

LA  
RESPONSABILIDAD  
PENAL  
DE LAS  
PERSONAS  
JURÍDICAS

IVÁN MEINI MÉNDEZ



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
FONDO EDITORIAL 1999

Iván Fabio Meini Méndez, nació en Lima en abril de 1973.

Cursó estudios en el colegio Inmaculada y en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la que optó el título de abogado el 26 de marzo de 1998 con la defensa de su tesis "La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas". El Tribunal que enjuició la misma estuvo presidido por el doctor Víctor Prado Saldarriaga y compuesto por los doctores Roger Yon Ruesta y Luis Alberto Bramont-Arias Torres. La tesis mereció la calificación de aprobado por unanimidad con la mención de sobresaliente.

El autor es profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y, durante sus años de estudios universitarios, se ha desempeñado como Jefe de Prácticas y Asistente de Docencia de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad de Lima, así como Jefe de Prácticas en la Facultad de Estudios Generales Letras de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En la actualidad, cursa estudios de doctorado en la Universidad de Cádiz, España, en mérito a una beca de la Agencia Española de Cooperación Internacional.





Iván Fabio Meini Méndez

---



Iván Fabio Meini Méndez

La responsabilidad penal  
de las personas  
jurídicas



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
FONDO EDITORIAL 1999

Primera edición: abril de 1999  
Diseño de carátula: AVA Diseños

*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*

Copyright © 1999 por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Av. Universitaria cuadra 18, San Miguel, Lima-Perú

Telfs.: 460-0872 y 460-2870 – 460-2291, anexo 220

*Derechos reservados*

ISBN 9972-42-141-4

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

Impreso en el Perú — Printed in Peru

*A mis padres,  
por su inmenso amor,  
incondicional apoyo y  
eterna paciencia*



Índice de abreviaturas .....	17
Prólogo .....	19
Introducción .....	23

## CAPÍTULO I

### Derecho Penal Económico y Persona Jurídica

1. Introducción .....	29
2. Derecho penal, Derecho penal económico y Derecho penal de la empresa .....	30
2.1. Derecho penal. Definición, contenido y principios .....	30
2.1.1. Concepto .....	30
2.1.2. Fines del Derecho penal y Constitución	32
a. República Democrática .....	35
a.1. Principio de Humanidad .....	35
a.2. Principio de Culpabilidad .....	36
a.3. Principio de Proporcionalidad...	38
b. República Social .....	39
b.1. Principio de Subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho Penal .....	40

b.2. Principio de Exclusiva	
Protección de bienes jurídicos ...	43
c. República Independiente y	
Soberana .....	47
d. El Principio de Legalidad y Estado	
de Derecho .....	48
d.1. <i>Lex praevia</i> .....	49
d.2. <i>Lex scripta</i> .....	50
d.3. <i>Lex stricta</i> .....	51
2.1.3. A modo de resumen .....	52
2.2. Derecho penal económico y Derecho penal	
de la empresa .....	54
2.2.1. Derecho penal económico .....	54
a. Concepto .....	54
b. Objeto jurídico: bienes jurídicos	
colectivos .....	59
c. Orden Económico Constitucional ....	62
2.2.2. Derecho penal de la empresa .....	64
a. Relación entre Derecho penal	
económico y Derecho penal de la	
empresa .....	64
b. Concepto .....	64
c. A modo de resumen: Derecho penal	
de la empresa en un Estado de	
Derecho .....	66
3. Persona jurídica. Relevancia en el Derecho	
penal económico .....	67
3.1. Persona jurídica y empresa .....	67
3.1.1. Teorías que buscan conceptualizar	
a la persona jurídica .....	67
3.1.2. Elemento “participación en el mercado”	70
3.2. Persona jurídica y realidad económica .....	73
3.2.1. Relevancia de la persona jurídica en	
la económica actual .....	73
3.2.2. Problemática de la participación de	

la persona jurídica en la economía	
actual .....	77
3.2.3. Recomendaciones .....	81
3.2.4. Reacciones .....	86

## CAPÍTULO II

### **Cuestiones de índole legal y cuestiones dogmáticas sobre el *societas delinquere non potest***

1. Introducción .....	89
2. A nivel legislativo .....	90
2.1. Cuestiones previas .....	90
2.2. Ley N° 25363 .....	92
2.3. “Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosos o culposas penadas por la ley” .....	94
2.4. <i>Societas delinquere non potest</i> y actuar por otro .....	96
2.5. Penas consignadas en el Código Penal que por su naturaleza podrían ser aplicadas a las personas jurídicas .....	98
2.6. Aceptación del <i>societas delinquere non potest</i> en la legislación penal: <i>Societas delinquere     non potest</i> y consecuencias accesorias .....	100
3. A nivel dogmático .....	101
3.1. De los argumentos dogmáticos que impiden responsabilizar penalmente a las personas jurídicas y de los argumentos dogmáticos que permiten responsabilizar penalmente a las personas jurídicas .....	102
3.1.1. Incapacidad y capacidad de acción penal de las personas jurídicas .....	103
3.1.2. Incapacidad y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas	116
3.1.3. Incapacidad y capacidad de pena de las personas jurídicas .....	125

3.2. Toma de postura .....	132
----------------------------	-----

**CAPÍTULO III**

**Cuestiones de índole político-criminal sobre  
el *societas delinquere non potest***

1. Introducción .....	143
2. Exigencia político-criminal N° 01: Elevados, irreversibles e irreparables perjuicios que ocasiona la delincuencia económica .....	147
2.1. Planteamiento .....	147
2.2. Replanteamiento .....	148
3. Exigencia político-criminal N° 02: Dificultades probatorias en materia de criminalidad empresarial.....	150
3.1. Planteamiento .....	150
3.2. Replanteamiento .....	151
4. Exigencia político-criminal N° 03: Carencia de instrumentos del Derecho penal para prevenir y reprimir la comisión de delitos empresariales ..	159
4.1. Planteamiento .....	159
4.2. Replanteamiento .....	160
5. Exigencia político-criminal N° 04: Actitud criminal colectiva.....	161
5.1. Planteamiento .....	161
5.2. Replanteamiento .....	162
6. Exigencia político-criminal N° 05: Escaso efecto preventivo del Derecho penal para los delincuentes de “cuello blanco” .....	164
6.1. Planteamiento .....	164
6.2. Replanteamiento .....	165
7. Toma de postura .....	169

**CAPÍTULO IV**  
**Consecuencias jurídicas del delito aplicables**  
**a las personas jurídicas:**  
**Las Consecuencias Accesorias**

1. Introducción .....	171
2. De las consecuencias accesorias .....	174
2.1. Panorama legal .....	174
2.2. Implícitamente: decomiso de ganancias .....	177
2.3. A modo de resumen .....	179
2.4. Destino de los bienes decomisados .....	179
2.5. Naturaleza jurídica .....	180
3. De las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas .....	186
3.1. Privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas .....	186
3.1.1. Panorama Legal .....	186
3.1.2. Naturaleza jurídica .....	186
3.1.3. Privación de beneficios y tercero civil responsable .....	188
3.2. De las medidas aplicables a las personas jurídicas .....	190
3.2.1. Panorama legal .....	190
3.2.2. Naturaleza jurídica .....	191
3.2.3. Presupuestos para su aplicación .....	197
a. Que sea en mérito a un hecho punible .....	197
b. Que el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de la persona jurídica o se haya utilizado su organización para favorecerlo o encubrirlo .....	200
b.1 El hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de la persona jurídica .....	200

b.2. El hecho punible fuere cometido utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo .....	202
3.2.4. ¿Aplicación obligatoria o facultativa? ..	204
3.2.5. Quienes pueden vincular a la persona jurídica .....	207
3.2.6. Intervención de la autoridad competente para resguardar los derechos de los trabajadores .....	208
3.2.7. ¿Consecuencias accesorias o medida cautelar? .....	211
3.3. Las medidas aplicables a las personas jurídicas .....	212
3.3.1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años .....	212
3.3.2. Disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité .....	212
3.3.3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años .....	213
3.3.4. Prohibición de 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 definitiva. La prohibición temporal no será mayor de cinco años .....	213
4. Toma de postura .....	214
4.1. Replanteamiento del problema .....	214
4.2. Propuesta N° 01 .....	216

4.3. Propuesta N° 02 .....	218
4.4. Propuesta N° 03 .....	219
4.5. Propuesta N° 04 .....	220
Conclusiones .....	225
Bibliografía .....	233



## Índice de abreviaturas

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AP	Actualidad Penal
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
AAVV.	Autores Varios
Const.	Constitución
CC.	Código Civil
<i>Cfr.</i>	Conforme
C de C.	Código de Comercio
C. de P.C.	Código de Procedimientos Civiles
C. de P.P	Código de Procedimientos Penales
CP.	Código Penal
CPP.	Código Procesal Penal
C.Proc.C.	Código Procesal Civil
CPC.	Cuadernos de Política Criminal
CT.	Código Tributario
D.Leg.	Decreto Legislativo
D.Ley	Decreto Ley
D.S.	Decreto Supremo
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
Doc.P.	Doctrina Penal
DP	Derecho Penal

<i>infra.</i>	Con más detalle o sobre el tema ver después
Lit.	Literal
LGS.	Ley General de Sociedades
LOMP.	Ley Orgánica del Ministerio Público
LOPJ.	Ley Orgánica del Poder Judicial
Num.	Numeral
NPP.	Nuevo Pensamiento Penal
p.ej.	Por ejemplo
PG	Parte General
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
pp.	Número de página
PSJCR	Pacto Sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales.
ss.	Siguientes
<i>supra.</i>	Con más detalle o sobre el tema ver antes
t.	Tomo
TP.	Título preliminar
<i>v.gr.</i>	Verbi gracia
<i>Vid.</i>	Ver

Me resulta sumamente grato y satisfactorio, como docente universitario, colega del mismo Estudio de Abogados y amigo del autor, tener la oportunidad de presentar a la comunidad jurídica nacional el primer libro del Prof. *Iván Meini Méndez*, que se sustenta en lo esencial en la tesis que presentó para obtener el título de abogado y que mereció la máxima calificación que brinda la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El título de la obra es sumamente sugerente y trasunta el profundo debate que existe hoy en día en el derecho penal. De hecho, el Derecho Penal Económico viene adquiriendo una posición singular en el Derecho penal y, bajo su amplio y frondoso objeto de estudio, se debate ampliamente la problemática de "*La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*", que constituye precisamente el título de la presente obra, radicada en lo fundamental en la empresa como fenómeno jurídico y de imputación penal.

Los estudios nacionales de Derecho penal progresivamente han venido ocupándose de los delitos socio económicos y, en buena medida, han tratado el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, nin-

gún autor peruano se había ocupado hasta ahora del tema en una monografía de largo aliento como la que ahora presentamos. El joven Prof. Iván Meini enfoca este arduo tema tanto desde una perspectiva dogmática cuanto desde un necesario ángulo político criminal; además, y ello es de destacar, estudia pormenorizadamente el Capítulo II del Título VI del Libro I del Código Penal dedicado a las denominadas “*Consecuencias Accesorias*”, lo que le ha permitido proponer, como aporte de su investigación, un conjunto integral de propuestas cuyo objetivo es mejorar sustancialmente su tratamiento legal y su fuerza preventiva.

Es de destacar, a modo de introducción al pensamiento del autor, que él se afilia categóricamente al principio del *societas delinquere non potest*, de suerte que a través de sus páginas va defendiendo con convicción su posición, polemizando con todos aquellos —y son muchos— que de una u otra forma afirman lo contrario. Sobre esa base, luego de adscribirse a un Derecho penal de mínima intervención y de asumir los límites al *ius puniendi* propio de un Estado Social y Democrático de Derecho, enfatiza que en tanto las personas jurídicas no pueden ser motivadas por las normas, lo que es exclusivo de las personas físicas o naturales, no cabe que sean sancionadas penalmente; las personas jurídicas no tienen capacidad de acción y, por ende, tampoco capacidad de culpabilidad ni capacidad de pena. Desde esta perspectiva, asumiendo una línea de pensamiento consecuente con su planteamiento de mantener la unidad del derecho sancionador, critica que el Derecho administrativo imponga sanciones a las personas jurídicas.

Resulta sumamente interesante el enfoque que se da a las consecuencias accesorias, a las que niega su carácter de pena o de medida de seguridad. Estas consecuencias tienden a neutralizar la peligrosidad objetiva de las personas

jurídicas y tienen como presupuesto la constatación de la comisión de un hecho antijurídico. Esta respuesta legislativa a la criminalidad empresarial expresa, a final de cuentas, la decisión político criminal del legislador de afrontarla, en tanto sus miembros se valen de las personas jurídicas para favorecer o encubrir la comisión de un delito, es decir, las utilizan como instrumento de sus designios criminales.

Es de resaltar el estudio dogmático de las consecuencias accesorias en el Código Penal vigente. A través de la lectura del libro, se esclarecen numerosas referencias oscuras que tiene la ley –sin precedentes en nuestro Derecho– y se brinda una interpretación coherente y seria de los 4 artículos que componen el Capítulo II. Es un aporte relevante que nos permite ir conociendo cada vez más el Código de 1991, tan poco estudiado pero groseramente modificado y desnaturalizado en tan poco tiempo.

El libro de Iván Meini tiene muchos méritos. Sólo me he permitido apuntar algunos, los que considero más relevantes. Corresponde a la dogmática penal nacional apreciar sus aportes e iniciar un necesario intercambio científico, de cara a las necesidades político criminales vinculadas a la delincuencia socio económica y al más adecuado conocimiento de las instituciones penales diseñadas por el Código Penal, a fin de que nuestra disciplina pueda cumplir su misión de protección de la sociedad interviniendo ante los ataques más graves que se produzcan contra los bienes jurídicos más importantes.

El trabajo académico de Iván Meini ha sido muy arduo y sacrificado. ¡Nos consta a quienes lo conocemos!. Ha invertido muchísimo en la recolección del material bibliográfico y en su procesamiento, esfuerzo que es más meritorio cuanto que tuvo que hacerlo sin descuidar su trabajo en el foro, como aplicado y eficiente asistente, y luego abogado, del

Estudio Benites, Mercado & Ugaz. Por ello es que el suscri-  
to y el colectivo de abogados del Estudio nos sentimos espe-  
cialmente felices con el producto de este sacrificio, que a to-  
das luces recompensa lo vivido y sufrido por Iván Meini.

CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Lima, noviembre de 1998.

Analizar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y apostar o no por su vigencia cobra importancia en tanto aceptemos que la participación en un mercado de intercambio de bienes y servicios que se rige bajo las reglas de la oferta y la demanda, a través de un ente colectivo, representa, al mismo tiempo que un vehículo eficaz y efectivo para afrontar con éxito dicho mercado, una gran puerta abierta para la criminalidad empresarial.

Todo Ordenamiento Jurídico que comparta este diagnóstico –y el peruano es uno de ellos– se encuentra en la imperiosa necesidad de hacerle frente, y lo cierto es que lo hará en tanto y en cuanto goce de los recursos técnicos, humanos y económicos y, además, le resulte beneficioso. En el marco de una investigación propia de Derecho penal la discusión bien puede centrarse en los siguientes términos: *si se puede, merece y es necesario responsabilizar penalmente a una persona jurídica*, lo que me obliga a recurrir con relativa frecuencia a lo largo de mi trabajo a conceptos e ideas de corte dogmático y político-criminales. Sin embargo, para hacerlo es menester tener en claro determinados presupuestos que si bien pueden resultar elementales en Derecho penal son fundamentales de cara a la importancia que

cobra la concepción del Estado en la aplicación del *ius puniendi*. En tal medida, conceptos tan elementales como Derecho penal, Derecho penal económico y delincuencia empresarial, fijar cuáles son los límites que encuentra el ejercicio de la actividad sancionadora del Estado y ubicar mi tema de investigación en el universo del Derecho penal de la empresa, son pasos que no puedo omitir si pretendo ser riguroso y coherente en mi investigación.

Del mismo modo, las reacciones contra las personas jurídicas que a título de consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas prevé nuestro Código sustantivo tienen que ser sometidas a cuestionamiento, de suerte que pueda determinar si efectivamente cumplen su cometido de neutralizar –o cuando menos disminuir– las condiciones que permiten o favorecen la comisión y el encubrimiento de un delito acaecido en la actuación de una persona natural para una persona jurídica.

Así, el estudio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, según lo dicho, exige que divida metodológicamente la investigación en cuatro capítulos.

El primer capítulo titulado “*Derecho penal y persona jurídica*” tiene una doble función. En primer lugar, la forma como se concibe al Derecho penal, como se aplican sus principios y como se interpretan sus preceptos legales condicionan de antemano el resultado de toda investigación que sobre Derecho penal se emprenda, por lo que introducimos al lector en los conceptos que postulo, esto es, en los conceptos de un Derecho penal de mínima intervención, garantista y que sea, a fin de cuentas, límite infranqueable para la actividad sancionadora del Estado. En este apartado, el modelo de Estado que impone la Constitución –a saber, Estado Democrático de Derecho– ocupa un lugar privilegiado en tanto que me permite sustentar la forma como concibo al Derecho

penal y a su aplicación. En segundo lugar, considero de suma importancia ubicar el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas dentro del universo que representa el Derecho penal de la empresa, lo cual implica pasar revista a las relaciones que existen entre el Derecho penal, el Derecho penal económico y el Derecho penal de la empresa, así como a los rasgos y características más importantes de cada uno de ellos. En suma, el primer capítulo me ayuda a sentar las bases del razonamiento científico que construyo a lo largo de los restantes capítulos y facilita mi toma de postura en cada uno de ellos.

El contenido del segundo capítulo "*Cuestiones de índole legal y dogmática sobre el *societas delinquere non potest**" me permite afirmar que nuestro Sistema Jurídico Penal ha optado por dicho adagio –hoy por hoy no es posible, legalmente, responsabilizar penalmente a una persona jurídica- y me permite, asimismo, detectar los puntos neurálgicos en virtud de los cuales las teorías que han venido postulando el *societas delinquere non potest* consideran inderogable dicha cláusula. Como quiera que lo que se pretende es tener conocimiento sobre las posibilidades que permiten responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, habremos de estudiar los obstáculos dogmáticos que encuentra en su camino la vigencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pasando revista, en consecuencia, por las nuevas corrientes dogmáticas que postulan dicha responsabilidad. En este momento se debe apreciar la íntima relación entre mi toma de postura y el contenido del primer capítulo. En el tercer capítulo "*Cuestiones de índole político-criminal sobre el *societas delinquere non potest**" preciso y analizo las necesidades político-criminales que según la doctrina demandan la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el catálogo de reacciones penales de los Códigos Penales, formulando nuestras observaciones al respecto.

El lector bien puede pensar –y tal vez con justa razón– que hubiera sido metodológicamente correcto trabajar antes que las cuestiones dogmáticas las político-criminales, de suerte que si efectivamente determinara que político-criminalmente resulta innecesaria la derogación del *societas delinquere non potest* devendría en ocioso analizar los inconvenientes dogmáticos de su derogación. Empero, considero que el orden elegido me permite ofrecer al lector mi punto de vista sobre los tan mentados inconvenientes de orden dogmático que impiden la derogación del *societas delinquere non potest* y posibilita dejar a la política-criminal –cuya actuación no debe desbordar los canales constitucionales por los que discurre– quien decida sobre la necesidad y merecimiento de la derogación del *societas delinquere non potest*. En efecto, si bien la dogmática se constituye en una garantía para todo Sistema Jurídico –como ha dejado sentado GIMBERNAT –, debe ceder ante las necesidades político-criminales que sean necesarias para la convivencia pacífica de los ciudadanos en un determinado contexto socio-económico, pero, a su vez, las exigencias político-criminales deben ser coherentes con el íntegro del Sistema Jurídico, de suerte que su satisfacción no represente una vulneración a principios, derechos o garantías que forman parte de aquel Sistema. En suma, la Constitución, como núcleo en función al cual se organizan los derechos y garantías, representa el marco dentro del cual la política-criminal puede y debe influir a la dogmática penal.

