

**LAS OBLIEGENHEITEN EN EL DERECHO PENAL DE LAS EMPRESAS
COMPLIANCE ¿FUNDAMENTO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA O FUNDAMENTO
DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?**

**OBLIEGENHEITEN IN CORPORATE CRIMINAL LAW
COMPLIANCE, BASIS OF OBJECTIVE IMPUTATION OR BASIS OF LIABILITY
OF LEGAL PERSONS?**

*Marco Antonio Olivas Flores**

*Tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se
convierten en papel de desecho.*

Von Kirschmann

RESUMEN

En el presente texto se abordará sobre el cambio del principio *societas delinquere non potest* al *societas delinquere potest* analizando, así, los modelos actuales de atribución de responsabilidad penal y del mismo modo realizando una breve descripción del modelo adoptado en la Ley n 30424. Del mismo modo se analizará el papel que cumple el compliance en la determinación de la responsabilidad de las personas jurídicas y para definir ello recurriremos a la figura de la Obliegenheiten.

PALABRAS CLAVES

Personas jurídicas, responsabilidad penal, compliance, obliegenheiten

ABSTRACT

The present text will deal with the change from the principle of *societas delinquere non potest* to *societas delinquere potest*, analysing the current models for the attribution of criminal liability and making a brief description of the model adopted in Law no. 30424. The role of compliance in determining the liability of legal persons will also be analysed, and the figure of the Obliegenheiten will be used to define this.

KEYWORDS

Legal persons, criminal liability, compliance, obliegenheiten

SUMARIO

* Estudiante de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ganador del concurso de ponencias estudiantiles del Pre CONADEPC- Arequipa 2019. Ganador de la ayudantía de cátedra de Derecho Penal, Parte General en la FDCP -UNMSM 2019; Parte especial III - 2020. Ganador del I encuentro internacional y nacional de investigaciones científico-jurídicas de pregrado y posgrado.

1. Introducción. 2. La responsabilidad de las personas jurídicas. 2.1. Los modelos de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. 2.1.1. La responsabilidad vicarial (vicarius liability). 2.1.2. La auto regulación regulada. 2.1.3. La responsabilidad de la persona jurídica en el ordenamiento jurídico. 3. Compliance, Obliegenheiten y atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica. 3.1. Obliegenheiten. 3.2. Naturaleza del compliance. 3.3. Compliance ¿fundamento de imputación o fundamento de responsabilidad de las personas jurídicas? 4. Consideraciones finales. 5. Bibliografía

1. Introducción

Toda idea está condicionada, y en parte determinada, por el ámbito histórico y social en la que viven (FIERRO, 2003, pág. 18). Y del mismo modo, el derecho, como forma de concebir la realidad, al ser un constructo cognitivo, se ve condicionado por factores internos (nacionales) y externos (internacionales) que inciden en una determinada sociedad. En tal sentido, Fierro sostiene que a fin de enfrentar más adecuadamente con las nuevas demandas que han surgido de las mutaciones y cambios en la su situación, se deben generar nuevas respuestas (FIERRO, 2003, pág. 18). Una de estas mutaciones es la criminalidad de poder, entre ellas la criminalidad de empresa que ha puesto en jaque al derecho penal clásico.

Hoy en día donde los avances tecnológicos se han hecho parte del vivir cotidiano, podemos identificar algunas características de esta sociedad, la sociedad moderna. Entre ellas, dos resaltan con claridad: la sociedad de las organizaciones y la sociedad del riesgo¹. En esta sociedad moderna los problemas del viejo Derecho penal se agudiza al hablar de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, porque tradicionalmente la teoría del delito ha tomado como paradigma la estructura de responsabilidad de los delitos consumados dolosos, la que, sin embargo, intenta ser extrapolada para aquellos casos que no encajan en este paradigma, como por ejemplo la tentativa, la actio libera in causa (alic) o la imprudencia (MONTIEL J. P., 2019, pág. 161).

