

Las empresas pecan y es justo que como todo pecador sean castigadas¹

José Hurtado Pozo

Un proyecto de ley del gobierno relacionado con la represión de la corrupción, a diferencia de otros presentados por parlamentarios, ha generado discusión sobre la conveniencia de atribuir responsabilidad penal a las empresas. Este objetivo no es cuestionado, pero se aprovecha la ocasión para rechazar que se responsabilice penalmente a las empresas. Para lo cual se destacan las notables deficiencias de la propuesta gubernamental. Así, se crea confusión al tratar la cuestión de fondo referente a la responsabilidad penal de las empresas mezclándola con la de los aspectos complementarios relativos a la manera de cómo regularla.

Se afirma correctamente que nuestra legislación ya prevé sanciones, muchas veces graves, para castigar las empresas que “hayan sido utilizadas para cometer delitos”. No se dice, sin embargo, que son establecidas en leyes administrativas. Por esto no puede constituir un argumento en contra de la regulación penal de la responsabilidad de las empresas, si no más bien en su favor. Pues si se la previera, se garantizaría mejor los derechos sustantivos y procesales de las empresas, ya que fiscales y los jueces, y no simples órganos administrativos, serían los que la constatarían e imputarían conforme a las reglas del debido proceso.

Además, no se dice nada sobre que, en los arts. 105 y 105-A del Código Penal, se regulan las llamadas “consecuencias accesorias” o “medidas aplicables a las personas jurídicas”, que no son otras que las establecidas en el proyecto del gobierno (comprendida la disolución de la empresa). Medidas que han sido calificadas, en el Acuerdo Plenario N. 8-2007/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema, de “sanciones penales especiales”. En este mismo acuerdo, se detallan las condiciones materiales y procesales que deben ser constatadas para imponer una o algunas de estas medidas a las personas jurídicas comprometidas con la comisión de un delito, sin distinción alguna.

De manera que no es hecho único o del todo ajeno a nuestro ordenamiento jurídico que se busque sancionar a las empresas que constituyen el instrumento o el contexto en el que se cometen delitos. Tampoco es raro o único que se pretenda en nuestro medio estatuir una simple responsabilidad penal objetiva, como es el caso cuando según el proyecto bastaría que

¹ Reflexiones inspiradas por la lectura de: ¿Justos por pecadores?, Editorial del diario El Comercio del 19 de diciembre de 2014, p. A28.

se compruebe que alguien cometió un delito en el seno de las actividades de la empresa para imputar a ésta responsabilidad penal. El recurso a la punición basada en la simple responsabilidad objetiva ha sido, en varias oportunidades, admitida en nuestra legislación en relación con delitos graves. Enumerarlos comportaría superar largamente la extensión de este breve comentario. No se trata, por tanto, de “incorporar un nuevo concepto nunca visto en el Perú”. Hay más bien que aprovechar de la ocasión para rechazar esta forma de abusar del poder punitivo del Estado y reclamar el respeto estricto de los criterios básicos del Estado de derecho. Válidos tanto para las personas naturales como para las jurídicas.

Es acertado entonces reclamar que es indispensable identificar a las personas naturales que han cometido el delito arropadas en el contexto de la empresa. Pero, no sólo para reafirmar los criterios del derecho penal basado y orientado a la responsabilidad penal individual, según los cuales sólo identificando al autor material “se podrá determinar si se trató, por ejemplo, de un acuerdo premeditado del directorio o si se trató, digamos, de un trabajador que excedió sus funciones y actuó sin el conocimiento de los directivos...”. Considerar sólo este aspecto implica dejar de plantearse, interesadamente o no, la cuestión relativa a las condiciones para responsabilizar penalmente a la empresa. Ahora bien, sucede que el factor esencial para admitir esta responsabilidad reside, justamente, en el hecho que, debido a su organización compleja, su estructura jerarquizada, su pluralidad de centros de decisión, resulta difícil o casi imposible de identificar al o a los responsables individuales. No basta ni es eficaz, en consecuencia, limitarse a aplicar las reglas de la participación delictuosa con la finalidad de individualizar a los coautores, instigadores, autores mediatos, cómplices en la ejecución del delito.

De este modo, se oculta también, por un lado, que la atribución de responsabilidad a la empresa no excluye la responsabilidad de los autores individuales. Por otro, que la no identificación de éstos no comporta la irresponsabilidad de la empresa, la misma que resulta generalmente beneficiada por los actos delictuosos cometidos. Los mismos que son, con relativa frecuencia, hasta fomentados por la manera como la empresa se organiza y desarrolla sus actividades económicas, industriales o de servicios.