El capítulo cuarto. “*Las consecuencias jurídicas del delito aplicables a las personas jurídicas: las consecuencias accesorias*” tiene como objetivo mostrar el tratamiento legal que la ley vigente ofrece para las personas jurídicas y que tan insuficiente resulta en la práctica. En tal medida, postulo una serie de modificaciones legislativas que en mi concepto resultan imprescindibles si se quiere combatir con éxito la de-

lincuencia empresarial. Sea esta la razón por la que el último de los capítulos me representa mayores satisfacciones.

El sistema de citas/notas a pie de página utilizado no es el clásico, esto es, no se recurre a los conocidos *ob.cit.*, *idib.*, *loc.cit.* etc, ni responde a las formalidades propias del sistema de autor/fecha. Si bien el sistema de citas/notas a pie de página utilizado puede resultar novedoso en nuestro medio lo prefiero por la única razón de su fácil manejo y comprensión. En efecto, en las citas/notas a pie de páginas aparece siempre y en primer lugar los apellidos y el nombre del autor, el primero en mayúsculas y el segundo en minúsculas, luego el nombre de la obra en *cursivas*, el número de edición a partir de la segunda, editorial, ciudad, año de publicación y la o las páginas citadas cuando es un libro; o el nombre del artículo entre “comillas”, el nombre de la revista en *cursivas*; el número de colección, ciudad, año y la o las páginas consultadas cuando de un artículo se trata. Cuando hay necesidad de volver a citar la misma obra o artículo se consignan los apellidos y el nombre del autor, las primeras palabras del nombre de la obra o del artículo -las que sean suficientes para identificar la obra- seguidas de puntos suspensivos, la palabra *cit.* que indica que la obra o artículo ha sido citado anteriormente en el mismo capítulo y la o las páginas consultadas. Al iniciarse cada capítulo las obras se citan completas.

Mis objetivos serían utópicos si esperara que se compartan todas y cada una de las afirmaciones que en el presente trabajo se vierten, por eso, me sentiré satisfecho si se considera que partiendo de los presupuestos que parto se llega a las conclusiones a las que arribo en base a una rigurosa línea de razonamiento lógico y jurídico-penal.

Lima, marzo de 1999



## Capítulo I

# Derecho penal económico y persona jurídica

### 1. Introducción

La razón de un primer capítulo como el presente en el que se tratan temas generales tiene, como principal objetivo, el introducir nuestra investigación y ubicarla en un determinado universo jurídico, en este caso, en el universo del Derecho penal, del Derecho penal económico y del Derecho penal de la empresa.

Los conceptos e ideas que en este capítulo se desarrollan constituyen no sólo los pilares sobre los cuales construiremos nuestro razonamiento jurídico, sino que se constituyen también en los instrumentos que utilizaremos para responder una interrogante que no puede dejar de ser tomada en cuenta cuando se hace Derecho penal: si más allá de *poder sancionarse merece* y es *necesario* sancionarse<sup>1</sup>. Así, a lo largo de toda nuestra investigación los principios, conceptos, derechos y garantías que se analizarán en el presente

---

<sup>1</sup> Sobre el merecimiento y necesidad de pena *Vid.*: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. «La relación de merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito». En: *Causas de Atipicidad y de Justificación en Derecho Penal*. Luzón Peña y Mir Puig (coord). Aranzadi, Pamplona. 1995.

capítulo serán respetados y tomados en cuenta cuando se tome postura sobre la *responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

Teniendo siempre en mente que las interrogantes que al Derecho penal le importan son (i) si más allá de poder sancionar se necesita y merece sancionar; y, (ii) si determinado suceso constituye delito o no, y si lo es, qué pena merece, la inclusión de este primer capítulo nos permite sentar las bases del sistema que postulamos a lo largo de los restantes capítulos, lo que a su vez nos sirve de base para tomar postura en cada uno de los mismos y ubicar nuestro tema de investigación en un campo determinado.

## **2. Derecho penal, Derecho penal económico y Derecho penal de la empresa**

### **2.1. Derecho penal. Definición, contenido y principios**

#### **2.1.1. Concepto**

El Derecho penal es la rama del Derecho u Ordenamiento Jurídico que da nombre al conjunto de normas jurídico-positivas reguladoras del poder punitivo del Estado, que definen como delitos y estados peligrosos determinados presupuestos a los que asignan ciertas consecuencias jurídicas denominadas penas o medidas de seguridad<sup>2</sup>. Esta definición, aún cuando no sea integral<sup>3</sup>, sirve para dejar en

---

<sup>2</sup> Por todos; ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2<sup>o</sup> ed. Por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas, Madrid. 1997. pp 41 y COBO DEL ROSAL, Manuel y T.S. VIVES ANTÓN. *Derecho Penal. Parte General*. 3<sup>o</sup> ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1993, pp. 32. (en adelante: COBO/VIVES).

<sup>3</sup> En efecto, por un lado deja al margen las tareas y funciones materia-

claro que el Derecho penal es un mecanismo de coacción que utiliza el Estado para ejercer de manera organizada e institucionalizada una violencia o coacción<sup>4</sup> al conminar con una sanción la realización de ciertas conductas que en un determinado contexto social, político, económico y geográfico son vistas como indeseables por atentar contra intereses que se consideran necesarios para su equilibrio y desarrollo.

Lógicamente, las sanciones penales han de ser aplicadas por el Estado con las garantías del Derecho penal, del Derecho procesal penal y del Derecho de ejecución penal, lo cual constituye una consecuencia de aquella formalización de la violencia que le da al Derecho Penal el calificativo de «predecible». En esta línea de pensamiento se puede diferenciar el Derecho penal objetivo y el Derecho penal subjetivo o *ius puniendi*, entendiendo por el primero el conjunto de normas jurídicas que prevén delitos y les asignan, a título de consecuencias, penas y medidas de seguridad; y, por el segundo, aquella prerrogativa perteneciente al Estado

---

les que le incumben al Derecho penal (fines del Derecho Penal) y, por otro, olvida la formalidad de que las penas y medidas de seguridad que prevén sus normas tienen que ser impuestas por la Autoridad Judicial competente y en el curso de un proceso penal. *Cfr.*: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Editorial Universitas S.A., Madrid. 1996, p. 48.

<sup>4</sup> La violencia está presente en los casos que el Derecho Penal sanciona y en la forma de hacerlo. La organización, formalización e institucionalización que de la violencia hace el Estado apunta a librar al Derecho Penal de la espontaneidad propia de otros medios de control social y a darle, en consecuencia, un matiz de predecibilidad. Al respecto: MUÑOZ CONDE, Francisco. «Derecho penal y control social (sobre la función motivadora de la norma jurídica penal)». En: *Derecho Penal y Control Social*. Fundación Universitaria de Jerez, Jerez de la Frontera. 1985, pp. 33 y ss. y MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia. 1993, pp. 26 y 27. (En adelante MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN).

que emana del Derecho penal objetivo, esto es, más que el derecho de punir, el poder del Estado para punir<sup>5</sup>.

### 2.1.2. Fines del Derecho penal y Constitución

Los fines y medios del Derecho penal subjetivo o *ius puniendi*, en cuanto poder del Estado, tienen que estar correctamente definidos y delimitados. La Constitución, en tanto norma jurídica que se constituye en eje central sobre la cual descansa el Sistema Jurídico, cumple una función gravitante en aquella definición y delimitación al concebir a un *ius puniendi* matizado por determinados principios y garantías que muestran el camino a seguir en su aplicación y argumentación.

«(...) La Constitución contiene principios generales que vinculan al legislador y a los tribunales en la conformación de todo el ordenamiento y lógicamente, también, el ordenamiento penal. Es más, son estos principios generales los que permiten captar adecuada y coherentemente el sentido de los preceptos concretos»<sup>6</sup>. En esta línea «los principios rectores del sistema penal no deben considerarse hoy como menos meros (sic) límites del *ius puniendi*, sino como principios constitucionales del derecho de castigar, o dicho

---

<sup>5</sup> Cfr.: HURTADO POZO, José. *Droit Pénal. Partie Générale I. Notions fondamentales el Loi pénale*. Editions Universitaires Fribourg Suisse. Imprimerie Sain-Paul, Fribourg. 1991, p. 5. La diferenciación entre Derecho penal objetivo y Derecho penal subjetivo es ya clásica y aceptada de manera unánime por la doctrina. Por todos. JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. 4 ed. Losada, Buenos Aires. 1977. pp. 71 y ss.

<sup>6</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Luis ARROYO ZAPATEIRO, Nicolás GARCÍA RIVAS, Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ y José Ramón SERRANO PIEDECASAS. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Praxis, Barcelona. 1996, p. 34. (en adelante; BERDUGO/ARROYO/GARCÍA/FERRÉ/SERRANO)

de otro modo, el Derecho penal no puede seguir siendo considerado sino como *Derecho penal constitucional*.<sup>7</sup>

Los principios que forman parte del Derecho penal constitucional son aquellos que la Carta Magna consagra y tienen relevancia para el Derecho penal, ya sea mediante prohibiciones, mandatos y regulaciones (garantías de la actividad jurisdiccional: art. 190 Const.; duración de la detención: art. 2.24.f) Const.; principio de legalidad: art. 2.24.d) Const.) o mediante la consagración de derechos fundamentales que se constituyen en principios rectores para la aplicación de *ius puniendi*<sup>8</sup> (art. 2 Const.) A este respecto cabe recordar que la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece que «*las normas relativas a derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú*», razón por la cual las normas que dichos Tratados Internacionales contienen y que guarden relación con el objeto del Derecho penal vienen a engrosar las filas del Derecho Penal Constitucional Peruano.

Entendemos que los principios propios del Estado de Derecho son también parte de nuestro Derecho Penal Constitucional. De esta manera, por decir lo menos, la creación,

---

<sup>7</sup> BERDUGO/ARROYO/GARCÍA/FERRÉ/SERRANO. *Manual ...* Cit., pp. 33. Reconociendo la importancia de la Constitución en su relación con los límites del *ius puniendi*, COBO/VIVES. *Derecho Penal ...* Cit., p. 43: «(...) las Constituciones (...) implícita o explícitamente, contemplan los límites del poder punitivo y los principios fundamentales informadores del Derecho penal».

<sup>8</sup> Considerando que los derechos fundamentales constituyen límites al *ius puniendi*: BERDUGO/ARROYO/GARCÍA/FERRÉ/SERRANO. *Manual ...* Cit., p. 35.

aplicación y ejecución del Derecho penal en el Perú tiene que ser acorde con el referido modelo de Estado de Derecho; así, el respeto y protección a los ciudadanos (agraviados y delincuentes) tiene que darse en su verdadera dimensión en cuanto fin de la sociedad y el Estado; las garantías propias de la cláusula del debido proceso<sup>9</sup> han de respetarse no sólo en la fase judicial sino, en tanto su naturaleza lo permita, en toda investigación y aún en sede extra-penal como la policial, y el respeto irrestricto a la dignidad del ser humano en la etapa de ejecución penal tiene que ser una constante.

El poder de penar puede fundamentarse en distintas concepciones políticas de Estado, de suerte que la concepción por la que se opte determinará las características y los rasgos del mencionado poder para penar. En tanto que nuestra Constitución precisa que el Perú es un Estado Democrático de Derecho y su forma de organización responde al de una República democrática, social, soberana e independiente, es el contenido de estas cláusulas lo que fundamenta y limita el ejercicio del *ius puniendi*. Cada uno de estos elementos que componen el modelo de Estado sirve de base a los distintos límites que encuentra el *ius puniendi*<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> **Artículo 139.3 Const.:** «*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: la observancia del debido proceso. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.*».

<sup>10</sup> Planteamiento esbozado por MIR PUIG. *Vid.:* MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 4º ed. PPU, Barcelona. 1996, pp. 74. Asumimos en su totalidad el planteamiento de MIR PUIG sobre la concepción del Estado y lo que significa de cara a fundamentar y limitar el *ius puniendi*. Del mismo modo, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso ... Cit.*, pp. 78-80.

### a. República Democrática

El que el Perú sea una *República democrática* pone el Derecho penal al servicio del ciudadano, por lo que el elemento «democrática» aparece como base de los límites al *ius puniendi* que se refieren al respeto de la dignidad humana, igualdad e identidad<sup>11</sup>, sirviendo de base a los principios de **humanidad de las penas**, de **culpabilidad** y de **proporcionalidad**.

El *principio de humanidad de las penas* establece que las penas y las medidas de seguridad han de aplicarse sin perder de vista que recaen sobre seres humanos y, en tal medida, tienen que ser tan leves, cuantitativa y cualitativamente, como su naturaleza, cumplimiento de sus fines y alcance de sus objetivos lo permita.

Ampliando este concepto, sostiene JESCHECK que «este principio (el de Humanidad) impone que todas las relaciones humanas que el Derecho Penal hace surgir en el más amplio sentido se regulan sobre la base de una vinculación recíproca, de una responsabilidad social hacia el delincuente, de una libre disposición a la ayuda y asistencia sociales y de una decidida voluntad de **recuperación del condenado**»<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr.: MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal ...* Cit., p. 74.

<sup>12</sup> JESCHECK, Hains Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General I*. Traducción y adiciones de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Bosch, Barcelona. 1981. pp. 35. (resaltado por el autor). Este autor considera que el principio de Humanidad, al igual que el principio de culpabilidad y el de Estado de Derecho –formal y material– constituyen principios de política criminal en tanto que se ocupan de configurar el Derecho Penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir su tarea de protección de la Sociedad (sobre el tema: *Tratado ...* Cit., pp. 29). No le falta razón, es más, su postura la encontramos compatible con la nuestra ya que el modelo de Estado de Derecho, de cara al Derecho Penal, no es sino una opción Político Criminal.

Como se puede inferir, la abolición de la pena de muerte ha de ser la principal consecuencia práctica de este postulado, empero, el Gobierno de turno parece hacer caso omiso a tal exigencia y en una muestra de inútil prevención general, contradiciendo toda lógica jurídica garantista y humanitaria, y haciendo gala de ignorancia sobre las estadísticas que demuestran su inutilidad ha ampliado los supuestos para su aplicación. Así también, este principio se manifiesta en la exigencia de resocialización del delincuente, de ahí que nuestra Constitución establezca en su art. 139, num. 22 como principio de la función jurisdiccional que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad<sup>13</sup>, orientación que hay que relacionarla con el art. IX del TP. del CP. que refiere que una de las funciones de la pena es la resocialización y con el art. 10.I del PIDCP cuando señala que el recluso *«debe ser tratado humanamente y con el respeto que le corresponde por su dignidad como persona»*<sup>14</sup>.

El *principio de culpabilidad*, visto históricamente, encuentra sentido en la lucha contra el Derecho penal del Antiguo Régimen, en donde se respondía por delitos cometidos por parientes, en los generados por hechos casuales o fortuitos o en aquellos en que se participaba de manera estricta

---

<sup>13</sup> Aunque en realidad el que el régimen penitenciario tenga por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad no puede ser considerada una garantía de la función jurisdiccional ya que éstas son inherentes y exclusivas del Poder Judicial. En realidad, el tratamiento del interno le compete al Instituto Nacional Penitenciario (INPE) que depende del Ministerio de Justicia, esto es, del Poder Ejecutivo, por lo que en el fondo la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad es una garantía y un derecho del interno que se ha de poner de manifiesto frente al Poder Ejecutivo.

<sup>14</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles de 1966 fue aprobado por el Perú mediante D. Ley 22128 y ratificado por la 16ª Disposición Transitoria de la Constitución de 1979, por lo que forma parte de «nuestro» Derecho Penal Constitucional.

tamente casual<sup>15</sup>. Hoy por hoy, se exige que el delito se cometa o bien dolosa o bien culposamente, siendo del caso que el actuar por fuerza mayor, en supuestos de caso fortuito o en mérito a cualquier otra conducta que no responda a dolo o culpa del autor deviene en irrelevante para el Derecho penal. La responsabilidad objetiva (*versari in re illicita*) queda excluida de nuestro Ordenamiento Jurídico Penal al prescribir el art. VII del TP. del C.P. que «*la pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva*»<sup>16</sup> y el art. 11 del CP. que «*son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley*».

La culpabilidad, en realidad, tiene dos acepciones. La primera –a la que acá se hace mención– está referida a que el Derecho penal sólo puede reprimir conductas que hayan sido realizadas voluntariamente por su autor, esto es, que sean dolosas o culposas con lo cual la responsabilidad penal pasa a ser exclusivamente subjetiva, descartándose toda posibilidad de imponer una sanción por responsabilidad objetiva. La segunda, se refiere al juicio de imputación personal que según la Teoría del Delito hay que constatar luego de la antijuridicidad para imputar un hecho antijurídico a su autor. De ahí que se prefiera reservar el término culpabilidad para referirse al principio de culpabilidad como exclusión de responsabilidad objetiva y utilizar el término imputación personal para referirse al elemento de la Teoría del delito, con lo cual se deja en claro que sobre lo que versa el segundo estamento de la Teoría del delito es de atri-

---

<sup>15</sup> Cfr.: BERDUGO/ARROYO/GARCÍA/FERRÉ/SERRANO. *Manual ...* Cit., p. 54.

<sup>16</sup> El término *responsabilidad* aparece aquí como sinónimo de *culpabilidad*, y el término *autor* es utilizado en sentido amplio ya que no puede dejar de abarcar a los partícipes.

buir (imputar) el hecho antijurídico a su autor en función a la concurrencia de determinadas condiciones en él (imputabilidad, exigibilidad de otra conducta y posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta) y no es una culpabilidad que recuerda siempre reprobaciones de índole ética y moral<sup>17</sup>.

El *principio de proporcionalidad*, regulado en el art. VIII del TP. del CP. cuando establece que «*la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes*», es un complemento del principio de culpabilidad en la medida en que una vez resuelto positivamente el juicio de imputación del hecho antijurídico a su autor, y siempre y cuando no concurra una causa de exclusión de pena, resta graduar la pena que se impondrá al autor o partícipe por la realización del hecho antijurídico, graduación que se lleva a cabo en función del principio de proporcionalidad. Lógicamente, cuanto mayor sea la *nocividad social* generada –que se mide en función al bien jurídico protegido– a consecuencia del conflicto de intereses que representa toda comisión de un delito, más grave tendrá que ser la pena.

El principio de proporcionalidad así concebido se mani-

---

<sup>17</sup> En el mismo sentido, MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal ...Cit.*, pp. 530 y 531. GÓMEZ BENITES, por su parte, equipara la culpabilidad a un juicio de imputación subjetiva *Vid.* GÓMEZ BENITES Jose Manuel. *Derecho Penal. Parte General: Teoría Jurídica del Delito*. Civitas, Madrid. 1993, pp. 441 y ss. En nuestro concepto equiparar la culpabilidad como elemento de la Teoría del delito a un juicio de imputación subjetiva, generaría confusiones, toda vez que la imputación subjetiva se lleva a cabo cuando se constata la existencia del dolo o culpa en sede de tipicidad positiva. Sobre el tema *vid.*: SILVA SÁNCHEZ, José María, Francisco BALDÓ LAVILLA y Mirentxu COREY BIDOSOLO. *Casos de jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte General*. Bosch, Barcelona. 1996, pp. 117 y ss.

fiesta, en primer lugar, en el proceso de criminalización primaria, momento en que el legislador crea las leyes penales conminando con una pena la comisión de delitos. En esta etapa, la *nocividad social* que servirá para graduar la pena abstracta está conformada, básicamente, por la importancia del bien jurídico que se vulnera o se pone en peligro y por si el autor actuó dolosa o negligentemente. En segundo lugar, el principio de proporcionalidad se manifiesta también en el proceso de criminalización secundaria, momento en el que el Juez, al amparo de los criterios que contienen los arts. 45 CP. y 46 CP., gradúa y determina, de entre los márgenes previstos por la ley, la pena concreta que habrá de imponer al delincuente.

En el campo del Derecho penal económico, en donde se busca proteger bienes jurídicos colectivos, el principio de proporcionalidad exige que las sanciones no sean de menor entidad que aquellas previstas para los delitos que agotan su lesividad en un concreto patrimonio individual<sup>18</sup>, por lo que es exigible una relación entre el bien jurídico protegido y la sanción a imponerse.