En consecuencia, si la teoría del delito –más aun la culpabilidad- ya tenía problemas para explicar los delitos cometidos por las personas naturales y debiendo para ello desnaturalizar o forzar indebidamente el sentido de aquella estructura de responsabilidad, ahora se le dificulta aún más fundamentar la responsabilidad de las personas jurídicas, generando así la “osteomalacia del Derecho Penal”. Sin embargo, para evitar este mal del derecho penal ha de impulsarse el rearme jurídico-penal para hacer frente a los modelos de delincuencia que crean una fuerte sensación de inseguridad no solo a los individuos, sino también a los propios estados (SILVA SANCHEZ, 2011, pág. 86).

Es por ello que nos volcaremos en el análisis de la ley N°30424 y el Decreto Legislativo N° 1352 que regulan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, - no obstante, en cuanto a responsabilidad administrativa solo tiene la denominación, ya que tanto el proceso y la imposición de la pena se realiza por la vía penal – desde una perspectiva crítica y dogmática; para luego desarrollar el papel del compliance en la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, recurriendo para ello al desarrollo de una institución germana denominada Obliegenheiten.

¹ Al respecto se desarrolla con más extensión en (FEIJOO SÁNCHEZ, 2009, pág. 50), del mismo modo en (SILVA SANCHEZ, 2011, pág. 20)

2. La responsabilidad de las personas jurídica.

La criminalidad de poder se caracteriza por su intangibilidad y de tener un daño de gran dimensión, en tal sentido su represión se ha convertido en la prioridad de los Estados, y dentro de esta modalidad de criminalidad tenemos a la criminalidad de empresa, donde esta última se consagra como el sujeto activo del delito². Por tanto, seguir con la mentalidad de defender el principio *societas delinquere non potest* (la persona jurídica no puede hacerse merecedora de responsabilidad al ser un ente moral) ya no es viable, empero es imperativo buscar alternativas cuerdas a la hora de fundamentar el “Derecho Penal de la globalización³”.

Respecto a lo antes dicho a finales del siglo XVIII, se sostenía que la *persona moral, persona mística, persona social* (persona jurídica) no podía delinquir, esto era de consenso en gran parte de la comunidad jurídica; sin embargo, hoy es una realidad, normativamente hablando, y resultaría bizantino preguntarnos si las empresas pueden ser responsables penalmente⁴; empero, sí resulta relevante preguntarse el cómo puede ser responsable penalmente la persona jurídica. En esa línea, presentamos un breve esbozo acerca de los dos grandes modelos de imputación para luego analizar la incidencia del compliance en ella.

2.1. Los modelos de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2.1.1. La responsabilidad vicarial (*vicarius liability*)

Este modelo se remonta hasta el XV de los tribunales ingleses; empero, el verdadero desarrollo se dio en siglo XX a raíz del famoso caso *Hudson* –caso que se remonta a los años 1909, *New York Central & Hudson River Railroad Company vs US*- décadas después impulsando así el *Model Penal Code* de 1962.

La importancia del caso *Hudson* en el derecho anglosajón es porque a partir de este se desarrolló la responsabilidad vicarial en el campo del derecho penal, basándose en responsabilidad objetiva (*strict liability*).⁵

La responsabilidad vicarial consiste en un modelo de imputación en la cual se atribuye a la empresa el *actus reus* y la *mens rea* de su agente expresado esto, con el debido distanciamiento, en la terminología de la dogmática de cuño germánico, pudiera decirse que se imputan a la empresa el injusto y la culpabilidad del agente o representante (GÓMEZ JARA-DÍEZ, 2006, pág. 45). En otros términos, la responsabilidad vicarial consiste básicamente en la transposición al ámbito penal de la construcción dogmática civilista de la responsabilidad del superior o del “superior que responde” (*respondeat superior*), esto es sin más un reflejo de la teoría de la agencia (*agency theory*).

GÓMEZ-JARA, tras un análisis del sistema norteamericano sostiene que dos son los presupuestos para imputar el *actus reus* y la *mens rea* a la corporación, estos presupuestos son: la actuación en el marco del empleo y la intención de bonificar a la corporación.

a) Actuación en marco y naturaleza del empleo.