Para que justos no paguen por pecadores, en el contexto indispensable de reconocer la responsabilidad penal de las empresas, es necesario prever correctamente las condiciones de punibilidad, como se ha hecho respecto a la responsabilidad penal de las personas naturales. Como debido a la índole particular de las circunstancias de hecho y personales no deben ser utilizados los mismos criterios, se ha planteado la necesidad de reelaborarlos o estatuir nuevos en función de las características específicas de las personas jurídicas y de su manera de actuar en la vida comunitaria.

Es en este ámbito en el que se revelan las deficiencias no sólo del proyecto del Ejecutivo, si no también de los proyectos parlamentarios y hasta de las directivas fijadas en el acuerdo plenario de la Corte Suprema señalado anteriormente. Pero, igualmente, aunque en perspectiva diferente, las de las críticas que se formulan contra el proyecto gubernamental. Si se reconoce, como también lo hacemos nosotros, que las medidas que se aplican a las empresas son “sanciones penales”, mejor dicho “penas”, debe establecerse claramente el factor que constituye el fundamento de su imposición e individualización. En el derecho común, se afirma el principio de que no hay pena sin culpabilidad. En este sentido, en la jurisprudencia, la legislación y la doctrina foráneas, se ha propuesto el criterio de la “culpabilidad de la empresa por defectos de organización”. De acuerdo con esta idea, la empresa no es castigada por ser culpable del delito que ha sido cometido por uno de sus miembros en el interior de sus actividades empresariales, sino porque por defectos o deficiencias de organización no ha evitado que se cometa el delito o ha impedido que se identifique al responsable. La objeción contra la responsabilidad penal objetiva,

implícitamente admitida en el proyecto criticado, no es válida, en consideración a lo que viene de ser explicado, para rechazar que se atribuya responsabilidad penal a las empresas, si no sólo respecto a la manera deficiente como ha sido concebido el proyecto del gobierno.

Lo mismo se puede decir respecto a la crítica expresada contra la “serie de disposiciones por las cuales una empresa podría estar siempre libre de sanción” a condición de “contar con un modelo de prevención”. Es decir, “extensos mecanismos anticorrupción debidamente certificados (auditorías, sistemas de denuncias, supervisiones internas, reglamentos)”. Respecto a lo cual, se plantea la justa interrogante: quién, persona individual o colectiva será la encargada de calificar el cumplimiento de esta obligación.

Esta cuestión tampoco está bien planteada. La exigencia no es trascendente respecto a si se debe o no imputar responsabilidad penal a las empresas. Bien por el contrario, resulta indispensable en la medida en que para imputar la “culpabilidad por deficiencias de organización, es necesario comprobar si el delito fue cometido o el autor no fue identificado por la falta o la deficiencia de organización de la empresa. El reproche que se manifieste estará en relación estrecha con la autorregulación destinada a eliminar los riesgos previsibles de que se cometan delitos. Autorregulación que no es extraña a nuestro ordenamiento jurídico, baste señalar las medidas de control apropiadas y suficientes que las empresas financieras están obligadas a adoptar para evitar ciertas formas de lavado de dinero, conforme a la primera disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1106 del 19 de abril de 2012.

No obstante, hay que reconocer que la crítica al proyecto del gobierno es correcta respecto a la manera como el “modelo de prevención” (que debe establecerse antes de la comisión del delito) ha sido previsto. Esto en la medida en que puede ser considerado como una “condición objetiva de punibilidad” o una “condición de procedibilidad”, formal y probada simplemente mediante la presentación de la certificación emitida por el órgano competente.

Lo cierto, no señalado por los críticos, es que la obligación de las empresas a organizarse debidamente, comprendido el establecimiento adecuado y eficiente de control y vigilancia, puede constituir un medio para demostrar que el delito no ha sido cometido por deficiencias organizativas de la empresa. Para que esto sea eficaz en la práctica, es indispensable que el fiscal o el juez comprueben efectivamente que dicha certificación corresponde a la realidad. No es otra cosa la que hacen cuando, por ejemplo, después de recibir la denuncia de la SUNAT respecto a un delito de defraudación tributaria, indagan y reúnen los elementos probatorios de los hechos descritos e indicados como comprobados por la denunciante.

La constitución de un sistema institucional referente a la exigencia y a la certificación de ese modelo de prevención (“*Compliance*”) puede dar lugar, casi con seguridad, a un ámbito propicio para actos de corrupción. Pero, si se tiene como hecho fatal de que esto suceda, también es de reconocer que en todos los otros campos de la actividad social se presenta, en nuestro país, el mismo fenómeno. También es cierto que se convertirá en un campo en el que se forjaran fortunas y, quizás, como ha sucedido ya algunas veces, mediante el establecimiento de monopolios de certificadores. De ser absolutamente cierta esta crítica, ella no sólo es válida respecto al proyecto del gobierno sino también en relación con toda otra iniciativa para combatir la delincuencia en general y, en especial, la corrupción. Este pesimismo no debe ser compartido, pues significaría gestionar pasiva y cínicamente el mantenimiento y el desarrollo de situación tan injusta como perjudicial para las personas y para la colectividad.