#### b) *República Social*

Siguiendo con la concepción de Estado y su relación con la aplicación del *ius puniendi*, hay que mencionar que el concepto *social* exige que el Derecho penal sea utilizado única y exclusivamente donde sea estrictamente necesaria su participación para proteger la convivencia social<sup>19</sup>. De

---

<sup>18</sup> Cfr.: TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho Penal de la empresa*. Trotta, Madrid. 1995, p. 59. En el mismo sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. «Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica». En: *AP*, 6. 1997, pp. 130.

<sup>19</sup> Sostiene JESCHECK que «la misión del Derecho Penal es proteger la convivencia humana en la comunidad. Nadie puede, a la larga, subsistir abandonado a sus propias fuerzas; toda persona depende, por la naturaleza

esta cláusula (*República social*) se deriva el principio de **subsidiariedad** y el carácter **fragmentario** del Derecho penal, que a su vez conforman la opción político criminal de un Derecho Penal de Mínima Intervención, y el principio de **exclusiva protección de bienes jurídicos**.

El principio de subsidiariedad y el carácter fragmentario del Derecho penal apuntan a su necesidad: «La pena es un mal necesario en un mundo imperfecto como somos los seres humanos». Esta frase, acuñada en la elaboración del Proyecto Alternativo de Código Penal Alemán de 1966, encierra el pensamiento de un amplio sector de penalistas que ha ido cobrando adeptos y que entienden que hay que buscar como mejorar el Derecho Penal antes que buscar algo mejor que el Derecho penal<sup>20</sup>. En efecto, más allá de que todavía se escuchen las voces del movimiento abolicionista (HULSMAN, CRHISTIE), que en la actualidad postulan el reemplazo de la respuesta punitiva por una solución privada del conflicto basada en el resarcimiento del daño a la víctima<sup>21</sup>, la idea de un *Derecho penal de mínima intervención* es doctrina mayoritaria<sup>22</sup>.

---

de sus condiciones existenciales, del intercambio y de la ayuda recíproca que le posibilita su mundo circundante. El Derecho Penal, como orden de paz y protección de las relaciones sociales humanas, tiene en ello importancia fundamental». *Tratado ... Cit.*, pp. 3 y 4.

<sup>20</sup> El Proyecto Alternativo de Código Penal Alemán de 1966 y el Código Penal Alemán de 1975 constituyen fuentes de nuestro Código Penal de 1991, tal como se establece en la Exposición de Motivos de este último.

<sup>21</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximaciones al Derecho Penal Contemporáneo*. Bosch, Barcelona. 1992, pp. 18 y ss. Sobre el tema, en el Perú, pueden revisarse los trabajos de RODRÍGUEZ DELGADO, Julio: *La reparación en los delitos patrimoniales*. Tesis sustentada en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú para optar el título de abogado y «La víctima en el olvido». En: *Ius et Veritas*. Año VII, N° 12, pp. 179 y ss.

<sup>22</sup> En el mismo sentido: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ariel, Barcelona, 1989, pp. 43 y ss.; COBO/VIVES, *Derecho Penal ... Cit.*, pp. 70 y 71; HURTADO POZO, José. *Droit Pénal ... Cit.*,

Como sostiene MIR PUIG, «si el Derecho Penal de un Estado Social se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos»<sup>23</sup>. Así, la necesidad del Derecho Penal presupone su utilidad. Por su parte SILVA SÁNCHEZ, siguiendo a FERRAJOLLI, sostiene que «la propuesta de un derecho penal mínimo, que se define en el triple sentido de la máxima reducción cuantitativa de la intervención penal, de la más amplia extensión de sus vínculos y límites garantistas y de la rígida exclusión de otros métodos de intervención coercitiva», marca (...) el paso a seguir»<sup>24</sup>.

En esta línea de pensamiento, el Derecho penal ha de intervenir ante los ataques más graves que se produzcan contra los bienes jurídicos más importantes, de suerte que las demás ramas del Derecho (en especial el Derecho administrativo sancionador) actuarán previamente, de ser el caso, al Derecho penal. Como se puede intuir, esta es la razón<sup>25</sup>

---

pp. 21-23; JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado ...* Cit., pp. 73 y ss.; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso ...* Cit., quien manifiesta que «el principio de subsidiariedad –también denominado entre nosotros (...) principio de mínima intervención», pp. 82; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal ...* Cit., pp. 82–84. Para este autor los postulados de subsidiariedad y fragmentariedad integran el llamado principio de mínima intervención. pp. 88-90; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal ...* Cit., pp. 66 y ss.; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho Penal. Parte General*. Marcial Pons, Madrid. 1993, pp. 66-68; SÁINZ CANTERO, José Antonio. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Bosch, Madrid. 1993, pp. 36-38; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximaciones ...* Cit., pp. 38 y ss. y VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Cultural Cuzco, Lima, 1991. pp. 50 y 51.

<sup>23</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal ...* Cit., p. 88.

<sup>24</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximaciones ...* Cit., p. 38.

<sup>25</sup> «Razón» ya que el que el Derecho Penal sea de Mínima Intervención no es sino una opción, de entre otras, de concebir y regular la actuación del Derecho Penal por la cual optamos en función a un ajustado equilibrio de principios garantistas y utilitaristas.

por la cual se califica al Derecho penal como «ultima ratio», esto es, subsidiario frente a otros medios de control social menos drásticos, estigmatizantes y represores en su intervención.

En relación a la concepción de un Derecho penal de mínima intervención, precisa VILLAVICENCIO que «el concepto de derechos humanos asume una doble función; negativa, concerniente a los límites de la intervención penal y, positiva, respecto a la definición del objeto, posible pero no necesario de la tutela por medio del Derecho Penal»<sup>26</sup>.

La fragmentariedad y la subsidiariedad del Derecho penal encuentran su razón en lo que MIR PUIG denomina una «economía social coherente con la lógica del Estado social», entendida como la búsqueda del mayor bien social al menor costo social<sup>27</sup>. De esta manera, si otro medio de control social puede solucionar satisfactoriamente el conflicto social que representa la perpetración de un delito de manera menos costosa y lesiva que el Derecho penal, habrá de hacerlo y reservarse al Derecho penal para aquellos casos en que no pueda ser reemplazado por algún otro medio de control social distinto: así, el Derecho penal deviene en *subsidiario* en tanto que su actuación presupone un fallido intento por parte de los demás medios de control social en su

---

<sup>26</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones ...* Cit., p. 50. Nosotros entendemos que los derechos humanos no tienen porque ser el único límite que encuentre el *ius puniendi*, aunque sí es el más importante. VILLAVICENCIO viene trabajando el Derecho penal desde un enfoque de los Derechos Humanos al cual denomina «El Derecho Penal de los Derechos Humanos», en el que los Derechos Humanos constituyen el eje central para justificar, delimitar y excluir la intervención penal. *Vid.*: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Introducción a la Criminología*. Grijley, Lima. 1997. pp. 220 y ss.

<sup>27</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal ...* Cit., p. 89.

afán por solucionar el conflicto de intereses que es el delito y, atendiendo siempre a la economía social, el carácter *fragmentario* del Derecho penal radica en que éste no actúa ante cualquier ataque contra cualquier bien jurídico penal, sino única y exclusivamente contra las modalidades de ataques que revistan mayor peligrosidad y que estén dirigidas contra los bienes jurídicos más importantes: esto es, contra los bienes jurídicos penales.

Como se aprecia, el principio de subsidiariedad y el carácter fragmentario del Derecho penal conforman la opción político-criminal de un Derecho penal de mínima intervención, opción que, sin dejar de reconocer los perjuicios que ocasiona el recurrir al Derecho penal como medio de control social y sin dejar de reconocer al mismo tiempo su necesidad, apuesta por su racional utilización mínima bajo los criterios de subsidiariedad y fragmentariedad.

Por su parte, FERRAJOLI entiende que el Derecho penal mínimo corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de *racionalidad y certeza*, con lo que queda excluida la responsabilidad penal en aquellos casos en que sean inciertos o indeterminados sus presupuestos<sup>28</sup>. En este orden de ideas, existe un profundo nexo entre el garantismo y el racionalismo, ya que un Derecho penal es racional y cierto en la medida en que sus intervenciones son previsibles, y serán previsibles sólo las intervenciones motivadas por argumentos cognositivos<sup>29</sup>.

*El principio de exclusiva protección a los bienes jurídi-*

---

<sup>28</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. 2 ed. Trad.: Andrés Ibañez, Ruiz Miguel, Bayón Mohino, Terradillos Basoco y Cantarero Bandrés. Trotta, Madrid. 1997, p. 104.

<sup>29</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón ... Cit.*, pp. 104 y 105.

cos, prescrito en el art. IV del TP. del CP. cuando establece que «la pena, necesariamente, requiere la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley», está referido a la función material que cumple el Derecho penal: el Estado únicamente podrá recurrir al Derecho penal e imponer una sanción en tanto y en cuanto se lesione o ponga en peligro un bien jurídico penal. La ofensividad o principio de lesividad, tan dejado de lado por la corriente funcionalista sistémica<sup>30</sup>, está llamado a recobrar su verdadera trascendencia en un *Estado social* al dar contenido a la antijuridicidad material.

---

<sup>30</sup> La corriente funcionalista justifica la imposición de la pena en la prevención general positiva, esto es, en la no observancia de una norma: «La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma» JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Marcial Pons, Madrid. 1995, p. 8. «La pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el Derecho Penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma (...)» JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Civitas, Madrid. 1996, p. 11. Nosotros rechazamos que el quebrantamiento de la norma sea el fundamento de la intervención del Derecho Penal, en todo caso, podrá limitarlo. En efecto, en nuestro concepto la principal –y por demás suficiente– razón para argumentar tal rechazo es, en palabras de MUÑOZ CONDE, que «la teoría sistémica conduce a la sustitución del concepto de bien jurídico por el de funcionalidad del sistema social, perdiendo así la Ciencia del Derecho penal el último punto de apoyo que le queda para la crítica del Derecho Penal positivo» MUÑOZ CONDE, Francisco. «La norma jurídica penal». En: *Derecho Penal y Control Social*. Fundación Universitario de Jerez, Jerez de la Frontera. pp. 27 y 28. Un completo estudio sobre el rechazo al planteamiento Jakobsiano puede verse en CARO CORIA, Carlos. «Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs». En: *Themis. Revista de Derecho*. Nº 35. 1997. Ahora bien, no podemos negar que la imposición de la pena tiene lugar, siempre, ante el quebrantamiento de una norma, pero tampoco podemos negar que la norma supone una valoración, representada por la norma de valoración. A su vez, esta norma de valo-

Si el Derecho penal se justifica como medio de control social que tiende a la protección de la sociedad parece lógico que la vulneración de un bien jurídico penal –bienes fundamentales en tanto que representan las posibilidades de participación de individuos en la vida social<sup>31</sup>– sea la única excusa de su intervención. Cabe precisar que en una sociedad pluricultural como la peruana es inadmisibles la utilización del Derecho penal para etiquetar como bienes jurídicos penales y promocionar valores éticos, morales o reli-

---

ración está supeditada a la existencia de un bien jurídico, el que a la postre fundamenta y justifica la imposición de la pena ante su lesión o puesta en peligro (en el mismo sentido: CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal. Conceptos y principios constitucionales*. Tirant lo Blanch, Valencia. 1995, pp. 213-216). En suma, no se puede fundamentar la imposición de la pena en el quebrantamiento de una norma, que si bien se produce siempre que se vulnera o pone en peligro un bien jurídico es precisamente porque el quebrantamiento de la norma presupone la vulneración o puesta en peligro de aquel bien jurídico ya que el precepto penal es la cobertura o vehículo con que cuenta la norma de valoración para exteriorizarse, por lo que el quebrantamiento de la norma no es sino la exteriorización de la vulneración o puesta en peligro del bien jurídico penal que la norma penal busca proteger.

<sup>31</sup> Cfr.: MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal ...* Cit., p. 92; *el mismo*: «Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *Ius puniendi*». En: *Estudios Penales y Criminológicos*, 1991, XVI, pp. 208 y ss. Por la orientación de nuestra investigación no podemos incidir en un análisis complejo sobre el contenido del bien jurídico penal, baste por eso, con recoger las ya clásicas características que formuló M.E. MAYER y que deben concurrir en todo bien jurídico penal: que sea merecedor de protección, que necesite protección y que sea capaz de protección. Por lo demás, nos referimos a la siguientes trabajos: DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio. «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos». En: *ADPCP*, N° 43, I. pp. 5 y ss., GÓMEZ BENITES, José Manuel. «Sobre la teoría del bien jurídico (aproximación al ilícito penal)»: En: *RFDOC*. 1983, 69. pp. 85 y ss., HASSEMER, Winfried y Francisco MUÑOZ CONDE. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Tirant lo Blanc, Valencia. 1989, pp. 103-112 (en adelante HASSEMER/MUÑOZ CONDE); HASSEMER, Winfried. «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico». En: *Doc.P*, 1989, 2. pp. 275 y ss., MAZUELOS COELLO, Julio. «El bien jurídico penal». En: *Control Social y Dogmática Penal*. San Marcos, Lima. 1995. pp. 53 y ss., TERRADILLOS BASOCO, Juan. «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal». En: *RFDOC*. 1981, N° 63, pp. 123 y ss.

giosos «precisamente por representar una opción no susceptible de imposición coactiva en un Estado democrático y social»<sup>32</sup>.

En cuanto a la determinación de qué bienes habrán de ser tutelados por el Derecho penal, la Constitución vuelve a cumplir un rol fundamental.

En tal sentido se manifiesta CARBONELL MATEU cuando sostiene que «no es posible la privación de libertad que supone la tipificación de cualquier conducta si no es en función de la tutela de bienes jurídicos con la suficiente relevancia, y ésta sólo puede venir dada, si es que pretendemos formular un principio limitador del poder normativo del legislador democrático, por una norma con rango superior a la ley: esto es, por la Constitución»<sup>33</sup>.

Así, los bienes jurídicos que han sido dejados de lado por la Constitución habrán de correr —en principio— la misma suerte por parte del Derecho penal, pero eso no significa que éste tenga que proteger cualquier ataque contra cualquier bien que la Carta Magna contempla<sup>34</sup>. La elección de dichos bienes habrá de ser producto, por un lado, de la orientación político criminal que de cara a limitar el ejercicio del *ius puniendi* contiene la Constitución, y, por otro, del modelo de Estado al que nuestra Constitución aspira, de suerte que aquellos bienes jurídicos cuyo reconocimiento y vigencia sean fundamentales para lograr y mantener

---

<sup>32</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan. «La satisfacción ...» Cit., p. 126.

<sup>33</sup> CARBONEL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal ...* Cit., pp. 214 y 215.

<sup>34</sup> En el mismo sentido, MIR PUIG, Santiago. «Bien jurídico y bien jurídico penal ...» Cit., p. 211 y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María Dolores. «Los límites al ius puniendi». En: *ADPCP*, XLVII, p. 97.

aquel modelo de Estado habrán de ser considerados como merecedores, necesitados y capaces de protección por el Derecho penal

*c) República Independiente y Soberana.*

Cuando el art. 43 Const. establece que el Perú es una *República independiente y soberana* se ha de entender, en orden a precisar y fundamentar los principios que limitan el ejercicio del *ius puniendi*, que (i) los jueces peruanos están sujetos única y exclusivamente a la ley peruana formada y promulgada de conformidad con lo establecido en el art. 146.1 Const. y en el art. 107 Const. y ss., y a los Tratados Internacionales de los que el Perú es parte (art. V del TP. del CP. y art. 55 Const.); (ii) que el Estado les garantiza independencia en el ejercicio de su actividad de conformidad con lo prescrito por el art. 146.1 Const.<sup>35</sup>; y, (iii) que en el territorio patrio se aplica la ley penal peruana a todo aquel que comete un delito en el Perú, salvo las excepciones del Derecho Internacional (art. 1 C.P.), pudiendo aplicarse el derecho foráneo cuando el Derecho Internacional así lo permita.

---

<sup>35</sup> **Artículo 146 Const.:** «*La función jurisdiccional es incompatible con cualquiera otra actividad pública o privada, con excepción de la docencia universitaria fuera del horario de trabajo.*»

Los jueces sólo pueden percibir las remuneraciones que les asigna el Presupuesto y las provenientes de la enseñanza o de otras tareas expresamente previstas por la ley.

El Estado garantiza a los magistrados judiciales:

1. Su independencia, Sólo están sometidos a la Constitución y la ley.
2. *La inamovilidad en sus cargos. No pueden ser trasladados sin su consentimiento.*
3. *Su permanencia en el servicio, mientras observen conducta e idoneidad propias de su función.*
4. *Una remuneración que les asegure un nivel de vida digno de su misión y jerarquía».*

d) *El Principio de Legalidad y Estado de Derecho.*

La referencia expresa de que el Perú es un Estado de Derecho la encontramos en el art. 3 Const. cuando se establece que «*La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo (capítulo I: Derechos Fundamentales de la Persona) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del **Estado democrático de derecho** y de la forma republicana de gobierno*». Así, si bien en el título II de nuestra Constitución dedicado al Estado y a la Nación no se menciona que el Perú sea un Estado de Derecho, eso no obsta para que se pueda considerar al Perú como tal y exigir al Gobierno la adecuación de su actividad sancionadora a lo que ello significa, esto es, el sometimiento de los ciudadanos pero sobre todo de las instituciones y dependencias públicas a las leyes, ya que la calificación del Estado como de Derecho no sólo se tiene en el mencionado art. 3 Const, sino que se infiere, por un lado, de la vigencia del principio de legalidad y su protección a nivel constitucional y, por otro, de la forma de Estado que el art. 43 Const. señala, es decir, una república democrática, social, independiente y soberana.

Entendemos que el reconocimiento del principio de legalidad es un rasgo esencial de todo Estado de Derecho, motivo por el cual el conceder al principio de legalidad rango constitucional importa reconocerlo como característica inviolable del modelo de Estado que la Constitución explícitamente postula.

En el mismo sentido, la importancia del principio de legalidad en el Estado de Derecho es rescatada y remarcada por FERRAJOLI cuando sostiene que esta expresión (la de Estado de Derecho) la entiende como «un tipo de ordena-

miento en que el poder público, y específicamente el penal, está rígidamente limitado y vinculado a la ley en el plano sustancial (o de los contenidos penalmente relevante) y bajo el procesal (o de las formas procesalmente vinculantes)»<sup>36</sup>.

El principio de legalidad, que históricamente representa el mayor logro frente al Antiguo Régimen, está consagrado de manera general en el art. 2, num 24, lit a) Const.: «*nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*».

Ahora bien, cuando el art. 2, num. 24, lit d) establece que «*nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley*» no hace sino elevar a rango constitucional la máxima *lex praevia, lex scripta y lex stricta*.

*Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté **previamente calificado en la ley** (lex praevia)*. Se trata de que el ciudadano conozca o pueda conocer cuales son las conductas cuya comisión acarrea la imposición de una sanción y cual es la sanción que le corresponde a cada una de estas conductas, de suerte que el ciudadano pueda adecuar su comportamiento a la valoración socio-jurídica que representa el proceso de tipificación de conductas o criminalización primaria. Asimismo, este derecho fundamental está referido a la irretroactividad de la ley penal, salvo en el caso en que favorezca al reo<sup>37</sup> (art. 102 Const. y art. 6 y 7 CP.).

---

<sup>36</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón ...* Cit., p. 104.

<sup>37</sup> Reza el art. 102 Const. que «*ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo*». Ya hemos manifestado

El fundamento de la retroactividad benigna de la ley penal radica en que la ley penal responde a una valoración socio-jurídica que arroja como indeseable un comportamiento por atentar contra intereses que en un determinado contexto social, económico y político se consideran fundamentales para la sociedad, de manera que cuando dicha valoración socio-jurídica indique que aquel comportamiento ya no es indeseable o es, en todo caso, menos indeseable, el hecho dejará de ser delito o merecerá una pena inferior, respectivamente. En tal medida, no tiene sentido –por no cumplirse los fines de prevención general ni especial que se buscan con la imposición de la pena dentro de la nueva valoración socio-jurídica– mantener como delito y condenar a una persona por perpetrar una conducta que ya no es indeseable (en el caso de la destipificación de un delito) o imponerle una pena que a ojos de la nueva valoración socio-jurídica resulte excesiva (en el caso de reducción de pena).

*Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté (...) calificado en la ley (...) como infracción punible (lex scripta).* El derecho fundamental que garantiza que los delitos y las penas habrán de constar por escrito importa, por un lado, excluir la costumbre como fuente del Derecho penal<sup>38</sup>; y, por otro, exi-

---

que en nuestro concepto el fundamento que explica la retroactividad benigna en el caso de las leyes penales debe ser suficiente para aplicar, también retroactivamente, las demás leyes que constituyan manifestación del *ius puniendi*, como es el caso de las leyes del Derecho administrativo sancionador. Sobre el tema; DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. «Notas acerca de la potestad sancionadora de la Administración Pública». En: *Iust et Veritas*. Año V, N° 10. Edición de Aniversario. pp. 154 y 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*. Año VII, número 13. pp. 204 y 205.

<sup>38</sup> El art. 149 Const. establece que *«las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales de su ámbito territorial de conformidad con*

gir que la norma que prescribe delitos y penas tenga rango de ley y emane de la autoridad competente que detente la función legislativa, que en nuestro caso será normalmente el Congreso mediante una ley y, excepcionalmente, el Ejecutivo mediante Decreto Legislativo en virtud de la delegación expresa que regula el art. 104 Const.

*Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente **calificado en la ley de manera expresa e inequívoca** (lex stricta).* La exigencia de que la ley penal sea lo suficientemente clara y expresa garantiza la no aplicación de la analogía *in mallam parte* en el derecho penal (art. 139, mun. 9 Const. – que amplía acertadamente el campo de inaplicabilidad por analogía de las demás normas que restrinjan derechos– y art. III del TP. del CP.)

---

*el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial».* Como se aprecia, más allá de que hasta ahora no exista una ley que establezca las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial, el reconocimiento por parte del Constituyente de la pluriculturalidad peruana y su especial forma de regularla importan algunos problemas, como el de determinar si el derecho consuetudinario a que hace mención el art. 149 Const. abarca también los delitos y penas de cada una de las culturas que convivimos en el Perú y si los derechos fundamentales de las personas que sirven como límite a esta jurisdicción son los que menciona la Constitución Política de 1993 –en cuyo caso habría una gran contradicción al regularse que las Comunidades Campesinas y Nativas ejerzan las funciones de jurisdicción de acuerdo a sus costumbres y al mismo tiempo imponerle un límite ajeno a ésta– u otros. En nuestro concepto, el derecho consuetudinario a que hace mención el art. 149 Const. abarca los delitos y penas de cada cultura, lo cual tiene que analizarse junto a la teoría del error, en especial, el error de comprensión culturalmente condicionado y el error de prohibición. Sobre el tema puede revisarse HURTADO POZO, José. «Impunidad de personas con patrones culturales distintos». En: *Derecho PUC*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. diciembre-1995, pp. 157 y ss.

A contrario, se permite la analogía *in bonam parte* en tanto que busca excluir o atenuar la responsabilidad penal.

En efecto, como claramente expresa LUZÓN PEÑA «(...) el sentido literal posible de los términos legales marca el límite máximo de toda interpretación y que, debido al necesario respeto al principio de legalidad penal, siempre que se trate de fundamentar o agravar la responsabilidad criminal, está prohibido ir más allá de la interpretación de la ley y no se puede recurrir a la analogía (semejanza con una regulación legal) o a otros procedimientos de creación o integración del Derecho para colmar lagunas legales. Pero dentro del marco, a veces amplio o dudoso, del sentido literal posible desempeñan un papel fundamental para elegir o descartar alguno de los sentidos posibles del texto legal los demás criterios de interpretación y en especial el teleológico y valorativo. Por otra parte, cuando se trata de limitar –excluir o atenuar– la responsabilidad penal, no sólo se puede operar con la interpretación de la ley, sino que está permitido recurrir a la analogía, a principios generales jurídicos y a otras fuentes»<sup>39</sup>.

### 2.1.3. A modo de resumen

Hasta ahora hemos pretendido sentar las bases que cualquier investigación de Derecho penal no puede dejar de considerar, esto es, los principios y criterios a partir de los cuales se puede empezar a discutir si es posible y conveniente imponer una sanción a un sujeto o ente colectivo, el tipo de sanción y los presupuestos que hay que constatar para dicha imposición. Como quiera que la presente inves-

---

<sup>39</sup> LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso ...* Cit., p. 93.

tigación versa sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas nuestra toma de postura al respecto tendrá que ser acorde con los principios y garantías que constituyen la particular forma de ejercer el *ius puniendi* en el modelo de república democrática, social, soberana e independiente en que se encuentra organizado el Perú y en su concepción como un Estado de Derecho.

Como se puede advertir, el poner en el tapete de discusión la posibilidad de sancionar a una persona jurídica importa analizar, desde la óptica de la legitimidad y legalidad de las penas que sobre las empresas pudieran recaer, si es que estas penas se condicen con la regulación constitucional del *ius puniendi*, es decir, si se condicen con el principio de humanidad, de culpabilidad, de proporcionalidad, de subsidiariedad, con la fragmentariedad del Derecho penal, con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y con el principio de legalidad. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la naturaleza de las personas jurídicas es por completo diferente a la de las personas naturales, por lo que es menester precisar si los principios y garantías que la Constitución reconoce como propios del ejercicio del *ius puniendi* (i) son válidos exclusivamente para las personas naturales –en cuyo caso no podrían limitar la imposición de una sanción a un ente colectivo–; (ii) son compatibles con la naturaleza de las personas jurídicas y como tal pueden serle aplicados –en cuyo caso servirán como límite al ejercicio del Derecho penal subjetivo contra las personas colectivas–; o, (iii) si es que hay que proponer la incorporación de nuevos principios y garantías válidos exclusivamente para las personas morales o modificar los ya existentes.

## 2.2. Derecho penal económico y Derecho penal de la empresa

Luego de haber precisado cuales son, en nuestro concepto, las características esenciales de la intervención del Derecho penal en un modelo de Estado como el peruano, importa hacer lo propio con el Derecho penal económico y con el Derecho penal de la empresa, de suerte que nuestro objeto de investigación pueda ser ubicado en una parcela del Derecho penal y podamos elaborar nuestro razonamiento jurídico partiendo siempre de los rasgos esenciales del Derecho penal, del Derecho penal económico y del Derecho penal de la empresa.

### 2.2.1. Derecho penal económico

#### a) *Concepto*

En el campo del Derecho penal económico, tal vez, sobre lo único que hay consenso a nivel doctrinario es que hasta ahora no se ha podido esbozar un concepto de Derecho penal económico que goce de unánime aceptación<sup>40</sup>. En efecto, la mayoría de juristas en su intento por conceptualizar el Derecho penal económico –y a su vez el delito económico– aluden a conceptos como orden público económico<sup>41</sup>, orden económico<sup>42</sup>, orden socioeconómico

---

<sup>40</sup> Por todos: NOVOA MONREAL, Eduardo. «Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico». En: *ADPCP*, 1982, pp. 43-47. Situación por demás positiva ya que confirma que el Derecho penal económico es una rama del Ordenamiento jurídico que se mantiene en constante desarrollo gracias a los constantes aportes de la doctrina en su intento de conceptualizarlo, fundamentarlo y limitarlo.

<sup>41</sup> NOVOA MONREAL, Eduardo. «Reflexiones para la determinación y delimitación ...» Cit., p. 65.

<sup>42</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, Margarita PÉREZ MANZANO y Carlos SUAREZ GONZALEZ. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*. 2º ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

co<sup>43</sup>, economía nacional<sup>44</sup>, sistema económico-constitucional<sup>45</sup>, siendo que para algunos estos conceptos constituyen el bien jurídico tutelado por el Derecho penal económico<sup>46</sup>, para unos una orientación político-criminal<sup>47</sup> y para otros cumple simplemente una función sistemática<sup>48</sup>.

Los primeros intentos por conceptualizar al Derecho penal económico los encontramos en SUTHERLAND, quien en 1939 definió al delito económico como aquel realizado por el delincuente de *cuello blanco* (white collar crime), es

---

1993. pp. 562 y ss. (en adelante: BAJO/PÉREZ/SUÁREZ). Lo sigue, BRAMONT ARIAS, Luis Felipe. «Delitos económicos y bien jurídico». En: *Ius et Veritas*. N° 5. 1993, pp. 85 y ss., en especial, pp. 87-89.

<sup>43</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. «Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español». En: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo* (Jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann). Madrid. 1995. p. 196 y GONZALES RUS, Juan José. «Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal de 1992». En: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo* (Jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann). Madrid. 1995, p. 169.

<sup>44</sup> GÓMEZ BENITES, José Manuel. «Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el proyecto de 1980 de Código Penal». En: *ADPCP*, II. 1986. p. 468.

<sup>45</sup> HERRERO HERRERO, César. *Los delitos económicos. Perspectiva jurídica y criminológica*. Ministerio del Interior - Secretaría General Técnica, Madrid. 1992. p. 38. Este autor define al Derecho penal económico, siguiendo a MARTOS NÚÑEZ, como «el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el sistema económico-constitucional».

<sup>46</sup> Vid.: MOVOA MONREAL, Eduardo. «Reflexiones para la determinación y delimitación ...» Cit., pp. 63-67, BAJO/PÉREZ/SUÁREZ. *Manual ...* Cit., pp. 565-567 y BRAMONT ARIAS, Luis Felipe. «Delitos económicos y bien jurídico» Cit., pp. 87-89.

<sup>47</sup> Vid. GONZALES RUS, Juan José. «Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico ...» Cit., p. 169 y ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho Penal Económico. Consideraciones Jurídicas y Económicas*. IDEMSA, Lima. 1997. p. 72.

<sup>48</sup> Vid. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. «Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico ...» Cit. p. 196. Para quien el orden socioeconómico está «integrado por numerosos factores que es necesario individualizar para establecer en cada caso cuál es el bien jurídico macrosocial protegido». En mi concepto, el planteamiento de HORMAZÁBAL es bastante coherente ya que, siguiendo la conocida clasificación de BUSTOS RAMÍREZ, entiende que los bienes

decir, por una persona respetable y de elevado *status* social en el marco de su profesión. Su atención estuvo enfocada, como es fácil imaginar, en la respetabilidad del autor y su pertenencia a la capa social alta<sup>49</sup>, logrando constatar que la comisión de delitos no es exclusividad de los sectores socioeconómicos inferiores sino que puede presentarse — de hecho se presenta— en cualquier estrato social, incluso en los superiores. Esto significó un cambio del rumbo en relación con las tesis criminológicas imperantes en aquel entonces que partían del presupuesto de que el delito era patrimonio de las clases socialmente marginales.

En la actualidad, a partir de reconocerse que los resultados de la delincuencia económica son cualitativa y cuantitativamente más perjudiciales que los de la delincuencia convencional patrimonial<sup>50</sup>, se pone el acento en el *modus operandi*, en el objetivo del comportamiento del delincuente

---

jurídicos pueden ser (i) aquellos que constituyen la base de existencia del sistema y (ii) los que están en relación con el funcionamiento del sistema social. p.ej. en los delitos ecológicos el bien jurídico que se condice con el funcionamiento del sistema social —relación macrosocial— es el medio ambiente, mientras que el bien jurídico que constituye la base de la existencia del sistema es la vida de los seres humanos (relación microsocia). En este organigrama, el orden socioeconómico representa «una orientación estatal dentro de la relación social para impedir las disfunciones que la injerencia de poderes distintos al del Estado pudieran producir» («Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico ...» Cit., p. 196), a lo que agregamos que la injerencia de poderes distintos al del Estado a que se hace mención se refiere a injerencias que se contradigan, precisamente, con el orden socioeconómico.

<sup>49</sup> Cfr.: KAISER, Günther. *Introducción a la Criminología*. 2º ed. Traducción de José Arturo Rodríguez Núñez; Dirección de José María Rodríguez Devesa. Dykinson, Madrid. 1988. pp. 355 y ss. De la misma apreciación TIEDEMANN, Klaus. *Poder Económico y Delito. (Introducción al derecho penal económico y de la empresa)*. Ariel Derecho, Barcelona. 1985. p. 10 y VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Introducción a la Criminología*. Cit., p. 56.

<sup>50</sup> Por todos: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. «Reflexiones criminológicas y político-criminales sobre la criminalidad de cuello blanco». En: *El Derecho Penal Hoy*. Homenaje al Profesor Baigún. Maier/Binder (com). Del Puerto, Buenos Aires. 1995. p. 545.

económico, en los bienes jurídicos que lesiona y en las técnicas de tipificación utilizadas por el legislador.

En este orden de ideas, señala TIEDEMANN que la principal característica radica en el «abuso de confianza socialmente depositada en el tráfico económico. Desde esta perspectiva importa destacar como delitos económicos aquellas conductas que contradicen el comportamiento acorde con la imagen de un correcto comerciante y que, por su ejecución y efecto, además de lesionar intereses individuales, pueden poner en peligro la vida económica o el orden que la rige»<sup>51</sup>.

BAJO FERNÁNDEZ entiende que el Derecho penal económico es una rama del Derecho penal que se aglutina en torno al denominador común actividad económica, definiéndolo como «el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico». A partir de precisar cual es, en su concepto, el objeto jurídico de protección del Derecho penal económico distingue dos vertientes del mismo; por un lado, el Derecho penal económico en sentido estricto o conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico entendido como regulación de la participación estatal en la economía; y, por otro lado, el Derecho penal económico en sentido amplio o conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico entendido como regulación de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios<sup>52</sup>. En base a los conceptos y a la clasificación ofrecida por BAJO FERNÁNDEZ la doctrina dominante suele

---

<sup>51</sup> TIEDEMANN, Klaus. *Poder Económico y Delito ...*. Cit., p. 11.

<sup>52</sup> Cfr.: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. En: BAJO/PÉREZ/SUAREZ. *Manual ...* Cit. 562-563. El mismo BAJO FERNÁNDEZ reconoce que el orden económico en sentido amplio no puede ser considerado como bien jurídico ni de forma directa ni en sentido técnico. (*Manual ...* Cit., p. 565).

construir sus propios conceptos de Derecho penal económico, empero, nosotros entendemos que conceptualizar al Derecho penal económico a partir del orden público, que no es su objeto de protección o bien jurídico tutelado sino la orientación política-criminal que ha de seguir el Derecho penal económico, no es metodológicamente acertado. En efecto, consideramos que más allá del nombre que reciba (orden económico, orden público económico, orden socioeconómico, economía nacional o sistema económico-constitucional) siempre se hace referencia a lo mismo: *a las líneas de orientación económica que establece una Constitución para una determinada sociedad en un determinado momento histórico* y no, como parece ser en la definición ofrecida por BAJO FERNÁNDEZ, al bien jurídico que se protege con el Derecho penal económico. En tal sentido, se debe hacer referencia a los criterios en virtud de los cuales se han de proteger los verdaderos bienes jurídicos colectivos, macrosociales o supraindividuales —propios del Derecho penal económico<sup>53</sup>—. En suma, *el orden económico es simplemente una orientación política criminal*.

Al concebir al orden económico como la orientación político-criminal que ha de seguir el Derecho penal económico y no como su objeto jurídico de protección no sólo somos coherentes con lo afirmado anteriormente en el sentido de que las normas penales son propias de un determinado contexto social, cultural, histórico y económico, sino que, además, si el Derecho penal tutelara algo tan genérico, abstracto, difuso y sobre todo ilimitado como el orden económico seguramente aquella tutela sería tan genérica, abstrac-

---

<sup>53</sup> Con más detalle: HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. «Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico ...» Cit., pp. 192 y ss. y GONZALES RUS, Juan José. «Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico ...» Cit., pp. 168 y 169.

ta, difusa y sobre todo ilimitada como el mismo objeto de protección.

En nuestra opinión, un concepto de Derecho penal económico que cumple con incluir a los bienes que pretende proteger y que, sobre todo, considera a la persona como eje central de la actividad económica, es el esbozado por ABANTO VÁSQUEZ:

Sostiene este autor que el Derecho penal económico es «(...) el conjunto de normas penales que sancionan las conductas que atentan gravemente contra bienes jurídicos (supraindividuales) importantes para el funcionamiento del sistema económico y para el libre desarrollo individual dentro de dicho sistema»<sup>54</sup>.

Nosotros compartimos esta definición, aunque reconocemos que queda flotando la conceptualización, o en todo caso precisión, de los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos.

#### *b) Objeto jurídico: bienes jurídicos colectivos*

Los bienes jurídicos colectivos pertenecen a los bienes jurídicos que se condicen con el funcionamiento del sistema, cuya afectación repercute siempre en una masa de individuos o, por lo menos, en un colectivo<sup>55</sup>, por lo que hay que definirlos «a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de

---

<sup>54</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho Penal Económico ...* Cit., p. 32.

<sup>55</sup> Cfr.: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. «Los bienes jurídicos colectivos». En: *RFDUC*, N° 11. *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*. p. 158, el mismo: *Manual de Derecho penal, Parte Especial*. Ariel, Barcelona. 1989. pp. 8 y ss. Recogiendo la clasificación de Bustos para delimitar el bien jurídico colectivo: TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho Penal de la Empresa*. Trotta, Madrid. 1995, p. 49.

la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social»<sup>56</sup>. Ahora bien, para comprender la trascendental importancia de los bienes jurídico colectivos en el Derecho penal económico es menester invocar dos argumentos; uno histórico, referido al grado de desarrollo industrial, tecnológico y científico que la sociedad ha logrado alcanzar en la actualidad –desarrollo que importa la explotación y manipulación de nuevas y peligrosas fuentes de energía (v.gr. energía nuclear), el trabajar con maquinarias (v.gr. buques petroleros), el reconocimiento de derechos de impronta liberal como el de libre competencia, etc.– lo que genera que convivamos con nuevas modalidades de ataques o de puesta en peligro a bienes jurídicos que antaño se concebían seguros o que ni siquiera se concebían; y, otro jurídico, referido al carácter complementario de los bienes jurídicos colectivos en relación a los bienes jurídicos individuales, lo que no implica que los delitos que se configuren para protegerlos se formulen en relación a los bienes jurídicos individuales para definir su estructura<sup>57</sup>.

En este orden de ideas, el bien jurídico colectivo puede definirse como aquella relación social que está en función a la participación de todos en el proceso económico-social y

---

<sup>56</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. «Los bienes jurídicos colectivos». Cit. p. 159.

<sup>57</sup> Cfr.: MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Centro de Estudios Judiciales, Madrid. 1993. p. 32.

Según MUÑOZ CONDE: «sólo una teoría personalista del bien jurídico puede invocar con legitimidad una concepción liberal del Estado, es decir, una concepción que legitime la acción del Estado desde el punto de vista de la persona. Para esta teoría, los bienes jurídicos de la comunidad sólo se pueden reconocer en la medida en que –mediatamente– sean también intereses de la persona». En: HASSEMER/MUÑOZ CONDE. *Introducción a la Criminología ...* Cit., p. 109. Sobre la teoría personal del bien jurídico puede revisarse el trabajo de HASSEMER, Winfried. «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico». Traducción de Patricia Ziffer. En: *Doc.P*, 1989, 2. pp. 275 y ss.

que, en consecuencia, cumple el objetivo de satisfacer las necesidades de carácter social y económico<sup>58</sup>.

Ahora bien, no hay que dejar de tener en cuenta que los bienes jurídicos colectivos, en tanto complementarios de los individuales, están orientados, a fin de cuentas, a su protección, lo cual, sumado a la propia naturaleza de los bienes jurídicos colectivos determina que la comprobación de su lesión o puesta en peligro no sólo no sea cuestión sencilla, sino que el costo y tiempo que requiere devolver al bien jurídico colectivo lesionado (*v. gr.* medio ambiente) a su *status quo* previo a la lesión obliga a adelantar las barreras de punibilidad con el recurso a los delitos de peligro (concreto y abstracto, aunque estos últimos sea cuestionados por la ausencia de antijuridicidad material) como técnica legislativa de tipificación. Sobre el tema, la Asociación Internacional de Derecho Penal, con ocasión del XIII Congreso Internacional de Derecho Penal sobre «El concepto y los principios fundamentales del Derecho Penal Económico y de la Empresa» celebrado en El Cairo en 1984, estableció que «el empleo de tipos delictivos de peligro abstracto es un medio válido para la lucha contra la delincuencia económica y de la empresa, siempre y cuando la conducta prohibida por el legislador venga especificada con precisión y en tanto la prohibición se refiera directamente a bienes jurídicos claramente determinados. La creación de delitos de peligro abstracto no está justificada cuando obedezca exclusivamente al propósito de facilitar la prueba de los delitos». En el mismo sentido, TERRADILLOS apuesta, cuando sea necesario, por la vía de los delitos de peligro como técnica legislativa<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Por todos; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. «*Los bienes jurídicos colectivos*». Cit. p. 161.