² Sobre la criminalidad de poder se desarrolla con más amplitud en (SUTHERLAND, 2009, pág. XIII) y sobre la diferencia entre criminalidad de empresa y la criminalidad de empresa (SÁNCHEZ BERNAL, 2012, pág. 127)

³ La globalización dirige al Derecho penal demandas fundamentalmente prácticas, el sentido de un abordaje más eficaz de la criminalidad. (SILVA SANCHEZ, 2011, pág. 84)

⁴ Sobre las discusiones bizantinas se desarrolla con más amplitud en (MOLINA FERNÁNDEZ, 2019, pág. 168)

⁵ *Vid.* (GÓMEZ JARA-DÍEZ, 2006, pág. 44) y (NIETO MARTÍN A. , 2008, pág. 88)

Este presupuesto hace referencia al *agente* ya sea representante o trabajador y que su actuación, para poder ser imputada a la corporación, debe de estar dentro de esos ámbitos autorizados por parte de la corporación (GÓMEZ JARA-DÍEZ, 2006, pág. 47). Por ende, las acciones que hayan sido realizados por el agente, pero que estas estaban prohibidas por la empresa no serían transferibles a la empresa.

En cuanto a la autorización por parte de la corporación al agente puede ser de manera de explícita o implícita (la autorización implícita se satisface cuando un tercero tiene la creencia razonable que el agente tiene la autorización para llevar a cabo en el acto en cuestión).

Sin embargo, NIETO MARTÍN formula una interrogante que gira en torno al grado que debe ocupar el agente –el que comedio el delito- dentro de la jerarquía de la empresa. Tras lo dicho, el mentado autor elabora unos criterios basándose en un **modelo de responsabilidad más extensa** los cuales son: los delitos cometidos directamente por los altos directivos; los delitos tolerados, consentidos o inducidos por los altos directivos los delitos ignorados conscientemente por altos directivos y los delitos realizados por cualquier empleado, pero que se deben a un ejercicio imprudente de las facultades de vigilancia control de altos ejecutivos o de personas que dentro de la organización ejercen funciones de vigilancia (NIETO MARTÍN A. , 2008, págs. 90-93).

b) Intención de beneficiar a la empresa.

El segundo presupuesto de imputación es que el accionar delictivo sea en beneficio de la corporación (estrictamente de la empresa), por ende, las acciones delictuales que perjudique a la empresa no serán atribuible a ella.

Para que este requisito se cumpla no es necesario que se haya beneficiado la empresa, es suficiente la intención del empleado para beneficiar a ésta, empero, hay puntos problemáticos con respecto al concepto de “intención” como al de “beneficio”⁶.

2.1.2. La auto regulación regulada.

Como antecesores a este modelo tenemos al modelo estatal y liberal. El primero es un modelo de intervención estatal puro, el cual asigna al estado la labor de definir los mecanismos de prevención que la empresa debe adoptar, supervisar su implementación y sancionar en caso de incumplimiento. El segundo es la visión absolutamente liberal de dejar en manos de la empresa misma la incorporación de las medidas de aseguramiento de los riesgos en función de la exigencia del mercado (GARCÍA CAVERO, 2017, pág. 20) Empero, ambos extremos mostrados resultan inaplicables es un sistema jurídico. El primero por la imposibilidad del estado de regular a cada persona jurídica con sus distintos objetos y ámbitos de acción; el segundo por la poca prioridad que las empresas dirigen a este tema o su regulación a conveniencia e intereses de la propia empresa.

En consecuencia, se gestó y con el tiempo se fue consolidando la llamada *autorregulación regulada*. Respecto a este modelo GÓMEZ-JARA DÍEZ sostiene que para llegar a lo que hoy denominamos la autorresponsabilidad de las personas jurídicas hay ciertos fundamentos que hacen posible ello, los cuales son: a) la relación entre Estado, sociedad, Derecho y organización empresarial en la sociedad moderna, b) la sociedad policéntrica, c) el Estado supervisor y d) el Derecho reflexivo. Asimismo, propugna tres modelos de autorregulación, I) cesión a la empresa de la soberanía del castigo a sus empleados, II) cesión a una entidad privada de la soberanía del

⁶ Sobre esta problemática se desarrolla con más amplitud en (GÓMEZ JARA-DÍEZ, 2006, pág. 49) (NIETO MARTÍN A. , 2008, pág. 101)

castigo a las empresas y III) cesión a la empresa de un ámbito de autorregulación a cambio de la responsabilidad por las consecuencias que de la misma derivan. Donde el último modelo es el que tiene mayor relevancia y dominio en las legislaciones penales. (GÓMEZ-JARA DÍEZ C. , Cuestiones fundamentales de derecho penal económico. Parte general y especial, 2016, págs. 6-25)