En el nivel internacional, es común encontrar, en los acuerdos bilaterales o convenios multilaterales, la recomendación o la exigencia que los estados nacionales inserten en sus legislaciones, de manera más o menos amplia, la responsabilidad de las personas jurídicas.

Por lo que no es cuestión que el acuerdo de la OCDE lo exija o no, sino si una correcta política criminal lo requiere con miras a luchar mejor contra la delincuencia, en particular las denominadas delincuencias internacional y económica.

El reconocimiento de la responsabilidad penal de las empresas es una tarea bastante compleja que no debe resolverse mediante la importación de modelos foráneos sean europeos, anglosajones o latinoamericanos. Pero sin dejar, sin embargo, de tenerlos en cuenta para aprovechar las experiencias ajenas. Como en el ámbito del derecho penal de las personas naturales, deben considerarse, en el de las empresas, sus características peculiares. Es evidente que no se debe responsabilizar de la misma manera y automáticamente las grandes empresas y las medianas o pequeñas empresas. Pero esto no significa que no deba exigírseles a todas ellas de organizarse debidamente para evitar o impedir que se cometan delitos en el contexto de sus actividades.

En nuestra opinión deberían tenerse en consideración :

- El fundamento para responsabilizar penalmente a las personas jurídicas o empresas debe ser el hecho que por su falta o su deficiencia de organización no impiden que se cometa el delito en el seno de sus actividades o no permite que se identifique al miembro de la entidad responsable individual del mismo.
- La magnitud y complejidad de la estructura de las empresas y de sus actividades debe ser tomada en consideración para delimitar cuáles deben ser responsabilizadas penalmente. Este criterio de política criminal está necesariamente condicionado por el contexto de la situación económica del país.
- La índole del delito cometido debe ser considerada para distinguir entre una responsabilidad subsidiaria o autónoma de las empresas. Esta última debe ser admitida cuando se trata de ciertos delitos graves (principalmente, corrupción, financiamiento de terrorismo, trata o desaparición de personas, tráfico de drogas o de armas, delitos dolosos contra la vida, genocidio) e implica que poco importa si se identifica al responsable individual. Su responsabilidad depende de si su deficiente organización no impidió que se cometiera el delito.
- En los demás casos, sólo debe ser responsable subsidiariamente cuando no se individualiza al responsable individual debido a la insuficiencia organizativa indicada anteriormente.
- Las empresas, de acuerdo con sus capacidades y en armonía con su grandor y complejidad estructural, deben ser obligadas a instaurar un sistema de prevención de comportamientos delictuosos. La existencia y eficacia del mismo deben ser efectivamente comprobadas. Circunstancia que debe ser tomada en cuenta al decidirse sobre su responsabilidad. Ésta será excluida si se demuestra que la empresa había debidamente estatuido el sistema de prevención y que, por tanto, resultaría excesivo exigirle más de lo que, material y personalmente, podía hacer.
- El sistema de prevención (*Compliance*) debe ser evaluado y comprobado para verificar que, en el momento de su acreditación, dicho sistema era suficiente para prevenir el riesgo. No basta, por tanto, la presentación de una constancia o certificación emitida por una entidad autorizada. Esta declaración sólo debe constituir un elemento probatorio, junto a otros, de que la empresa ha cumplido el deber de organizarse debidamente para garantizar que sus actividades no darán lugar o propiciarán la comisión de delitos.
- Deberán establecerse pautas procesales claras para fijar cómo las empresas serán procesadas penalmente con la finalidad de respetar su derecho a un debido proceso, en particular su derecho a la defensa.

Por ser ciudadanos y aficionados al derecho penal de larga data, tenemos vela en este entierro y, por tanto, osamos expresar nuestra opinión. Esperamos que los penalistas también lo hagan para elevar el nivel de la discusión y dar luces sobre tan importante cuestión. En especial los expertos (juristas, economistas, etc.) que han asesorado e intervenido en la elaboración del proyecto. Lo que sería analógicamente conforme con los fines de transparencia y garantía que implica la *Compliance* o modelo de prevención propuesto. Así, se aclararía las responsabilidades de los autores individuales y del Gobierno, ente colectivo.

Fribourg/Lima, enero 2015