<sup>59</sup> *Cfr.*: TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho Penal de la Empresa*.

### c) Orden Económico Constitucional

El orden económico es una realidad que preexiste no sólo a su tutela punitiva, sino también a su tutela constitucional<sup>60</sup>. En este sentido, importa pues, en orden a precisar cual es la política criminal que ha de seguir el Derecho penal económico peruano, determinar cuáles son los principios del orden económico que nuestra Carta Magna reconoce.

Nuestra Constitución reconoce que la iniciativa privada es libre y que se ejerce en una economía social de mercado. Asimismo, prescribe cual ha de ser la participación del Estado en este sistema: se ha de limitar a orientar el desarrollo del país y actuar en áreas neurálgicas como salud, empleo y educación (art. 58 Const.). El Estado garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria (art. 59 Const.). Reconoce también la existencia del pluralismo económico y establece que la actividad empresarial del Estado habrá de ser subsidiaria y se justifica única-

---

Cit., pp. 48-50. En el caso peruano la cuestión pasa por respetar el art. VII del Título Preliminar del C.P. —principio de lesividad— con lo cual, en principio, se descarta la utilización de los delitos de peligro abstracto. Para salvar los graves problemas materiales que acarrea la utilización de los delitos de peligro abstracto se ha intentado construir fórmulas de delitos de peligro hipotético o presunto. Sobre el tema BARBERO SANTOS, Marino. «Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto». En: *ADPCP*, 1973, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de Peligro ...* Cit. y TORIO LÓPEZ, Ángel. «Los delitos del peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)». En: *ADPCP*, 1981. pp. 825 y ss.

<sup>60</sup> Cfr.: BARBERO SANTOS, Marino. «Los delitos contra el orden socio-económico: presupuestos». En: *La Reforma Penal. Cuatro Cuestiones Fundamentales*. Madrid. 1982. p. 148. Sostiene este autor que «Las Constituciones establecen las normas que hacen posible un determinado sistema económico, pero no lo imponen. Imponer un sistema económico no ha sido, ni puede ser, objeto de las Constituciones democráticas, y hasta ahora, de acuerdo con García Pelayo, sólo lo ha sido de las constituciones de modelo soviético». Los delitos contra el orden socio-económico ...» Cit., p. 148.

mente por el alto interés público o por una manifiesta conveniencia nacional (art. 60 Const.). La libre competencia, pilar fundamental de toda economía de mercado, es facilitada y vigilada por el Estado. En esta línea, combate toda práctica que la limite así como el abuso de posiciones dominantes o monopólicas (a diferencia de la Constitución Política de 1979, la actual no prohíbe los monopolios ni oligopolios salvo en los casos de los medios de expresión y comunicación social: art. 61 Const.). Reconoce también la libertad de contratar (art. 62 Const.) y fomenta la inversión con la consagración constitucional de los contratos-leyes y equiparando las condiciones para los inversionistas nacionales y los extranjeros (art. 62 y 63 Const.). Como no podía ser de otro modo, el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios, garantizando nuestro derecho a la información (art. 65 Const.)

Estas directrices económicas no son propias de una economía liberal ortodoxa en la que el Estado no interviene en forma alguna y deja que las actividades económicas se regulen por las leyes del mercado<sup>61</sup>; tampoco lo son de una economía en la que el Estado organice, planifique y regule la actividad económica. Nuestro orden económico, en tanto economía social de mercado, es una matización intermedia de estos dos modelos económicos que se acerca mucho más al primero que al segundo.

Serán pues estas directrices, circunscritas en una econo-

---

<sup>61</sup> Nótese que el art. 58 Const. establece que «*El Estado (...) actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura*», de manera que la lista de áreas en las que puede actuar no es una lista taxativa, siendo del caso que la actuación del Estado en las áreas no contempladas en el art. 58 Const. debe estar limitada por los demás principios económicos recogidos en la Constitución.

mía social de mercado, las que inspiren y limiten la intervención del Derecho penal económico y sus límites.

## 2.2.2. Derecho penal de la empresa

### a) *Relación entre Derecho penal económico y Derecho penal de la empresa*

Para un sector de la doctrina nacional los términos Derecho penal económico y Derecho Penal de la empresa son dos componentes del mismo concepto: Derecho penal económico y de la empresa, por lo que no perciben la diferencia ni la relación de género-especie que existe entre ellos<sup>62</sup>.

Ya en 1984, la Asociación Internacional de Derecho Penal en el XIII Congreso Internacional de Derecho Penal, se refirió –y en consecuencia diferenció– al «Derecho penal económico» para circunscribir los delitos contra el orden económico y al «Derecho penal de la empresa» para los delitos cometidos en el ámbito de las empresas privadas y públicas. Asimismo, estableció que ambas expresiones se encuentran íntimamente relacionadas en el sentido de que los delitos que circunscriben atentan contra regulaciones legales que organizan y protegen la vida económica.

### b) *Concepto*

El Derecho penal de la empresa es una rama del Dere-

---

<sup>62</sup> Así, MAZUELOS COELLO, Julio. «Derecho penal económico y de la empresa». En: *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. San Marcos, Lima. 1996. pp. 21, quien sostiene que el Derecho penal económico y de la empresa es una «rama del Derecho Penal vinculada a la actividad económica y empresarial en un sentido amplio, comprendiendo aquellas figuras delictivas cometidas por personas jurídicas o contra ellas» (subrayado nuestro). Esta definición, aparte de equiparar el Derecho penal económico y el Derecho penal de la empresa, implica la aceptación del principio *societas delinquere potest*, lo cual, de *lege data*, no puede sostenerse en el Perú.

cho penal económico<sup>63</sup>. Con tal concepto, SCHÜNEMANN se refiere a «la suma de los delitos económicos que se comenten a partir de una empresa», esto es, «todo el ámbito de los delitos económicos en los que por medio de una *actuación para una empresa* se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes e intereses propios de los colaboradores de la empresa»<sup>64</sup>.

De esta manera, al ser la *actuación para una empresa* el común denominador de los delitos del Derecho penal de la empresa, quedan fuera de éste (i) aquellos delitos económicos cometidos al margen de una empresa, (ii) aquellos cometidos dentro de la empresa contra ella misma y (iii) aquellos cometidos por miembros particulares contra otros miembros de la empresa, así como aquellos delitos que conforman la llamada criminalidad en la empresa, que son (iv) los delitos cometidos por colaboradores de la empresa contra la empresa o (v) contra otros colaboradores<sup>65</sup>. Estas formas de criminalidad, independientemente de las especificidades que se puedan descubrir, bien pueden ser neutralizadas con los instrumentos utilizados para los delitos co-

---

<sup>63</sup> Por todos: TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho Penal de la Empresa*. Cit., p. 11.

<sup>64</sup> SCHÜNEMANN, Bern. «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política-criminal acerca de criminalidad de empresa». En: *ADPCP*, 1988. pp. 529 y 531. Asumen este concepto; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho Penal de la Empresa*. Cit., p. 13, GRACIA MARTÍN, Luis. «La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el derecho penal español». En: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*. (Jornadas en Homenaje al Prof. Tiedemann), Madrid. 1995, p. 83. Aparecido también en: *AP*. N° 16, 1993 y DE FARIA COSTA, José. «La responsabilidad penal de la empresa y de sus órganos (o una reflexión sobre la alteralidad de las personas colectivas a la luz del derecho penal)». En: *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Bosch, Barcelona. 1995. J.M. Silva Sánchez (ed. española). pp. 429-430.

<sup>65</sup> *Cfr.*: SCHÜNEMANN, Bern. «Cuestiones básicas de dogmática ...» Cit., pp. 529 y 530.

munes, ya que los problemas de imputación y de prueba que determinan el análisis de nuevas formas de imputación se presentan solamente en la criminalidad de empresa<sup>66</sup>.

Esta delimitación es la que nosotros acogemos porque las dificultades de imputación y de prueba que nos interesan al estudiar la responsabilidad penal de las personas jurídicas se presentan solamente en las actuaciones de personas naturales para una empresa. En tal medida, *el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas pertenece al Derecho penal de la empresa.*

c) *A modo de resumen: Derecho penal de la empresa en un Estado de Derecho*

De todo lo dicho hasta el momento importa destacar:

- Que optamos por un Derecho Penal de Mínima Intervención, *ultima ratio* y fragmentario, propio de un Estado social, democrático, independiente y soberano como postula la Constitución Política del Perú. En consecuencia, se han de respetar todos los principios constitucionales propios del referido modelo de estado que limitan el ejercicio del *ius puniendi*.
- Al ser el Derecho penal económico una parte del Derecho Penal, éste tiene que respetar todas las garantías y principios del género al cual pertenece, de donde se deduce que optamos por un Derecho penal económico de mínima intervención, *ultima ratio* y fragmentario. Asimismo, al ser el Derecho penal de la empresa una parcela del Derecho penal económico, tiene que respetar todas las ga-

---

<sup>66</sup> Cfr.: SCHÜNEMANN, Bern. «Cuestiones básicas de dogmática ...» Cit., p. 529. En el mismo sentido: DE FARIA COSTA, José. «La responsabilidad penal de la empresa ...». Cit., p. 430.

rantías y los principios aplicables y exigibles al género al que pertenece.

- El estudio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas pertenece al campo del Derecho penal de la empresa en tanto que se trata de problemas que tienen su origen en la actuación de un sujeto individual para una empresa.

### **3. Persona jurídica. Relevancia en el Derecho penal económico**

#### **3.1. Persona jurídica y empresa**

##### **3.1.1. Teorías que intentan conceptualizar a la persona jurídica**

Habiendo ubicado nuestro objeto de estudio en el universo del Derecho penal de la empresa, importa, en primer lugar, precisar el concepto de persona jurídica de manera tal que podamos analizar sobre quién o sobre qué, eventualmente, recaerían las sanciones penales.

En nuestro Ordenamiento Jurídico no existe precepto legal alguno que defina lo que ha de entenderse por persona jurídica. El Código Civil define y regula a las asociaciones, fundaciones y comités, siendo su común denominador la ausencia de un fin de lucro. La Ley General de Sociedades, por su parte, no define sino que señala características y regula la actividad de una serie de sociedades mercantiles siendo el común denominador la presencia de un fin de lucro. Por último, el Código de Comercio tampoco ofrece ayuda en esta empresa, y lo que es peor, en tanto que este texto data de principios de siglo (1902) sus normas pueden haber quedado obsoletas por el tiempo transcurrido aún cuando se encuentren formalmente vigentes hasta hoy.

Ante tal vacío legal, entendemos que la doctrina está lla-

mada a ensayar conceptos de persona jurídica que permitan estudiar el supuesto de su responsabilidad penal, de suerte que dicho concepto habrá de guardar coherencia con las regulaciones legales vigentes que le atañen y con la posibilidad de que, al menos, se pueda discutir si se le puede calificar como penalmente responsable, es decir, no podemos adoptar un concepto de persona jurídica que desde su definición impida analizar si pueden ser o no ser penalmente responsables.

Doctrinariamente se han estructurado y sostenido diversas posiciones sobre la naturaleza de las personas jurídicas. Sin embargo, históricamente han sido dos las corrientes que en su momento cobraron mayores seguidores.

La teoría de la ficción, que en palabras de SAVIGNY, se refiera a que:

«Todo derecho es la sanción de la libertad moral inherente al ser racional, y por esto la idea de persona o sujeto de derecho se confunde con la idea de hombre pudiéndose formular la identidad primitiva de ambas ideas en estos casos: todo individuo y sólo el individuo tiene capacidad de derecho. Verdaderamente que el derecho positivo (...) puede modificar la idea primitiva de la persona, restringiéndola o ampliándola, de igual modo que negar a ciertos individuos la capacidad de derecho en totalidad y en parte, y además, arrancando, por decirlo así, dicha capacidad del individuo, crear artificialmente una personalidad jurídica (...) a estos seres ficticios (...) se les llama personas jurídicas, es decir, personas que no existen sino para fines jurídicos»<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> SAVIGNY, Karl. *Sistema de Derecho Romano Actual*. Tomado del Ma-

Como fácilmente se puede intuir, para la teoría de la ficción la persona jurídica requiere para su existencia que el Estado reconozca tal situación.

Por su parte, la teoría de la realidad postula que:

«la corporación es una persona real colectiva formada por hombres reunidos y organizados en una existencia corporativa que tiende a la consecución de fines que trascienden de la esfera de los intereses individuales, mediante la común y única fuerza de voluntad y de acción. Este todo colectivo es un organismo social dotado, a semejanza del hombre, de una potestad propia de querer, y por tanto capaz de ser sujeto de derechos. (...) Como el hombre lleva una vida individual simultáneamente a la vida social, puede dividir su voluntad y contraponer a la voluntad colectiva. Este cuerpo social existe independientemente de toda intervención del Estado: El reconocimiento no es creación de un nuevo sujeto, sino constatación de su existencia, tiene un simple valor declarativo. (...) los derechos de que la persona jurídica está investida, corresponden exclusivamente a ella (...). Como la persona física sólo puede manifestar su actividad por la cooperación de sus órganos corporales, así la persona colectiva expresa su voluntad y la realiza por medio de órganos. No se trata aquí de una relación de representación, sino de la voluntad y acción del órgano y actuación de la vida de la personalidad inmanente al ente común; es la misma persona colectiva la que quiere por su órgano. (...) así como la persona natural se extingue

---

terial de Lecturas del Curso de Personas Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú dictado el semestre académico 1993-I.

por la destrucción de su organismo natural, la persona colectiva se extingue también por la destrucción de su organismo social o por autoridad estatutal»<sup>68</sup>.

Cuando en la segunda mitad del siglo XIX se difunde la teoría de la realidad la idea del *societas delinquere potest* recobró vigencia toda vez que esta teoría permitía fundamentar más convincentemente la imposición de una sanción a un ente que fuera real y no una mera ficción<sup>69</sup>. Sin embargo, en la actualidad y para los objetivos de la presente investigación, la discusión que gira en torno a la opción por una de estas teorías deviene en ociosa toda vez que son otros los criterios que hay que tener en cuenta para referirnos a lo que ha de entenderse por «persona jurídica».

### 3.1.2. El elemento «participación en el mercado»

Entendemos que en la actualidad los conceptos de «persona jurídica» dados por la teoría de la ficción y la teoría de la realidad resultan insuficiente ya que lo importante es adoptar un concepto que permita, al menos, evaluar la posibilidad de si sobre ella puede y debe recaer alguna sanción penal, lo cual no puede lograrse sino es teniendo en cuenta su comportamiento en el mercado y las consecuencias que produce en el mercado aquel comportamiento. Así, en tanto que nos movemos en el universo del Derecho penal económico, en general, y en el del Derecho penal de la em-

---

<sup>68</sup> GIERKE. *Teoría de la Asociación y la Jurisprudencia Alemana*. Berlín. 1883. Tomado del Material de Lecturas del Curso de Personas Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú dictado el semestre académico 1993-I.

<sup>69</sup> Cfr.: RODRÍGUEZ DEVESA, José María y Alfonso SERRANO GÓMEZ. *Derecho Penal. Parte General*. 16° ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1993. p. 391, en el mismo sentido; MIR PUIG, Santiago. *Manual ...* Cit., p. 170.

presa, en especial, la piedra angular sobre la que tenemos que edificar nuestro concepto de persona jurídica es la participación en el mercado, ya sea mediante la producción o mediación de bienes o servicios. En tal medida, proponemos que el concepto de «persona jurídica» tiene que asimilarse al de «empresa».

La empresa, desde un punto de vista económico, es definida como el «conjunto organizado de capital y trabajo destinado a la producción o a la mediación de bienes o servicios para el mercado»<sup>70</sup>. Este concepto de empresa está referido a una realidad económica, y siendo que esta realidad económica es una sola el concepto jurídico de empresa no puede diferir del económico, es decir, con el término empresa tanto la economía como el derecho deben referirse al mismo fenómeno social, por lo que el concepto dado es aplicable para todas las disciplinas jurídicas<sup>71</sup>. Finalmente, a cada rama del derecho le corresponde regular un aspecto de la mencionada realidad económica.

Así, el elemento que a nuestro criterio debe primar es la *producción y/o a la mediación de bienes o servicios*, elemento que está referido a la participación de la empresa en el mercado y a la trascendencia que dicha participación pueda tener para éste<sup>72</sup>, de manera que lo que se impone es

---

<sup>70</sup> BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. Tecnos, Madrid. 1994. pp. 101.

<sup>71</sup> *Vid.* BROSETA PONT, Manuel. *Manual ... Cit.*, p. 102. En contra: GARRIGUES, Joaquín. *Dictámenes de Derecho Mercantil, I*. Madrid. 1976. p. 322. *El mismo; Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 7º ed. Madrid. 1982. p. 166, para quien el concepto jurídico de empresa no puede equipararse al concepto económico.

<sup>72</sup> *Cfr.*: GALÁN CORONA, Eduardo. *Acuerdos restrictivos de la competencia*. Montecorvo, Madrid. 1977, p. 149. Este mismo planteamiento es recogido por el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad Económica Europea (CEE), Expediente N°10/94 -BICE N° 2430, p. 2796. La juris-

relacionar a una persona jurídica con la actividad económica que desarrolla. Así, el acento no recae sobre si la persona jurídica es una ficción o realidad –discusión por demás interminable–, sino sobre si dicha persona jurídica realiza una actividad económica lo suficientemente relevante en el y para el mercado.

Para que este matiz de empresarial concorra en un ente colectivo no es necesario que la persona jurídica tenga fin de lucro. Si hemos dicho que lo que importa es que la persona jurídica realice actividad económica (que participe en el mercado mediante la producción o mediación de bienes y/o servicios y que dicha participación sea relevante para el mercado), la existencia o no de un ánimo de lucro es irrelevante toda vez que, si bien «el ánimo de lucro es el motor en base al cual se mueve la iniciativa privada en una economía de mercado»<sup>73</sup>, también lo es el hecho que las personas jurídicas como las asociaciones, fundaciones o comités –que por definición legal no persiguen un ánimo de lucro– pueden llegar a tener una participación importante en el mercado a través de la producción o mediación de bienes y/o servicios, por lo que sería ilógico excluirlas de nuestro análisis por el simple hecho de que no persigan un fin lucrativo. El fin de lucro no es el elemento que permite calificar de empresa o persona jurídica, ya que la actividad económica, tal como lo demuestra la realidad, no presupone siempre la búsqueda de dicho fin<sup>74</sup>.

---

prudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia de la CEE es importante ya que nuestra legislación relativa a la competencia se inspira en los artículos 85° y 86° del Tratado de Roma.

<sup>73</sup> GALÁN CORONA, Eduardo. *Acuerdos restrictivos ...* Cit., p. 150, en especial cita 36.

<sup>74</sup> En el mismo sentido, BELLAMY Christopher y Graham CHILD. *Derecho de la competencia en el mercado común*. Civitas, Madrid, 1992. p. 74.

Optamos pues por un concepto empresarial de persona jurídica que nos permita, sobre la base de su participación en el mercado, evaluar la posibilidad de imponerle sanciones, precisamente, por atentar contra las directrices político criminales que ordenan el mercado y la participación de los agentes en él. En suma, la persona jurídica debe ser considerada como una organización de capital y trabajo que no persigue necesariamente un fin lucrativo a la que se le imputan las consecuencias de su participación en el mercado.

### 3.2. Persona jurídica y realidad económica

#### 3.2.1. Relevancia de la persona jurídica en la economía actual

Para nadie es secreto que la participación de los agentes en el mercado se rige por el principio de maximización de beneficios, es decir, se busca el máximo beneficio al menor costo posible.