Es así que, en la sociedad de los nuevos riesgos, es imperativo generar nuevos instrumentos jurídicos para estabilizar, activar y promover una cierta auto responsabilidad de la persona jurídica. En esencia, la autorresponsabilidad de las personas jurídicas fundamenta el injusto individual de la empresa en base a un *management* defectuoso prescindiendo de la persona individual. Es decir, el delito empresarial consiste en no regularse satisfactoriamente y de manera eficaz.

En suma, la autorresponsabilidad fundamenta la culpabilidad de la persona jurídica en su deber de organización y en cuando defraude esta expectativa, se desorganiza o mantiene una organización defectuosa, estaríamos hablando de un injusto propio de la persona jurídica.

2.1.3. La responsabilidad de la persona jurídica en el ordenamiento jurídico peruano.

En el ordenamiento jurídico peruano podemos encontrar una hibridación de ambos modelos. Es decir, un modelo mixto, pues parten del sistema vicarial para imputar la responsabilidad a la persona jurídica y toman a la culpabilidad propia de la empresa para realizar un sistema de atenuantes, agravantes o circunstancias que excluyan la responsabilidad de las personas jurídicas. La influencia del sistema vicarial podemos encontrar en el artículo 3 de la ley N° 30424 y modificado este por la el Decreto Legislativo N°1352 el cual versa de la siguiente manera, “*las personas jurídicas son responsables administrativamente por los delitos señalados en el artículo 1, cuando estos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto...*”, aquí se puede apreciar que aún es necesario el injusto cometido por una persona natural para atribuirle la responsabilidad. En cuanto auto regulación regulada o la autorresponsabilidad lo encontramos taxativamente en el artículo 4 de las leyes antes mencionada el cual versa de esta manera “*la responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural.*” Además, deja de manera muy clara que el proceso –ya sea condenatoria o absolutoria- seguida a la persona natural no afecta al proceso de la empresa, “*las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas*”; por otra parte en el artículo 17 se encuentra todo un catálogo de eximentes por implementar un modelo de prevención –el famoso *compliance o business ethics*-el cual desarrollaremos y debatiremos en el capítulo tercero.

3. Compliance, Obliegenheiten y atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica.

En el presente acápite abordaremos a las Obliegenheiten y su relación con el compliance, así mismo su relación con otras formas de organización dentro de la empresa jurídica. Para ello desarrollaremos un bosquejo del concepto de las Obliegenheiten

3.1. Obliegenheiten

Obliegenheit denota en la ciencia jurídica alemana una entidad deóntica consistente en un mandato o una prohibición de comportamiento menos intenso que un deber (Pflicht). (MONTIEL J. P., 2014, pág. 3). Esta figura es una institución del derecho civil en el sistema

jurídico alemán, que ha pasado a ser de uso cotidiano en el ámbito del derecho penal, al igual que la imputación objetiva, etc.

La traducción de este término al castellano ha generado muchos debates, pues no hay una palabra equivalente de manera literal para ella. Algunas de las traducciones han sido carga, obligación, etc.; sin embargo, ninguno puede satisfacer a la comunidad académica. La traducción menos imprecisa que se le ha atribuido es el de *incumbencia*. (SÁNCHEZ-OSTIZ P. , 2015, pág. 4)

MONTIEL sostiene que, a diferencia de un deber, las *Obliegenheiten* restringirían la conducta de sus destinatarios más débilmente y además su infracción traería aparejada una consecuencia jurídica menos significativa. (MONTIEL J. P., 2019, pág. 3). Por otra parte, las *incumbencias* tienen relación con ciertas cargas que corresponden a los destinatarios de normas. Se trata de ámbitos de obligación en los que apreciamos una menor intensidad que en otros sectores: una suerte de obligación de menor entidad, débil, o funcional, en cuanto encaminada a determinar y precisar otra obligación, que sería de carácter “fuerte”, en cuanto claramente expresada. (SÁNCHEZ-OSTIZ P. , 2017, pág. 1213)

