara invertir y llevar adelante esta actividad, le hubiésemos dicho «está bien, desarróllala, pero quedas advertido que deberás pagar por todos los daños que ocasiones a los pasajeros y/o carga en caso de accidente»; la respuesta de aquél hubiese sido franca y directa: «no puede invertir en una actividad donde perderé más de lo que puedo ganar». Esta respuesta, no de uno sino de todos los empresarios, hubiese determinado que nadie se dedique a la actividad de transporte aéreo, con la consecuente involución de esta actividad. Lo dicho precedentemente, revela una de las funciones de la responsabilidad civil que más ha sido esquivada a la apreciación de los juristas clásicos, no acostumbrados a enfocar a la responsabilidad desde su perspectiva sistémica: la de incentivo y desincentivo de actividades.⁹⁶

⁹⁵ CALABRESI, Guido. *The future...*, *op. cit.*, pp. 8-9: «I would suggest that another set of reasons may, at times, be at work. These may be areas in which the collectivity wishes —for whatever reasons of its own— to make easier the shifting of entitlements —and the engaging in activities that result in entitlement shifts— than would occur in a purely consensual market. Just as large, extracompensatory damages may reflect a collective decision to approach inalienability, so systematically undercompensating damages may be the result of a collective decision to encourage those acts or activities that result in entitlement changes! And, incidentally, the failure to give multiplier damages (or, for that matter, to permit class actions as a way of recognizing multiplier effects), may represent a decision of exactly the same sort».

⁹⁶ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «Las transformaciones...», *op. cit.*, pp. 19-20. Véase FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y LEÓN, Leysser. *Op. cit.*, p. 74: «Esto lleva entonces a que, afrontado un problema de responsabilidad extracontractual, debe identificarse dentro de los sujetos involucrados un supuesto de prevención unilateral para aplicar la regla de responsabilidad objetiva. Empero, antes de aplicar esta

Como no debería parecer extraño, la misma lógica también ha sido propuesta en el derecho penal. El penalista alemán Günther Jakobs ha señalado que antes de imponer responsabilidad penal debemos analizar si la sociedad es una necesitada de la ciencia o no. Si necesita del desarrollo de la ciencia, entonces, se trata de un riesgo permitido y no habrá responsabilidad penal; si ocurre lo contrario, se aplicará la responsabilidad penal.

Una sociedad saturada por la técnica esperará que los fabricantes coloquen en el mercado productos seguros que no crean nuevos riesgos y, en consecuencia, la sociedad les impondrá el deber de garantizar la inocuidad del mismo, exonerando de este modo al adquirente del producto como a la víctima.

Por el contrario, una sociedad que esté necesitada de avances técnicos tendrá necesariamente que tolerar bastantes riesgos; en consecuencia, exonerará al productor e impondrá al adquirente del producto y a la víctima la obligación de protección o autoprotección. En todo caso, la solución depende del contexto social, de la sociedad en concreto⁹⁷.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, queda justificada la necesidad de reconocer la responsabilidad extracontractual por culpa de las empresas como una alternativa a los regímenes de responsabilidad objetiva, a efectos de permitir la aplicación de una correcta política legislativa que distinga qué actividades deben estar sujetas a un régimen de responsabilidad por riesgos y cuáles a uno de responsabilidad por culpa, según se quiere incentivar o desincentivar la actividad subyacente.

regla, deberá contrastarse el estado de la tecnología a la que pertenece la actividad desarrollada (bajo la función “sistémica” de incentivación o desincentivación de actividades, de la responsabilidad civil). Si dicha actividad no ha alcanzado aún un nivel tecnológico adecuado, deberá aplicarse el artículo 1969 Código Civil: la cláusula general normativa por culpa. Si, por el contrario, se comprueba que el estado de la tecnología a la que pertenece la actividad involucrada es ya el adecuado, deberá aplicarse el artículo 1970 Código Civil: la cláusula general normativa por riesgo (o exposición al peligro de terceros). Solo así se encontrará una solución de responsabilidad eficiente y justa (socialmente entendida)».

⁹⁷ JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*. Lima: Grijley, 1998, p. 17.

5. REFLEXIONES FINALES

Cuando se habla de «responsabilidad» siempre se distingue entre la penal y la civil como si fueran dos áreas totalmente divorciadas. Sin embargo, muchos de los fundamentos que caracterizan a una también se encuentran en la otra. Si al final se trata de imponer responsabilidad por daños, ¿realmente existen diferencias tan sustanciales que hagan que la responsabilidad civil sea totalmente extraña a la responsabilidad penal?

El presente trabajo nos ha permitido comprobar que muchos de los temas que se discuten en la responsabilidad civil también se discuten (o ya han sido discutidos) por los abogados penalistas. La imposición de culpa en entes morales como las empresas es un claro ejemplo de ello.

Mientras que en sede civil aún se discute sobre la procedencia de la responsabilidad por culpa en las empresas, en sede penal dicho obstáculo ha sido superado mediante diversas soluciones. Con mayor éxito, el sistema americano nos demuestra cómo se puede imponer responsabilidad penal por culpa propia de las empresas y cómo la misma puede coexistir junto con otros regímenes de responsabilidad penal de carácter objetivo.

Tales reflexiones son interesantes para comprender la admisibilidad de la responsabilidad por culpa en las empresas en sede civil y para que los civilistas no piensen exclusivamente en términos civiles sobre materias que también son analizadas por otras áreas del derecho como la penal. En caso contrario, si no tomamos en cuenta los avances de otras áreas, seguiremos discutiendo sobre temas ya superados. La discusión civil sobre la responsabilidad por culpa de las empresas es muestra de lo anterior.