Si se acepta esta idea, habrá que aceptar también que uno de los medios más idóneos para lograr tal fin es actuar en el mercado a través de una persona jurídica (empresa). Las razones que fundamentan esta tesis son varias, destacando la acumulación de capitales que permite una mejor posición en el mercado y, por ende, una mejor posición a la hora de ofertar o demandar un bien o un servicio que aquella otra empresa que tenga menos capital acumulado o que aquel otro sujeto que actúa individualmente en el mercado; el hecho de que los accionistas minoritarios –generalmente titulares de la mayoría de las acciones– se muestren indiferentes ante la marcha y gestión de la empresa y esperen únicamente el reparto de utilidades cada cierre de ejercicio; y, la responsabilidad limitada en el ámbito civil con el correlativo traslado del riesgo para los acreedores. Así, es fá-

cil pensar que la constitución de una persona jurídica es el mejor camino para afrontar con éxito el competitivo mercado actual dominado por una economía de mercado.

En palabras de BUSTOS RAMÍREZ:

«la complejidad de la economía moderna y la gran masa de recursos que ella implica en movimiento, han desplazado en una alta medida a la persona individual y la han sustituido por grandes empresas o agrupaciones de empresas (...) ello ha llevado a que sean las personas jurídicas las que tengan una intervención esencial y básica en la economía moderna»<sup>75</sup>.

Sin embargo, así como hay quienes utilizan a las personas jurídicas dentro de los límites legales, hay también –y no pocos– quienes se «esconden» detrás una empresa para facilitar o encubrir su actividad delictiva, ocasionando la proliferación de delitos socio-económicos en donde la actividad del principal inculcado está relacionada con la función que éste cumple dentro de una empresa. Casos como la evasión fiscal mediante la creación de empresas ficticias, proporcionar datos falsos relativos a la situación de la persona jurídica, la contaminación del medio ambiente por parte de una compañía minera, abusar de la posición monopólica u oligopólica que se ostenta en el mercado de manera que se distorsione la libre competencia, son claros ejemplos de una creciente delincuencia empresarial<sup>76</sup>.

Según estudios realizados a finales de la década pasada en la República Federal Alemana, más del 80% de los deli-

---

<sup>75</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. «Perspectivas actuales del derecho penal económico». En: *RPCP*. N° 1, Año 1. Cultural Cuzco, Lima. 1993, p. 71.

<sup>76</sup> *Cfr.*: MEINI MÉNDEZ, Iván. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas ...» *Cit.*, p. 199.

tos económicos involucraban la actuación de una persona jurídica<sup>77</sup>. En el caso peruano la realidad no varía mucho. Gracias a la cifra negra de la criminalidad los trabajos de campo no indican con exactitud el número de delitos económicos cometidos y si en la comisión de los mismos se ve involucrado un ente colectivo<sup>78</sup>, sin embargo, no podemos dejar de tener en cuenta este importante elemento de investigación criminológica.

Las estadísticas señalan que en 1995 en el Perú se registraron un total de 179,024 delitos<sup>79</sup>, de los cuales 20,252

---

<sup>77</sup> Dato tomado de: ACHENBACH, Hans. «Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el derecho alemán» en: *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Bosch, Barcelona. 1995. J.M. Silva Sánchez (ed. española). pp. 381. En el mismo sentido, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, quien señala que «un estudio hecho por el Instituto Max Planck de Friburgo (Alemania) mostró que el 80% de los delitos en los últimos tiempos en Alemania se había realizado en el seno de una empresa». En: «Las consecuencias penales de los hechos cometidos por entes colectivos: de la responsabilidad individual a la responsabilidad colectiva». En: *Actas del III Congreso Internacional de Derecho Penal: Las consecuencias jurídicas del delito*. Octubre 1997, Lima, p. 351.

<sup>78</sup> La estadística criminal, en tanto estadística de hecho y de delincuentes, refleja solamente una parte del universo real de la criminalidad de acuerdo con el tiempo y el espacio. No todos los delitos se descubren, de los descubiertos no todos son denunciados y de los denunciados no todos son objeto de una condena. La cifra negra (*dark number*) representa a la criminalidad desconocida y no registrada, la misma que no puede estimarse sino de manera muy vaga en base a la experiencia de las autoridades policiales, jueces penales o médicos. Cfr.: KAISER, Günther. *Introducción a la Criminología*. Cit., p. 235. De ahí que sea materialmente imposible determinar con precisión el número exacto de delitos cometidos.

<sup>79</sup> 23,681 delitos contra la vida el cuerpo y la salud; 6,669 delitos contra la familia; 8,531 delitos contra la libertad; 109,112 delitos contra el patrimonio; 4,247 delitos contra el orden económico; 15,081 delitos tributarios; 1,483 delitos contra la fe pública; 7,686 delitos contra la seguridad pública; 1,296 delitos contra la tranquilidad pública y 1,238 delitos contra la administración pública. Fuente: Policía Nacional del Perú (PNP) –División de Estadística de la Dirección de Planificación. En: *Perú '96 en números. Anuario estadístico*. Elaborado por Cuanto S.A.. Autores: Richard Webb y Graciela Fernández Baca. 1996. pp. 406 y ss.

fueron delitos contra el Orden Económico<sup>80</sup>. En efecto, se registraron 1,107 delitos de acaparamiento; 1,347 delitos de especulación; 761 delitos de adulteración; 1,032 delitos de abuso de poder económico y de venta ilícita de mercadería; 7,052 delitos de tráfico ilícito de drogas; 11,496 delitos de contrabando; 2,965 delitos de defraudación tributaria; 647 delitos de elaboración y comercio clandestino de productos, y, 924 delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios, contra los derechos intelectuales, contra el patrimonio cultural, contra el orden financiero y monetario y delitos ecológicos<sup>81</sup>.

Si bien los delitos contra la confianza y buena fe en los negocios (quiebra fraudulenta y libramiento indebido) han sido considerados por nuestro legislador delitos patrimoniales, hay que aceptar que muchos delitos contra el patrimonio pueden adquirir connotaciones de delito económico<sup>82</sup> y que, además, los criterios con que se elaboran las estadísticas son más bien técnicos antes que jurídicos, por lo que la clasificación de los delitos obedecerán a aquellos, de manera que la cifra de delitos económicos registrados en el Perú en 1995 bordea los 28,000, que en realidad es mayor por no incluirse en ella los delitos que conforman la llamada «cifra negra de la criminalidad».

Como se precisó, no existen estadísticas que nos indi-

---

<sup>80</sup> Fuente: Policía Nacional del Perú (PNP) -División de Estadística de la Dirección de Planificación. En: *Perú '96 en números. Anuario estadístico*. Cit., pp. 406-409.

<sup>81</sup> Fuente: Policía Nacional del Perú (PNP) -División de Estadística de la Dirección de Planificación. En: *Perú '96 en números. Anuario estadístico*. Cit., pp. 408 y 409.

<sup>82</sup> Cfr.: TIEDEMANN, Klaus. *Poder Económico y Delito ...* Cit., p. 17. Así también: PÉREZ MANZANO, Margarita. «Acerca de la imputación objetiva de la estafa». En: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo* (Jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann). Madrid. 1995. pp. 285, en especial cita 1.

quen cuantos de estos delitos se realizaron con la intervención de una persona jurídica, pero las consideraciones anteriormente precisadas acerca de la idoneidad de las personas jurídicas para afrontar las exigencias del mercado nos hace pensar que un considerable número de los delitos económicos y algunos de los patrimoniales se cometen y/o encubren utilizando a una persona jurídica.

### 3.2.2. Problemática de la participación de la persona jurídica en la economía actual.

Para tener en claro la relevancia de las personas jurídicas en el mercado actual y lo urgente de determinar su eventual responsabilidad penal, es menester tomar en consideración otros factores.

Ya sea por los medios que utiliza, por la naturaleza y trascendencia de los bienes jurídicos que lesiona o pone en peligro y, sobre todo, por resultar perjudicada gran parte de la población, la delincuencia económica genera inmensos perjuicios en el Orden Económico. Se ha logrado determinar que en el ámbito nacional, en 1990, el 15% de los delitos económicos acarrearán un perjuicio patrimonial equivalente al conjunto de perjuicios ocasionados por los delitos contra el patrimonio<sup>83</sup>. Este daño social se ve incrementado por el efecto *resaca*, en virtud del cual quien primero delinque «presiona» al resto de los competidores en el mercado a que lo haga y así sucesivamente, ya que en caso contrario su posición en el mercado se verá neutralizada, disminuida o cuando menos perjudicada.

---

<sup>83</sup> Dato tomado del «Informe de la Comisión Investigadora de Grupos Paramilitares. Una lucha cívica contra la impunidad». Manuel Piqueras, Editor. Lima, 1990, p. 124, citado por Carlos Chipoco Cáceda en el Proyecto de Ley «Reforma del Código Penal. Tipificación de Uso Indebido de Información Privilegiada».

Las dificultades probatorias, por su parte, tienen que ver con la propia organización de la empresa. En la mayoría de ellas existe una complicada organización interna dividida vertical (jerarquizada) y horizontalmente (división del trabajo), lo cual muchas veces permite demostrar la existencia de un delito más no identificar a su autor<sup>84</sup>. Como señala SCHÜNEMANN, «una imputación jurídico-penal exclusivamente individualista no encontrará entonces reunidos en ningún individuo los tres componentes de acción, decisión y conocimiento»<sup>85</sup>. Esta realidad se aprecia mejor en aquellas empresas en que se persigue un plan delictivo, ya que el sistema de organización empresarial en una persona jurídica, tal como se ha planteado, ofrece tantas posibilidades de entorpecer y dificultar la actividad probatoria que las investigaciones se agotarán, por lo general, en los niveles jerárquicamente inferiores de la empresa, ocasionando que la responsabilidad penal se diluya hasta perderse mientras recorre los caminos del mapa de la organización empresarial.

Los instrumentos que utiliza el Derecho penal como medio de control social han sido moldeados en función a una delincuencia que podemos calificar de tradicional en comparación a la económica, es decir, se trata de «un sistema construido a medida de los sujetos individuales»<sup>86</sup>. Esto

---

<sup>84</sup> En el mismo sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas». En: *CPC*, 1994, 53. pp. 617; HIRSCH, Hans Joachim. «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas». En: *ADPCP*, 1993 - III, p. 1100 y SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español». En: *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Bosch, Barcelona. 1995. J.M. Silva Sánchez (ed. española). pp. 364 y 365.

<sup>85</sup> SCHÜNEMANN, Bern. «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea». En: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo* (Jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann). Madrid. 1995, p. 573.

<sup>86</sup> MILITELLO, Vincenzo. «La responsabilidad jurídico-penal de la em-

tiene sentido si se considera que antaño la discusión dogmática penal giraba en torno a la protección de bienes individuales, como la vida o el patrimonio, bienes jurídicos que podían ser vulnerados únicamente por personas individuales y, en consecuencia, los problemas más agudos estaban referidos a ciertas modalidades de error como el *aberratio ictus* o el *dollus generalis* o si el dolo debía incluirse en el tipo o en la culpabilidad. Hoy por hoy, la discusión, orientada por exigencias político-criminales, ha girado de rumbo y segura se dirige a la visualización de nuevos instrumentos de defensa para bienes jurídicos colectivos, universales o supraindividuales (sinónimos para efectos de la presente investigación) contra los ataques que puedan recibir por parte de los individuos, pero sobre todo de la actividad empresarial como consecuencia del avanzado desarrollo técnico y científico.

Como ha puesto de relieve SCHÜNEMANN, la *actitud criminal de grupo* o la *actitud criminal colectiva* es también otro factor a tomar en cuenta. Sostiene SCHÜNEMANN, que:

«la *actitud criminal colectiva*, es decir, el espíritu de grupo establecido en una colectividad de personas y, por tanto, también en una empresa económica, por una pluralidad de procesos de aprendizaje, en cuanto fuente de una conducta uniforme de bienes jurídicos por parte de los miembros del grupo que, como ha demostrado la investigación criminológica, están dispuestos en el marco del espíritu de grupo a realizar sin más lesiones de bienes jurídicos a las que no se dejarían arrastrar

---

presa y de sus órganos en Italia». En: *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Bosch, Barcelona. 1995. J.M. Silva Sánchez (ed. española), p. 409.

nunca en la esfera privada (...) para el derecho sería prácticamente imposible influir la conducta del integrante de una empresa económica en el sentido del cumplimiento de la norma por medio de una normación directa porque la empresa constituye un sistema que organiza por si mismo las acciones que en ella se realizan, y cuya autonomía no puede quedar desatendida por un «Derecho regulativo», sino que tiene que ser respetada por un «Derecho reflexivo»<sup>87</sup>.

Consecuencia de esta actitud criminal colectiva es que las personas naturales que cometen ilícitos puedan ser sustituidas al interior de la empresa y quienes los reemplacen seguirán, muy probablemente, haciendo lo mismo.

Se afirma también que las penas que se imponen a los sujetos activos personas naturales, en especial la multa, carecen de efecto preventivo. Esta sanción que impone la Administración Pública y que eventualmente sería la más idónea también si se optara por rechazar el *societas delinquere non potest* no cumple su verdadera función de prevención, toda vez que si la multa es impuesta directamente al órgano de dirección es la empresa la que solventará dicho pago, trasladándolo, a fin de cuentas, a los consumidores mediante aumentos de precios e incorporándolo a su contabilidad como posible gasto o contingencia. En suma, la multa es vista como un riesgo por las empresas, riesgo que al igual que todos los demás, está debidamente provisionado en el balance. Incluso cabe la posibilidad de

---

<sup>87</sup> SCHÜNEMANN, Bern. «La punibilidad de las personas jurídicas ...» Cit., pp. 571 y 572. *El mismo*: «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política-criminal acerca de criminalidad de empresa». En: *ADPCP*, 1988. pp. 529 y 533. Asume este planteamiento MILITELLO, Vincenzo. «La responsabilidad jurídico-penal de la empresa ...» Cit., p. 411.

que la empresa «sacrifique» a una persona física con su consentimiento asumiendo los gastos de defensa judicial, las multas, indemnizaciones y una compensación económica a cambio del deshonor y molestias sufridas<sup>88</sup>.

Por otro lado, el rechazo por parte de gran parte de legislaciones a la positivización de la responsabilidad penal de las personas jurídicas obedece a una decisión política de no culpar penalmente a una entidad compleja como la empresa que ha tenido un papel preponderante y preeminente para el desarrollo económico, sobre todo en la modalidad de sociedad anónima. Así, la responsabilidad patrimonial limitada desde la perspectiva civilista y la inmunidad desde la penal coadyuvan a proteger la vida de la persona jurídica, siempre pasible de los riesgos mercantiles o de las consecuencias penales de las actividades de sus órganos<sup>89</sup>.

### 3.2.3. Recomendaciones

Ante este panorama, son varias las recomendaciones que apuestan por tomar en serio la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas.

- a) La Recomendación N° 13° del XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal sobre «El concepto y los principios fundamentales del Derecho Penal Económico y de la Empresa» celebrado en El Cairo en 1984, establece que:

---

<sup>88</sup> Cfr.: RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. «!Societas delinquere non potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión». En: *La Ley. Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Año XVII, N° 4136, 03 de octubre de 1996, p. 3 y VALERA GARCÍA, Carlos. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un debate necesario en el derecho español y alternativas». En: *AP*. Volumen 2, 1995, p. 927.

<sup>89</sup> Cfr.: MILITELLO, Vincenzo. «La responsabilidad jurídico-penal de la empresa ...» Cit., p. 413.

*«La responsabilidad penal de las personas jurídicas está reconocida en un número creciente de países como una vía apropiada para controlar la delincuencia económica y de la empresa. Los países que no reconocen tal clase de responsabilidad podrían considerar la posibilidad de imponer otras medidas contra tales entidades».*

- b) Por su parte, la misma Asociación Internacional de Derecho Internacional con ocasión de la realización de su XV Congreso Internacional celebrado en Río de Janeiro del 5 al 10 de setiembre de 1994, recomendó lo siguiente:

*«Sección I: Delitos contra el ambiente. Aplicación de la parte general del derecho penal. (...)*

*Recomendación III: Responsabilidad penal de las personas jurídicas:*

*12. Las conductas merecedoras de la imposición de sanciones penales pueden ser realizadas tanto por personas físicas como por personas jurídicas y organismos públicos.*

*13. Los sistemas jurídicos nacionales deberían prever, si fuera posible en su Constitución o Derecho fundamental, una amplia variedad de sanciones penales y otras medidas adaptadas a las personas jurídicas privadas y organismos públicos.*

*14. Cuando una persona jurídica, de derecho público o privado, se encuentre involucrada en una actividad que plantea un serio riesgo de daño para el ambiente, debería obligarse a los directivos y a las autoridades gestoras de esos organismos a que ejerzan su responsabilidad de control para prevenir la producción del daño, y deberían ser considerados penalmente responsables si se produce el daño como consecuencia de su fracaso*

*en el adecuado cumplimiento de su responsabilidad de control.*

*15. Para minimizar los riesgos de injusticia procedente de la inadecuada aplicación de leyes relativas a las infracciones contra el ambiente, el derecho doméstico debería especificar lo más claramente posible los criterios de identificación de los agentes humanos intervinientes en el marco de las personas jurídicas de derecho público o de derecho privado potencialmente declaradas responsables de infracciones contra el ambiente.*

Personas jurídicas privadas:

*16. En la medida en que sea posible de acuerdo a la Constitución o las leyes fundamentales del país sin perjuicio del principio de personalidad de las infracciones penales, debería ser posible la persecución de personas jurídicas privadas por infracciones penales contra el ambiente si no cabe atribuir directamente esa responsabilidad a un agente humano identificado de la entidad<sup>90</sup>.*

*17. En las mismas condiciones, cuando una persona jurídica privada sea responsable de grave daño contra el ambiente, debería poder perseguirse a esa entidad por infracciones contra el ambiente, con independencia de si el daño resulta de un acto u omisión individual o de actos u omisiones acumuladas a lo largo del tiempo.*

*18. La imposición de sanciones penales contra personas jurídicas privadas no debería servir de vía*

---

<sup>90</sup> Nótese, cómo la imposibilidad de identificar a la persona natural responsable penalmente determina que se pueda considerar penalmente responsable a la misma persona jurídica.

*de exoneración de los culpables pertenecientes a las entidades involucradas en la comisión de infracciones contra el ambiente.*

Personas jurídicas de derecho público:

*19. Cuando en el curso del cumplimiento de su función pública, o en cualquier otra circunstancia de Derecho público causa un grave daño al ambiente o, en contravención a los standards ambientales establecidos, crea un peligro real e inminente (concreto) para el ambiente o para los seres humanos, debería perseguirse a esa persona por tal infracción.*

*20. Siempre que sea posible conforme a la Constitución o al derecho nacional de un país la atribución de responsabilidad a los organismos de Derecho público por actos de servicio público y otros, debería admitirse la persecución incluso si la responsabilidad por del delito concreto no puede ser directamente imputada a ninguna persona física determinada o agente de la entidad»<sup>91</sup>.*

- c) El Comité de Ministros Europeo propuso a sus miembros en la Recomendación N° R (88) 18, de 20 de octubre, que:

*«(...) se exija responsabilidad penal a las personas jurídicas y se prevean sanciones penales para las empresas siempre y cuando lo requiera: a) la naturaleza de la infracción; b) la gravedad de la infracción; c) el efecto para la sociedad; y, e) la necesidad preventiva».*

- d) Por último, la Asociación Francesa de Derecho Penal, grupo francés de la Asociación Internacional de Derecho

---

<sup>91</sup> Ver nota anterior.

Penal llevó a cabo las Primeras Jornadas Francesa de Derecho Penal en Pau, Francia, entre el 28 y 30 de septiembre de 1978.