La *Obliegenheit* es un presupuesto objetivo para mantener cierto derecho o ciertas ventajas, de ahí que su infracción no acarrearía un resarcimiento por daños, por ende, su trasgresión solo es una caducidad de una posibilidad de defensa. Las *Obliegenheiten* estarían caracterizadas por constituir reglas pensadas en (exclusivo o predominante) interés del propio destinatario, de allí que caerían bajo el concepto de “obligación frente a uno mismo” (*Verschulden gegen sich selbst*) y su infracción no afectaría los intereses de terceros sino los propios al perderse una posibilidad de defensa a favor. (MONTIEL J. P., 2019, pág. 9). Entiendo que las *incumbencias* presentan de una doble faceta. En concreto, y en la medida en que la norma es mensaje, se requiere de un destinatario que perciba esa comunicación, lo cual requiere conocerla, así como representarse las condiciones fácticas de aplicación: i) las *incumbencias* de conocer, referidas tanto a la norma (“está prohibido matar”) como a los datos fácticos (“estoy manipulando un instrumento peligroso en un entorno en el que alguien puede resultar herido”); y, puesto que la norma aspira a configurar la acción, se requiere de un destinatario que se halle y se mantenga en condiciones de cumplirla: ii) las *incumbencias* de disposición, referidas a la actuación (ejercer la volición) y seguir la norma (con voluntariedad). (SÁNCHEZ-OSTIZ P. , 2017, págs. 1218-1219)

Podemos concluir sosteniendo que en el derecho penal impone ciertos deberes de cumplimiento mediante normas, las cuales tienen un carácter obligatorio; no obstante, habrá múltiples formas de poder cumplir tal deber o de mantenerse en la posibilidad de cumplirlo, esas formas serán las *incumbencias* (*Obliegenheiten*) que no fundamentan ninguna responsabilidad penal, pero sí, fundamentaría una imputación, en el caso de las personas jurídicas también actuarían del mismo modo.

3.2. Naturaleza del compliance

Si bien el uso del anglicismo *Compliance* se ha extendido en todo el ámbito jurídico, sus albores están en el ámbito de la salud. En medicina, por ejemplo, denota el correcto seguimiento del paciente de las recomendaciones y prescripciones de un médico. (Zenteno, 2015, pág. 81)

Jurídicamente, el *compliance* se origina en el derecho estadounidense como resultado de una larga evolución a partir de la instauración de la responsabilidad penal de las empresas y la consiguiente autorregulación. Primigeniamente, este concepto fue adoptado en la banca angloamericana para asegurar un comportamiento respetuoso de las normas por parte de los empleados en los ámbitos riesgosos clásicos de esas instituciones crediticias. Como la

información privilegiada, corrupción, manejo de conflictos de intereses y lavado de dinero. (Zenteno, 2015, pág. 81)

Se puede decir que el compliance es un mecanismo interno de supervisión de las empresas y esta finalidad esencial se bifurca, a su vez, en dos objetivos diferenciados⁷. Por un lado, se procura evitar realización de conductas infractoras de la ley (función de prevención) Por otro lado, si las infracciones legales igualmente se producen, la actitud de fidelidad al derecho por parte de la empresa se traduce en implementación de mecanismos y procedimientos para su oportuna detección, gestión de sus consecuencias y eventual comunicación a las autoridades correspondientes (función de confirmación del derecho). (GARCÍA CAVERO, 2017, pág. 32)

De lo dicho, el compliance pone en manifiesto las medidas tomadas por la corporación para poder prevenir hechos delictuales, el Estado toma parte en esta formación del compliance, pero no de manera directa, sino de una forma indirecta, es por el ello la implementación del compliance no es obligatorio. Pero su implementación se conoce como el buen gobierno corporativo (*good corporate governance*). Como sostiene GARCÍA CAVERO, en nuestro país no existe un deber general legalmente que le obligue a conformar en su interior un sistema de cumplimiento normativo (GARCÍA CAVERO, 2017, pág. 38).