El objeto de dicha jornada era el estudio del Ante-Proyecto de Código Penal Francés<sup>92</sup>, en la que emitió el siguiente voto:

*«(...) 4. Que la responsabilidad no signifique ninguna discriminación conforme al principio de la igualdad de todos frente a la ley penal; y en consecuencia, el principio de una responsabilidad idéntica a la de los grupos cuya actividad es de naturaleza comercial, industrial o financiera, sea extendida a los grupos de toda clase y de toda finalidad».*

A su vez, el art. 38° del Ante-Proyecto de Código Penal Francés establecía:

*«Art. 38°.- Sin perjuicio de las acciones ejercitadas contra las personas físicas, todo grupo es penalmente responsable del delito que hubiera cometido por la voluntad deliberada de sus órganos, en su nombre y en interés colectivo.*

*Cuando el delito no haya sido cometido en el interés colectivo, son penalmente responsables de la infracción los miembros del grupo, personas físicas o morales, por cuya voluntad y en su interés, los hechos se realizaron».*

---

<sup>92</sup> GARCÍA RADA, Domingo. *Sociedad Anónima y Delito*. Studium, Lima. 1985. pp. 60. Como se sabe, Francia es uno de los países que ha incluido en su Código Penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas, exceptuando al Estado de tal posibilidad.

### 3.2.4. Reacciones

Además de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el Derecho administrativo sancionador y la inclusión de las llamadas Consecuencias Accesorias constituyen manifestaciones de reacción doctrinaria y legislativa frente al grave problema que representa la utilización de las personas jurídicas para la perpetración o encubrimiento de delitos económicos<sup>93</sup>. Ahora bien, la decisión de optar por una o unas de las posibles reacciones –como toda opción que se haga en el campo del Derecho penal– pasa por revisar las necesidades político criminales de cada país.

Podemos adelantar que en el Perú, a partir de la entrada en vigencia del Código Penal de 1991, la opción que nuestro legislador escogió fue la de las Consecuencias Accesorias (art. 102 C.P. – art. 105 C.P.), medidas que no sólo se encuentran en el código sustantivo sino que se encuentran presentes también en algunos preceptos de leyes penales especiales, como el art. 14° de la Ley 26461 (Ley de los delitos aduaneros) y el art. 17° del Decreto Legislativo 813 (Ley penal Tributaria).

A primera vista parecería que el hecho que en nuestro país se haya optado por las Consecuencias Accesorias como reacción legal frente a la creciente delincuencia empresarial limitaría nuestra investigación a un análisis dogmático de la aquellas disposiciones, toda vez que, de una u otra forma, constituyen disposiciones legales incorporadas al Código Penal o a leyes penales especiales que regulan las consecuencias jurídicas del delito aplicables a las personas

---

<sup>93</sup> Así: BERDUGO/ARROYO/GARCÍA/FERRÉ/SERRANO. *Manual ....* Cit., p. 363.

jurídicas que son utilizadas para la perpetración o encubrimiento de algún delito.

Sin embargo, y a pesar de la importancia de un adecuado análisis exegético sobre el tema (*infra* Cap. IV), nuestro objetivo apunta al estudio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no exclusivamente desde un punto de vista legal, sino que, como sugiere BAJO FERNÁNDEZ:

«detrás de la polémica sobre el *societas delinquere non potest* se encuentra un problema semántico, por la superposición de, al menos, tres planos. De un lado, el derecho positivo, en el que se trata de indagar si se imponen o no sanciones a las personas jurídicas. De otro lado, el plano dogmático, en donde se discute si las personas jurídicas tienen o no capacidad de acción, de culpabilidad y de pena, y si las sanciones impuestas son penas, medidas de seguridad o sanciones administrativas. Por último, el plano político criminal, donde se cuestiona la idoneidad de imponer penas u otras sanciones a las personas jurídicas»<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho europeo actual». En: *Cuadernos de Derecho del Poder Judicial*. Madrid. p. 104. Este autor, quien tal vez sea el académico de habla hispana que más, cualitativa y cuantitativamente, haya tratado el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas utiliza estos tres planos de análisis. Sobre el tema puede verse: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho europeo ...» Cit.; *Manual ...* Cit., *Derecho Penal Económico. Aplicado a la Actividad Empresarial*. Civitas, Madrid. 1978; «De nuevo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas». En: *ADPCP*, Madrid. 1981; «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español». En: *Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto*. Bosch, Barcelona. 1996; «La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal». En: *Libro Homenaje al Prof. Antón Oneca*. Estudios Penales. 1982. Aparecido también en *CPC*, 1978. 5; «Derecho penal económico: Desarrollo económico, protección penal y cuestiones político criminales». En: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo* (Jornadas en homenaje al Prof.

En tal sentido, tendremos que pasar revista por las concepciones dogmáticas de acción, culpabilidad y pena que permiten e impiden la aplicación del *societas delinquere non potest de lege lata* (Cap. II); determinar si de cara a las exigencias actuales en nuestra sociedad, se impone la aceptación del *societas delinquere potest de lege ferenda* (Cap. III) y; por último, agotar el catálogo de las consecuencias accesorias del delito aplicables a las personas jurídicas (Cap. IV).

Como se aprecia, la dogmática no será —ni puede serlo— un impedimento para satisfacer las necesidades de la política criminal, aunque lo cierto es que existe un límite infranqueable para su desarrollo: los principios y garantías que la Constitución reconoce, de ahí que las consideraciones ofrecidas al inicio del presente trabajo tengan que ser respetadas a lo largo del mismo.

---

Tiedemann). Madrid, 1995, pp. 63 y ss. Publicado también en: *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Mazuelos (comp.) San Marcos, Lima, 1996. Entre BAJO FERNÁNDEZ y ZUGALDÍA ESPINAR ha existido una discusión literaria sobre el *societas delinquere non potest*: BAJO FERNÁNDEZ sostenía la imposibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, mientras que ZUGALDÍA ESPINAR, inspirado por necesidades político criminales sostiene lo contrario. Actualmente ZUGALDÍA ESPINAR mantiene su posición (ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. «Una vez más sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas (doce años después)». En: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo* (Jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann). Madrid, 1995.), mientras que BAJO FERNÁNDEZ acepta ya la posibilidad del *societas delinquere potest*. («La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español». *cit.* De ZUGALDÍA ESPINAR puede revisarse, aparte del artículo mencionado «Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*». En: *CPC*, 1980, 11. y «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas». En: *CPC*, 1994, 53.

## Capítulo II

### Cuestiones de índole legal y cuestiones dogmáticas<sup>1</sup> sobre el *societas delinquere non potest*

#### 1. Introducción

Habiendo definido los conceptos y establecido las ideas que nos permiten iniciar nuestra investigación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es del caso evaluar si la responsabilidad penal de los entes morales está recogida por nuestra normatividad.

Así, en un primer momento, hay que determinar si existen preceptos de naturaleza jurídico- penal que permitan afirmar que las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables o, por el contrario, si existen preceptos de naturaleza jurídico- penal que nieguen tal posibilidad.

Luego, habrá que revisar las diferentes corrientes doctrinarias que sobre el tema se han elaborado, de suerte que podamos establecer si es posible o no, dogmáticamente,

---

<sup>1</sup> El término «dogmática» no ha de entenderse como la aceptación acrítica de una verdad inmutable y absoluta, sino como –y sólo como– postulado que sirve de punto de partida a una determinada actividad. La dogmática así entendida no implica por tanto un «dogmatismo». Cfr.: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Editorial Universitas S.A., Madrid, 1996, p. 92. cita 1.

imputar responsabilidad penal a los entes morales. Como se puede inferir, en caso no fuera dogmáticamente posible construir un sistema para imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas carece de sentido analizar si políticamente vale la pena. Sin embargo, podemos adelantar que el momento por el que atraviesa la dogmática penal, influenciada por el normativismo, permite construir los más variados sistemas de responsabilidad penal, por lo que la decisión de si se opta o no por algunos de dichos sistemas queda en sede de la política-criminal, esto es, en el campo de las necesidades.

## 2. A nivel legislativo

### 2.1. Cuestiones previas

Es un hecho que para las leyes las personas morales existen. El ente empresarial adquiere una forma jurídica y, en ese sentido, aparece en el mundo de la normatividad jurídica como persona jurídica, entonces, aquello que era tan sólo una unidad organizativa de carácter esencialmente económico pasa ahora a ser una persona jurídica; pasa a ser un centro autónomo de imputación jurídica, aunque construido<sup>2</sup>.

Esta afirmación, que a priori puede seducirnos a pensar que las personas jurídicas son responsables en todas las ramas del derecho, no constituye fundamento válido para afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los entes colectivos podrán ser responsables frente a una determinada rama del derecho (civil, tributario, adminis-

---

<sup>2</sup> Cfr.: DE FARIA COSTA, José. «La responsabilidad penal de la empresa y de sus órganos (o una reflexión sobre la alteralidad en las personas colectivas a la luz del derecho penal)». En: *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Bosch, Barcelona, 1995. J.M. Silva Sánchez (ed. española). pp. 430 y 431.

trativo e incluso penal) en tanto y en cuanto reúna los requisitos que exige dicha rama del derecho para poder serlo.

La aceptación o rechazo de la responsabilidad de las personas jurídicas (entiéndase al término responsabilidad en el sentido más genérico posible) varía según la rama del Derecho en que nos encontremos, por lo que no debe confundirse la responsabilidad de las empresas que puede ser civil, laboral, administrativa, penal, etc., dependiendo siempre de la rama del Ordenamiento jurídico que regule dicha responsabilidad, con la posibilidad de sancionarlas, lo cual es exclusivo e inherente de aquellas ramas del Ordenamiento jurídico que forman parte del Derecho sancionador.

Entendemos que una de las grandes diferencias entre el derecho sancionador (que puede ser o bien Derecho penal o bien Derecho administrativo sancionador) y las demás ramas del Ordenamiento Jurídico es que el primero impone una sanción mientras que las segundas no lo hacen, se limitan simplemente a buscar la reparación del daño causado. Esta afirmación puede parecer bastante obvia pero hay que ir al plano práctico para darse cuenta de su trascendencia. Cuando se incumple un contrato, el Juez civil ordenará la ejecución forzada, la ejecución por tercero o la resolución del contrato y el pago de la indemnización; en cambio, en el campo del derecho sancionador el Estado exige no sólo la reparación del daño causado sino que impone un *plus* (castigo) que no tiene como fundamento el resarcimiento de aquel daño. En pocas palabras, cuando se exige al sujeto activo algo más que el resarcimiento del daño causado estaremos en presencia del derecho sancionador, el cual puede manifestarse en su forma clásica de derecho penal o como derecho administrativo sancionador<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> En el mismo sentido: SUAY RINCÓN, José. «El derecho administrati-

## 2.2. Ley N° 25363

Con fecha 12 de diciembre de 1991, se aprobó la Ley N° 25363 (Delito por medio de productos pirotécnicos: Prohíben la importación, industrialización y comercialización del producto pirotécnico denominado «rascapié»), que fuera publicada en el Diario Oficial «El Peruano» al día siguiente.

Dicha norma –aún vigente– establece lo siguiente:

*«Artículo 1°.- Prohíbese la importación, industrialización y comercialización del producto pirotécnico denominado «rascapié» por tener en su composición sustancias venenosas de alto grado tóxico.*

*Artículo 2°.- Las personas naturales o jurídicas que incumplen lo dispuesto en el artículo 1°, serán pasibles de sanción penal<sup>4</sup> prescritas en el Libro II, Título I «Delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud» y el Título XII, Capítulo III «Delitos contra la Salud Pública», del nuevo Código Penal.*

*Artículo 3°.- Deróguese todas las disposiciones que se opongan a la presente ley, que entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial «El Peruano».*

Si interpretamos literalmente este precepto podríamos pensar que para el derecho penal positivo tiene plena vigencia el principio *societas delinquere potest*. Sin embargo,

---

vo sancionador como derecho garantizador y como alternativa al derecho penal», en: *Revista del foro canario*. 1993-I, p. 190 y TERRADILLOS BASOCO, Juan. «El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa», en: *El delito ecológico*. Trotta. Madrid., 1992, p. 85.

<sup>4</sup> Resultado nuestro.

sería poco fiable afirmar la vigencia de dicho principio con la observación de tan sólo una ley de las miles que conforman nuestro Ordenamiento Jurídico. Son muy pocas las leyes penales que hacen expresa mención a las personas jurídicas como posibles sujetos activos de delitos<sup>5</sup>.

Empero, el artículo 3° de la Ley N° 25363 establece claramente que se derogan todas las disposiciones que se oponen a dicha norma, a partir de lo cual se podría sostener que las personas jurídicas pueden ser responsables penalmente por la comisión de delito de importación, industrialización y comercialización de «rascapié», pero lo cierto es que las penas que se contemplan en el libro II, Título I, «Delitos contra la vida el cuerpo y la salud» y las que contempla el Título XII, capítulo II «Delitos contra la salud pública» son privativas de libertad, multa, inhabilitaciones y prestación de servicios a la comunidad.

Como es fácil imaginar, difícilmente se podrá someter a una persona jurídica a una pena privativa de libertad. La pena de multa, en tanto puede ser convertida en pena privativa de libertad, correrá la misma suerte. La inhabilitación está contemplada (de entre los delitos que señala la Ley N° 25636) solamente como pena para el médico, obstetra, farmacéutico o cualquier profesional sanitario que abusa de su ciencia o arte para causar un aborto (art. 117 CP.) y su imposición genera o bien la incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero

---

<sup>5</sup> La cuarta disposición final y complementaria de la Ley 26702 (Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros) establece que «En toda denuncia de carácter separar penal que se interponga contra una empresa del Sistema Financiero y de Seguros o sus representantes, así como de cualquier otra supervisada, la autoridad que conozca de dicha denuncia deberá solicitar el informe técnico a la Superintendencia y tan pronto como llegue a su conocimiento la denuncia correspondiente, bajo responsabilidad» (el subrayado es nuestro).

profesión, comercio, arte o industria (art. 36.4 CP.) o bien la privación de grados militares o policiales, título honorífico u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiere servido el agente para cometer el delito (art. 36.8 CP.), inhabilitaciones todas que difícilmente podrían recaer sobre una persona jurídica ya que la naturaleza de los derechos que se pierden con dichas penas no son compatibles con la naturaleza de las personas jurídicas. Por último, la pena de prestación de servicios a la comunidad, de cara a su naturaleza y a su regulación legal, genera que sólo pueda ser impuesta a una persona natural.

En suma, la Ley N° 25363 representa una aberración jurídica toda vez que proclama alegremente la responsabilidad penal de las personas jurídicas pero prevé sanciones que no se le pueden aplicar.

### 2.3. «Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley»

El argumento que la doctrina mayoritaria utiliza para fundamentar que la legislación nacional rechaza la responsabilidad penal de las personas jurídicas es el entender que cuando la ley positiva establece que los delitos y faltas son acciones u omisiones dolosas o culposas (art. 11 CP.), éstos solamente pueden ser perpetradas por el ser humano:

«A menudo se discute si la comisión de una acción típica por parte de la persona jurídica debe entenderse como la realización de un comportamiento doloso o culposo, en la forma como lo establece el artículo 11 del CP. El legislador al fijar en este precepto que: *«Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley»*, ha determinado que solamente es pasible de esta

acción u omisión los comportamientos humanos, por lo que de plano se niega que la persona jurídica posea capacidad de acción»<sup>6</sup>.

El concebir que la ley nacional es partidaria del *societas delinquere non potest* al amparo del artículo 11 del CP. no es correcto<sup>7</sup>. En efecto, si bien se hace mención a «*acciones u omisiones dolosas o culposas*» en ningún momento se hace mención, ni siquiera de manera indirecta o implícita, a que éstas únicamente puedan ser realizadas por personas naturales y no por personas jurídicas. Aceptar el *societas delinquere non potest* a partir de la literalidad del art. 11 CP. pasa por dar contenido a los conceptos de acción, omisión, dolo y culpa, lo cual presupone, como se puede inferir, una toma de postura entre los posibles significados que de dichos conceptos ha esgrimido la doctrina. Lógicamente, quienes opten por un concepto de acción causal o finalista pueden encontrar en el art. 11 CP. un argumento válido para rechazar, desde aquella óptica, la responsabilidad pe-

---

<sup>6</sup> PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*. Tomo I. 2 ed. Grijley, Lima, 1995, pp. 286 y 287.

<sup>7</sup> En contra: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Cuzco. Lima, 1991. pp. 114 y ss., PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado ...* Cit., pp. 286 y 287, CARO CORIA, Carlos. «La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma penal de 1991». En: *Themis. Revista de Derecho*. Segunda Época. 1992. n° 24. pp. 72. Anteriormente hemos mantenido una postura distinta a la actual, en: 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*. Año VII, número 13. pp. 201.

<sup>8</sup> Así; CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. I. Introducción: Teoría Jurídica del Delito*. 3 ed. Tecnos, Madrid, 1988, p. 296, GRACIA MARTÍN, Luis. *El actuar en lugar de otro en el derecho penal*, I. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1986, pp. 9 y ss.; *el mismo*, «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas». En: *Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto*. Bosch, Barcelona. 1996, pp. 41 y ss. y PÉREZ MANZANO, Marga-

nal de las personas jurídicas<sup>8</sup>, pero lo que no pueden hacer es afirmar que la ley lo hace. No se puede diferenciar donde la ley no lo hace.

#### 2.4. *Societas delinquere non potest* y actuar por otro

Contra lo que un sector de la doctrina nacional y extranjera sostiene<sup>9</sup>, la incorporación del actuar por otro no es consecuencia del reconocimiento legal de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>10</sup>. En efecto, el art. 27 CP. nada dice sobre la vigencia o no del principio *societas delinquere non potest*.

La figura del actuar por otro nace como solución a una laguna legal de punibilidad representada por la imposibilidad de imponer una sanción a la persona que realiza la acción que la norma penal pretende evitar por no reunir ésta ciertas condiciones que el tipo de lo injusto del delito especial propio exige, constituyendo una cláusula de extensión de autoría<sup>11</sup>. Nótese que es la persona natural, en este

---

rita. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas». AP. Volumen 1, 1995, pp. 19 y ss.

<sup>9</sup> En Perú: PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado ...* Cit., p. 287; en España, RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal Español. Parte General*. 16º ed. Dykinson, Madrid. 1993, p. 396.

<sup>10</sup> En el mismo sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas». En: *CPC*, 1994, 53, pp. 625 y ss. Con amplia referencia bibliográfica, en especial, cita 30. Sobre la aplicación del art. 27 C.P. (actuar por otro) en el Perú: MEINI MÉNDEZ, Iván. «Actuar en nombre de otro y realidad judicial. La problemática del artículo 27º del Código Penal y su aplicación por parte de los agentes de control social formal». En: *Benites, Mercado & Ugaz, Abogados*. Informe N° 12. 1995. Tampoco hay argumento lógico alguno para sostener, como hace MIR PUIG, que «el nuevo precepto (refiriéndose a la figura del actuar por otro) nace para evitar lagunas derivadas de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que se presupone ésta». MIR PUIG, Santiago. *Manual ...* Cit., pp. 172 y 173.

<sup>11</sup> Por todos: GRACIA MARTÍN, Luis. *El Actuar en Lugar de Otro en el Derecho Penal*. II. Universidad de Zaragoza, Zaragoza. 1986, Cit., pp. 84 y

caso el representante, órgano autorizado o socio autorizado el que realiza la acción y no la persona jurídica, y si se ha decidido sancionar a la persona natural no es porque ostente el cargo de representante de la empresa sino porque es quien realiza la acción prohibida en ejercicio del cargo que ostenta. Además, si se sostiene que debido a que no se puede imputar responsabilidad penal a los entes colectivos es que existe la fórmula del actuar por otro, cabría afirmar que si se reconociera responsabilidad penal a las personas jurídicas ya no sería necesaria la positivización de la fórmula del actuar por otro<sup>12</sup>. Si por razones político-criminales aceptamos la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tendríamos que castigar también –por las mismas razones político-criminales– a las personas naturales que actúan en nombre de la empresa. Tengamos en cuenta que son las personas naturales las autoras materiales del delito y dejarlas impunes porque ya se impuso una pena a las empresas que representan sería una verdadera laguna de punibilidad.

Piénsese en el caso de un delito de quiebra fraudulenta (art. 209° CP.). Supongamos que la empresa AL ha sido declarada en quiebra y su gerente simula deudas para que el balance de la compañía arroje una pérdida mayor a la realmente existente. En este caso, es claro que el beneficio no es para el gerente sino para la empresa AL. Si reconociéramos responsabilidad penal a los entes colectivos tendríamos

---

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho Penal de la empresa*. Trotta, Madrid. 1995, p. 43.