Sobre la implementación del compliance podemos encontrar en el artículo 17.2.2 de la Ley N° 30424 el cual versa “**identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de los delitos previstos en el artículo 1 a través de la persona jurídica**” de esto podemos afirmar que el compliance se instituye en tres pilares: la primera la formulación del programa de cumplimiento, la segunda es la implementación del programa y la tercera, lograr una consolidación y perfeccionamiento.

De manera muy resumida, para elaborar un compliance primero ha de **identificarse** los posibles riesgos de acuerdo con su objeto de cada empresa. No se puede identificar todos, solo los relevantes, los potenciales riesgos⁸ propensos a llegar a configurar un delito. En este estadio se fija el objeto de acción de la empresa y de acuerdo con ello identificar las posibles infracciones legales.

Luego de identificar las posibles infracciones, se pasa a la **evaluación** de los riesgos identificados y elaborar escalas de estos. Para valorar estos riesgos se utiliza la escala cuantitativa por el cual se establece la probabilidad del riesgo de infracción penal. La escala cualitativa simple distingue los riesgos en alto, medio y bajo (HML-score) (GARCÍA CAVERO, 2017, pág. 46).

En cuanto a la **mitigación** hace referencia a los controles con los que cuenta la empresa para poder enfrentar los riesgos detectados.

Sin embargo, la ley presenta más formas para tener una idónea organización dentro de la empresa tal es el caso del artículo 17.2.3, *implementación de procedimientos de denuncia*. Siendo esto una medida de detección de irregularidad ajena al compliance; sin embargo, íntimamente relacionala. Ya que es una forma de control a la empresa, las denuncias no solo pueden ser realizadas por miembros de la empresa, sino también por clientes, proveedores, etc.⁹

⁷ Al respecto con más extensión se desarrolla en (NIETO MARTÍN A. , 2013, págs. 36-41)

⁸Reglamento de la Ley N° 30424 en el art. 5 inc. 20. Establece el concepto de riesgo Riesgo: *efecto de la incertidumbre del cumplimiento de los objetivos. Esto es la desviación respecto a los objetivos esperados, sean positivos o negativos.*

⁹ Los denominados *Whistleblower* o en su traducción literal “soplar el pito”, estas y más formas de organización empresarial se desarrolla más a profundidad en (HURTADO POZO, 2015, págs. 218-223)

En el artículo 17.2.4 también encontramos la selección de información necesaria, *difusión y capacitación periódica del modelo de prevención*. Esto es el llamado *help line* que es un mecanismo de ayuda y de capacitación a los integrantes de la empresa.

Dicho esto, el compliance solo sería una incumbencia (*Obliegenheit*) ya que es solo un medio más que ayuda a cumplir un deber general a la persona jurídica, el de organizarse, impartida por una norma. Esta afirmación se tratará con más profundidad en el siguiente acápite.

3.3. Compliance ¿fundamento de imputación o fundamento de responsabilidad de las personas jurídicas?

Basándonos en el libre albedrío de las personas naturales para organizarse, y la autorregulación de la empresa como presupuesto de atribución de responsabilidad de las personas jurídicas, donde a la empresa se le considera “un ciudadano corporativo”¹⁰ (*citizen corporations*) se habla sobre el injusto autónomo de la empresa. Esto se fundamenta en la autonomía y el deber de organizarse, pues se castiga la organización defectuosa.

Entonces el deber del ciudadano corporativo es el de organizarse, para ello ha de tomar diferentes medidas. La cuestión es, si todas estas medidas tomadas son parte del compliance o solo algunas. En la organización del ciudadano corporativo se toman muchas medidas, a ello se les denomina medidas generales, sin desmedro a ello puede existir las medidas de gestión específica, esta última son acciones tomadas para ciertos casos de peligro según el objeto de la empresa.

Para organizar a una empresa hace falta de un estatuto – con el cual se inscriben en registros públicos -, compliance, auditoría interna y externa, vigilancia de superiores, controles selectivos, capacitación del personal, medios de denuncia de irregularidades y más medios que puedan apoyar en la organización de la empresa. Entonces siendo el deber general de la empresa, la organización, deber que deriva de la norma en este caso la Ley n° 30424, estos deben implementar los medios necesarios para cumplir o ponerse en la predisposición de cumplir dicho deber, a los cuales denominamos *Obliegenheiten*), por ende, el compliance al igual que los otros medios mencionados serían las incumbencias de un deber general que deriva de una norma: en el caso el deber general viene a ser la organización. Por ende, la infracción de alguna de ellas no fundamentaría la culpabilidad de la empresa, sino, la imputación objetiva de la empresa.

Para poder contextualizar mejor utilicemos el ejemplo de la madre que tiene el deber de cuidar a su hijo; sin embargo, hay muchas formas por la cual puede cuidar de su hijo, el principal sería alimentar al niño, también, llevarle a sus vacunas, tener diligencia con el niño cuando estén en la calle, etc., como se puede apreciar en el presente ejemplo, el deber general es cuidar al niño y las incumbencias serían el alimentar, llevarle a vacunas, etc, sí infringe una de las tantas incumbencias (*Oblieguentsverletzungen*) no podríamos hablar de la responsabilidad penal de la madre, pero podríamos hablar de imputación objetiva **ya que con su accionar está incumpliendo una condición previa para obedecer una norma y del mismo modo el no poder actuar de acuerdo a la norma ya que no ejerció cuidado que se esperaba de ella**. Lo mismo ocurre en el ámbito de las personas jurídicas, quienes tienen un deber general de organizarse y todos los medios por el cual se llega a cumplir este deber solo serían las incumbencias, estas no serían fundamento de culpabilidad sino de imputación.

¹⁰ Este concepto es postulado y desarrollado por Gómez-Jara, para mayor amplitud sobre el concepto en (GÓMEZ-JARA DÍEZ C. , 2015), del mismo modo (GÓMEZ-JARA DÍEZ C. , 2018, págs. 137-140.)

En la atribución del hecho propio, el compliance sería fundamento de imputación objetiva; si fuera fundamento de culpabilidad todas las empresas que no cuentan con un compliance pasarían automáticamente a ser culpables por esa desorganización estructural. No obstante, puede haber entes colectivos que tienen una idónea organización sin la necesidad de contar con un compliance, por ejemplo, haciendo uso de las capacitaciones y las auditorías que son mucho más accesibles que el compliance teniendo en cuenta el factor económico.

Con referencia al deber de organización que ostenta las personas jurídicas, las cuales pueden cumplir mediante diferentes mecanismos, siendo una de ellas el compliance, GÓMEZ-JARA tomando como base a LAUFER presenta algunas formas de culpabilidad de la persona jurídica i) culpabilidad proactiva ii) culpabilidad reactiva iii) culpabilidad por la ética empresarial iv) culpabilidad por la política empresarial. Todas estas se basan en la organización de la empresa, y como ya hemos explicado, la organización de una de ellas da gracias a diferentes medios, siendo una de ellas el compliance. (GÓMEZ JARA-DÍEZ, 2006, pág. 84)

También tenemos que advertir que el compliance tiene una incidencia transversal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como tiene una incidencia en la imputación objetiva de las personas colectivas, también, tiene una incidencia primordial a la hora de determinar la pena aplicable a la persona jurídica, tiene el papel de ser una suerte de indicador de atenuantes y agravantes. En el mundo anglosajón, más aún en el norteamericano el compliance sirve para que las personas jurídicas tengan acceso a acuerdos preprocesales tales como el Deferred prosecutions agreements (DPAs) y la Non- prosecutions agreements (NPAs).

4. Consideraciones finales

Primero. La criminalidad de empresa es un mal que aqueja a la sociedad, es por ello que se vio pertinente regular su responsabilidad en el ámbito penal pasando así del *societas delinquere non potest* al *societas delinquere potest*. Por tanto, es una realidad, normativamente hablando, que los entes colectivos responden ante el derecho penal por la comisión de un delito. La doctrina ha elaborado ciertos modelos de imputación de la responsabilidad, siendo el modelo vicarial con sus tres modalidades (*hybrid offences*, *vicarius liability* y la teoría inglesa *identificatio theory*). Este modelo establece dos requisitos para que el hecho ilícito de la persona natural sea atribuible a la persona jurídica los cuales son: a) Actuación en marco y naturaleza del empleo y b) intención de beneficiar a la empresa. Por otro lado, el modelo de la responsabilidad por el propio hecho se basa en la autonomía de la empresa para poder organizarse, donde el Estado le otorga dicha autonomía, empero siempre debe cumplir con la organización idónea encomendada por el Estado, caso contrario estaría dentro del contexto de peligro y por ende de futura imputación penal.

Segundo. Las *Obliegenheiten* tienen una procedencia del Derecho civil germánico, que pasó a ser parte del derecho penal al igual que la imputación objetiva. Al ser traducido esta institución al español no existe una palabra que se le asemeje, teniendo así múltiples palabras para referirse a ella; sin embargo, *incumbencia* sería la traducción más acertada. Las *Obliegenheiten* estarían caracterizadas por constituir reglas pensadas en (exclusivo o predominante) interés del propio destinatario, de allí que caerían bajo el concepto de “obligación frente a uno mismo” (*Verschulden gegen sich selbst*) y su infracción no afectaría los intereses de terceros sino los propios al perderse una posibilidad de defensa a favor. Es decir, las incumbencias fundamentan un deber general, son los medios o los mecanismos por el cual se puede satisfacer el deber general.

Tercero. El compliance es un instrumento muy importante para la organización de la empresa, pero no imprescindible ya que existen otras formas de organizarse, estos reconocidos en el art. 17 de la ley n° 30424, tales como las líneas de denuncia, las auditorías, las capacitaciones. Todas estas formas de organización vienen a ser incumbencias de un deber general, el de organizarse idóneamente. Como bien se dice las incumbencias están antes de los deberes, pero después de las normas, esto hace referencia que las incumbencias exige conocimiento de las circunstancias que requiere el deber encomendado y predisposición de cumplir el deber encomendado

5. Bibliografía

- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2009). *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*. Buenos Aires : BdeF.
- FIERRO, G. (2003). *Legalidad y retroactividad de las normas penales. Fuentes del derecho, legalidad en el derecho tributario, procesal penal y aduanero*. Buenos Aires: Hammurabi.
- GARCÍA CAVERO, P. (2017). *Criminal compliance*. Lima: Instituto Pacífico.
- GÓMEZ JARA-DÍEZ, C. (2006). *La responsabilidad penal de las empresas en los EE. UU*. Madrid: Ramón Areces.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2015). *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2016). *Cuestiones fundamentales de derecho penal económico. Parte general y especial*. Montevideo: BdeF.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2018). *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú*. Lima: Instituto Pacífico.
- HAURIOU, M. (1968). *La teoría de la institución, la de la fundación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- HURTADO POZO, J. (2015). *Compendio de derecho penal económico* . Lima: Fondo Editorial PUCP.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2019). Societas peccare non potest ... nec delinquere. En A. FLORES, & A. ROMERO, *Tendencias actuales de derecho penal* (págs. 167-228). Lima: IDEMSA.
- MONTIEL, J. P. (2014). ¿Existen las Obliegenheiten en el Derecho penal? *InDret*, 1-29. Obtenido de InDret.

- MONTIEL, J. P. (2019). Aproximación a las estructuras elementales de la responsabilidad penal . . *Revista de derecho penal y criminología*, 161-169.
- NIETO MARTÍN, A. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: iustel.
- NIETO MARTÍN, A. (2013). Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. En L. Kuhlen, J. Pablo Montiel , & Í. Ortiz de Urbina Gimeno, *Compliance y teoría del derecho penal* (págs. 21-50). Buenos Aires : Marcial Pons.
- SÁNCHEZ BERNAL, J. (2012). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Cuadernos del Tomás*, 121-156.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (2015). “¿Incumbencias en Derecho Penal? – Depende”, (1), 2015, p.4. *InDret*, 1-27.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (2017). Imputación e incumbencias en Derecho penal. *Polít. crim. Vol. 12, N° 24*, 1211-1227.
- SILVA SANCHEZ, J. M. (2011). *La expansión del derecho penal*. Montevideo: BdeF.
- SUAREZ FRANCO, R. (2010). *Teoría general de las personas jurídicas*. Bogotá: Temis.
- SUTHERLAND, E. (2009). *El delito de cuello Blanco*. Buenos Aires: BdeF.
- ZENTENO, A. C. (2015). *Criminal compliance*. Lima: Thomson Reuters .