<sup>12</sup> Aún en el campo de la lógica formal esta deducción no encuentra contradicción. Si A entonces B (donde A es *societas delinquere non potest* y B el actuar por otro) lo único que se puede inferir es no B entonces no A, pero esto dependerá de los valores que le demos tanto a A como a B, y como no se puede afirmar que A o B sean falsas o verdaderas no se puede inferir algo válido sin valores establecidos previamente.

mos que sancionar penalmente a AL, pero también tendríamos que sancionar penalmente a su gerente aunque haya actuado en beneficio de la empresa, ya que fue con su conducta que lesionó el bien jurídico protegido y dejarlo impune porque no reúne ciertos requisitos formales sería por demás injusto. La figura del actuar en nombre de otro no compensa la falta de acción, sino simplemente la ausencia de características típicas de la autoría en la persona del autor<sup>13</sup>.

En esta línea de razonamiento, consideramos que aún cuando se reconozca responsabilidad penal a los entes colectivos sería necesario el mantenimiento del *actuar por otro* como instrumento de imputación de responsabilidad penal en el campo del Derecho penal, especialmente, en el Derecho penal económico.

#### 2.5. Penas consignadas en el Código Penal que por su naturaleza podrían ser aplicables a las personas jurídicas

Se ha sostenido también que cuando el art. 28 CP. establece que las penas aplicables de conformidad con el Código Penal son (i) la pena privativa de libertad; (ii) las penas restrictivas de la libertad; (iii) las penas limitativas de derechos; y, (iv) la multa se descarta que las mismas puedan ser aplicadas a las personas jurídicas. Veamos detalladamente si es cierto.

De plano, y atendiendo a la naturaleza de las cosas, es materialmente imposible que una empresa pueda purgar

---

<sup>13</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español». En: *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Bosch, Barcelona. 1995. J.M. Silva Sánchez (ed. española), p. 376.

una pena privativa de libertad. Lo mismo se puede sostener sin temor a equivocarnos sobre las penas restrictivas de la libertad, esto es, sobre la expatriación, prevista para nacionales, y sobre la expulsión del país, prevista para extranjeros.

El tema se torna confuso al analizar las penas limitativas de derechos, ya que si bien se puede pensar que tanto la prestación de servicios a la comunidad como la limitación de días libres son exclusivas para personas naturales, la inhabilitación presenta mayores problemas. La prestación de servicios a la comunidad (art. 34 CP.) requiere que el condenado trabaje gratuitamente en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones u obras públicas y la limitación de días libres (art. 35 CP.) requiere que el condenado permanezca los días sábados, domingos y feriados en un establecimiento organizado con fines educativos y sin las características de un centro carcelario, lo que aplicado a las personas jurídicas resulta inviable ya que la empresa, por su propia naturaleza, no puede moverse de su local y pensar en que dependientes de la misma cumplan con las prestaciones de servicios a la comunidad o con la limitación de días libres que a ésta se le imponga no es dable toda vez que la pena la purgarían personas que no han sido condenadas, situación que colisiona directamente con el principio de culpabilidad, igualdad, y sobre todo, con el principio de personalidad de las penas.

Algunas de las inhabilitaciones que prescribe el art. 36 CP. (las previstas en el numeral 1º y en el numeral 2º) bien pueden recaer sobre una persona jurídica. Es más, en el derecho administrativo sancionador comúnmente las personas jurídicas son inhabilitadas, lo que demuestra que pensar en que esta pena pueda ser aplicada por el Derecho penal a una persona jurídica no es tan descabellado.

La pena de multa, como sanción penal —y siempre dentro del plano estrictamente legal positivo—, en principio, puede recaer sobre una empresa. Al igual que la inhabilitación, la multa es la sanción que con más frecuencia utiliza el Derecho administrativo sancionador<sup>14</sup>. Sin embargo, consideramos que la multa penal esta también reservada para las personas naturales desde que se prevé la posibilidad de convertirla en una pena privativa de libertad en caso el condenado sea solvente y no pague o frustre su cumplimiento, o convertirla en una pena limitativa de derechos o de prestación de servicios a la comunidad en caso el condenado sea insolvente por causa ajenas a su voluntad (art. 56 C.P.), penas que, como se dijo, dada su naturaleza, están limitadas a ser aplicadas exclusivamente sobre personas naturales.

## 2.6. Aceptación del *societas delinquere non potest* en la legislación penal: *Societas delinquere non potest* y consecuencias accesorias

Un argumento válido para rechazar el *societas delinquere non potest* desde el punto de vista legal es aceptar que el legislador ha preferido prever dentro del catálogo de las llamadas «consecuencias accesorias» determinadas consecuencias jurídicas del delito aplicables a las personas jurídicas. Así, en tanto existe en nuestro Ordenamiento jurídico penal una serie de reacciones contra las personas ju-

---

<sup>14</sup> La multa no es la única penal aplicable a las personas jurídicas, al lado de esta pueden imponerse otras sanciones conocidas desde hace tiempo pero rara vez utilizadas en la práctica, como la revocación de la licencia para operar o de funcionamiento, el sometimiento a secuestro o a vigilancia judicial y la disolución de la empresa. Cfr.: TIEDEMANN, Klaus. *Poder Económico y Delito* (introducción al derecho penal económico y de la empresa). Ariel, Barcelona, 1985, pp. 170 y ss. y DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. «Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica». En: AP, 6. 1997, p. 128.

rídicas que el propio Código Penal denomina «consecuencias accesorias» y no penas ni medidas de seguridad, *a contrario*, se deduce que el Código Penal no prevé penas ni medidas de seguridad para las personas jurídicas.

Ahora bien, formalmente las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas no son penas ni medidas de seguridad, pero determinar si materialmente las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas son sanciones penales, sanciones administrativas o qué, no es cuestión sencilla. Baste por el momento con señalar que según el Código Penal no son penas ni medidas de seguridad.

Acorde con lo dicho, en el campo del Derecho privado y a juzgar por la literalidad de las normas, no cabe duda de que las personas jurídicas responden patrimonialmente; mientras que en el campo del Derecho Público (para los efectos de la presente investigación léase Derecho penal y Derecho administrativo sancionador) la respuesta varía, ya que para el Derecho penal positivo tiene plena vigencia el *societas delinquere non potest* mientras que para el Derecho administrativo sancionador es todo lo contrario (basta con revisar la actuación del INDECOPI, SUNAT, SUNAD, etc)

### **3. A nivel dogmático**

En este segundo nivel de análisis habremos de cuestionarnos si existen argumentos de índole dogmáticos que permitan imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas, o dicho de otro modo, si es que la doctrina ha construido conceptos jurídicos en virtud de los cuales se *pueda* hacer responsable penalmente a una persona jurídica.

### 3.1. De los argumentos dogmáticos que impiden responsabilizar penalmente a las personas jurídicas y de los argumentos dogmáticos que permiten responsabilizar penalmente a las personas jurídicas

Desde un punto de vista estrictamente dogmático con frecuencia se rechaza la responsabilidad penal de las personas jurídicas en atención al contenido de los conceptos de acción, de culpabilidad y de capacidad de pena que se manejan y aceptan mayoritariamente en Derecho penal<sup>15</sup>.

La tarea de quienes postulan la derogación del *societas delinquere non potest* importa –con cargo a demostrar que las necesidad político-criminales así lo exigen y que con la

---

<sup>15</sup> Pueden verse los trabajos de BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho europeo actual». En: *Cuadernos de Derecho del Poder Judicial*. Madrid, p. 104.; *el mismo*, *Derecho Penal Económico. Aplicado a la Actividad Empresarial*. Civitas, Madrid. 1978; *el mismo*, «De nuevo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas». En: *ADPCP*, Madrid. 1981, *el mismo*, «Derecho penal económico: Desarrollo económico, protección penal y cuestiones político criminales». En: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo* (Jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann). Madrid, 1995, pp. 63 y ss. Publicado también en: *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Mazuelos (comp.) San Marcos, Lima. 1996, MUÑOZ CONDE, Francisco. «La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles». En: *CPC*. 1977, p. 153; *el mismo*, «Cuestiones dogmática básicas en los delitos económicos». En: *Revista Penal*, 1. 1997. p. 70, PEREZ MANZANO, Margarita. «La responsabilidad penal ...» Cit., MAZUELOS COELLO, Julio. «Derecho penal económico y de la empresa». En: *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. San Marcos, Lima, 1996, pp. 37-40; CARO CORIA, Carlos. «La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas ...» Cit., Reconoce esta idea aunque se muestra conforme con la modificación de los conceptos de acción, culpabilidad y capacidad de pena: BARBERO SANTOS, Marino. «¿Responsabilidad penal de las empresa?». En: *Estudios de Derecho Penal Económico*. Arroyo/Tiedemann (ed). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1994, pp. 25 y ss; y HIRSCH, Hans Joachim. «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas». En: *ADPCP*, 1993 - III, pp. 1105 y ss.

aplicación de otros instrumentos jurídicos estas no se satisfacen— ampliar el contenido a los conceptos de acción, culpabilidad y capacidad de pena, de manera que tales conceptos incluyan, junto a la capacidad de acción, capacidad de culpabilidad y capacidad de pena de la persona natural, la capacidad de acción, capacidad de culpabilidad y capacidad de pena de la persona jurídica; o, concebir nuevos conceptos de capacidad de acción, capacidad de culpabilidad y capacidad de pena exclusivas para imputar la comisión de un delito a la persona colectiva.<sup>16</sup>

Conviene recordar que este es un análisis normativo, por lo que los conceptos por los que se tome postura habrán de ser corroborados con las necesidades político-criminales que actualmente se presentan en nuestro país, de suerte que será la satisfacción de las referidas necesidades las que determinen la aprobación o rechazo de los conceptos adoptados.

### 3.1.1. Incapacidad y capacidad de acción penal de las personas jurídicas

A las personas jurídicas se les reconoce capacidad de acción en determinadas ramas del Ordenamiento Jurídico

---

<sup>16</sup> En tal sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. «Una vez más sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas (doce años después)». En: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo* (Jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann). Madrid. 1995.); *el mismo*, «Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*». En: *CPC*, 1980, 11.; *el mismo*; «Capacidad de acción ...» Cit., SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas» En: *Themis*, 1997, N° 35, pp. 127 y ss., HIRSCH, Hans Joachim. «La cuestión de la responsabilidad ...» Cit., JAKOBS, Günther. *Derecho Penal ...* Cit., pp. 182-184, RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. «¡*Societas delinquere non potest!* Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión». En: *La Ley. Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Año XVII, N° 4136, 03 de octubre de 1996 y RUSCONI, Maximiliano Adolfo. «Personas jurídica y sistema penal: hacia un

pero, según doctrina mayoritaria, no en el campo del Derecho penal<sup>17</sup>. Nadie discute que las decisiones que los órganos de las personas jurídicas adoptan dentro del ámbito de su competencia en el marco de las facultades que la ley o el estatuto les reconoce y observando las formalidades exigidas vinculan a la persona jurídica, es decir, la persona jurídica responde patrimonialmente por los acuerdos que celebren estos órganos, en tanto y en cuanto existen precisamente para manifestar su voluntad. Sin embargo, de ahí a sostener como VON LIZST que «quien puede concluir contratos, puede concluir también contratos fraudulentos o usurarios»<sup>18</sup> hay un gran paso, que difícilmente la doctrina autocalificada como dominante se atreve a dar.

Antes bien, conviene rescatar un argumento fáctico inmutable: el delito no puede ser cometido –en el sentido más realista posible– por una persona jurídica sino sólo por una persona natural<sup>19</sup>. En todos los casos, y aún cuando se fundamente la naturaleza jurídica de las personas jurídicas en la teoría de la realidad, las decisiones de éstas son tomadas y exteriorizadas por sus órganos, de ahí que quienes entienden que la persona jurídica puede realizar una acción

---

nuevo modelo de imputación?». En: *El Derecho Penal Hoy*. Homenaje al Profesor Baigún. Maier/Binder (com). Del Puerto, Buenos Aires. 1995.

<sup>17</sup> Por todos: MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 4º ed. PPU, Barcelona. 1996, p. 175; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia. 1993, pp. 209 y BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, Margarita PÉREZ MANZANO y carlos SUAREZ GONZÁLEZ. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*. 2º ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid. 1993, pp. 575. (En adelante: BAJO/PÉREZ/SUAREZ).

<sup>18</sup> VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. tomo II. 20º ed. Traducción de Luis Jiménez de Asúa. Reus, Madrid, p. 229.

<sup>19</sup> De la misma opinión, entre otros, DE DOELDER, H. «La punibilidad de las personas jurídicas en Holanda». En: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*. (Jornadas en Homenaje al Prof. Tiedemann), Madrid. 1995, p. 497 y HIRSCH, Hans Joachim. «La cuestión de la responsabilidad penal ...» Cit., p. 1105.

en sentido jurídico-penal acepten que el tema en cuestión es fundamentar la imputación de los acuerdos adoptados o las acciones realizadas por el órgano competente y los efectos que produzcan a la propia persona jurídica, y concluir en que es ésta la que adoptó el acuerdo o realizó la acción<sup>20</sup>. De manera que la discusión puede resumirse en los siguientes términos: si este traslado (imputación) de acuerdos, acciones y efectos de los órganos de representación a la persona jurídica, con la consiguiente responsabilidad que implica, válida en el Derecho civil, lo es también para el Derecho penal.

Como se sabe, la acción se constituye en el primer escalón de la Teoría del Delito. Es precisamente la acción la que se califica de típicamente antijurídica y culpable.

A finales del siglo pasado y a inicios del presente se asumió el concepto causal-naturalista de acción (VON LIZST-BELING), concepto que, al igual que toda la ciencia en general de finales del siglo XIX, se encontraba fuertemente influenciado por el positivismo<sup>21</sup>. Según el concepto causal-naturalístico, la acción es (i) un movimiento corporal (ii) causado por un impulso de la voluntad que a su vez (iii)

---

<sup>20</sup> Así lo reconocen quienes afirman la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por todos: JAKOBS, Günther. *Derecho Penal ...* Cit., p. 183. Del mismo modo: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. «Capacidad de acción ...». Cit., p. 623. Estos autores sostienen que los actos de los órganos de la persona jurídica se convierten en acciones propias de la persona jurídica. Asimismo, RUSCONI, Maximiliano Adolfo. «Personas jurídica y sistema ...» Cit., p. 78 y BUSTOS RAMIREZ, Juan. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas». En: *El Derecho Penal Hoy*. Homenaje al Profesor Baigún. Maier/Binder (com). Del Puerto, Buenos Aires. 1995, pp. 22. Anteriormente, AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*. Arayú, Buenos Aires. 1955. pp. 122 y 123.

<sup>21</sup> Cfr.: JAEN VALLEJO, Manuel. *El concepto de acción en la dogmática penal*. Colex, Madrid. 1994. pp. 21 y MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal ...* Cit., p. 154.

causa una modificación en el mundo exterior. Como se sabe, el impulso de la voluntad no está referido a su contenido, esto es, no importa si el movimiento estuvo dirigido o no a causar la modificación en el mundo exterior que causó, importa simplemente que dicho impulso fue la causa de la conducta exteriorizada. Se trata pues, de *una inervación muscular voluntaria*.

Aunque el neokantismo llegó a influir al concepto causal de acción al introducir la idea de la valoración –sobre todo en su intento de explicar la omisión– el concepto de acción, si bien dejó de ser naturalístico, continuó siendo causal.<sup>22</sup>

Por su parte, el finalismo de WELZEL introdujo la observación ontológica y la necesidad –según él– de reconocer que el mundo exterior se encuentra ordenado con anterioridad a la intervención del hombre, dicho orden responde a determinadas estructuras lógico-objetivas, siendo la acción la primera de ellas. En tal sentido, sostuvo WELZEL que el legislador debía atender al referido orden y aceptar que la acción preexiste a la valoración humana y, por ende, también a la jurídica, de donde se concluyó que la acción es un concepto pre-jurídico. Acorde con ello, el contenido de la voluntad cobra valor al exigirse que la modificación del mundo externo tiene que haber sido producida por una acción dirigida finalmente por su autor hacia la consecución de aquella modificación<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Cfr.: MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal ...* Cit., p. 154

<sup>23</sup> Por todos: WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, pp. 53 y ss; STRATENWERT, Günther. *Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible*. 2 ed. Traducción de Gladys Romero. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid - Edersa, Madrid. 1982, pp. 50 y ss.

Actualmente, el finalismo apuesta porque la acción «no se trata, en rigor, de un concepto ontológico»<sup>24</sup>, pero afirma que lo esencial para la valoración jurídica sigue siendo la estructura finalista de la acción (es decir, que el autor dirija su conducta finalmente), ya que el Derecho parte de concebir al ser humano como una persona responsable y sólo la conducta finalista aparece como específicamente humana y puede ser objeto de valoración jurídica<sup>25</sup>.

El concepto social de acción, por su parte, nace sobre la base de las críticas formuladas al concepto final de acción en el sentido de que no logra abarcar a la omisión. Así, la acción es *comportamiento humano socialmente relevante*, en donde el comportamiento «es toda respuesta del hombre a una exigencia situacional reconocida o por lo menos reconocible, mediante la realización de una posibilidad de reacción de que aquél dispone por razón de su libertad»<sup>26</sup>, el calificativo de humano determina que sean jurídicopenalmente relevante únicamente las acciones de los seres individuales; y, lo socialmente relevante hace mención al mundo circundante del autor y la necesidad de que las consecuencias de su comportamiento les alcancen.

Estos conceptos de acción tienen en común el requerir

---

<sup>24</sup> CERESO MIR, José. «El finalismo hoy». En: *ADPCP*. 1993 - I, pp. 10 y 11.

<sup>25</sup> *Cfr.*: CERESO MIR, José. «El finalismo hoy». *Cit.*, p. 10.

<sup>26</sup> Por todos: JESCHECK, Hains Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Traducción y adiciones de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Bosch. Barcelona. 198, pp. 295 y ss.

Sostiene JESCHECK que «el comportamiento puede consistir en el ejercicio de actividad final (finalidad)», (...) puede «limitarse a la causación de consecuencias, con tal de que el proceso resultase conducible empleando la finalidad (imprudencia)» (...) o puede «manifestarse en la inactividad frente a una determinada expectativa de acción a condición de que concurra la posibilidad de conducción (omisión)» JESCHECK, Hains Heinrich. *Tratado ... Cit.*, p. 296.

voluntariedad por parte del sujeto<sup>27</sup>, de manera que, salvo contadas excepciones<sup>28</sup>, quienes postulan cualquiera de los conceptos de acción anteriormente referidos (causal, finalista y social), e inclusive, alguna de sus modalidades, tienen que concluir porque las personas jurídicas no son sujetos capaces de acción en sentido jurídico-penal.

Así, JESCHECK afirma que «tampoco son acciones en sentido jurídico-penal las múltiples actividades sociales que proceden de personas jurídicas»<sup>29</sup>; ROXÍN que «tampoco son acciones conforme al Derecho penal alemán los actos de personas jurídicas, pues, dado que les falta una sustancia psíquico-espiritual, no pueden manifestarse a sí mismas»<sup>30</sup>; MIR PUIG sostiene que «todo delito requiere el comportamiento de un hombre, por lo que el sujeto de la acción y, por tanto, del delito sólo podría serlo el hombre individual»<sup>31</sup>; LUZÓN PEÑA que «el concepto de acción del que hemos partido (...) es el de una persona humana, o de una persona física, es decir, el de manifestación externa activa o pasiva (...) de una voluntad derivada de la situación de

---

<sup>27</sup> Así lo denuncia BARBERO SANTOS, Marino. «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?», en: *Doc.P.* Año 9, 1986, p. 404.

<sup>28</sup> «La ontologización de la acción, no tiene necesariamente que circunscribir la acción al hombre ontoantropológicamente organizado en moldes, o según los parámetros, de una antropología de los «setecientos» o aún de los «ochocientos». Si ligamos la acción a un hacer comunicacional relevante, ya todo puede ser visto de una forma totalmente diferente» DE FARÍA COSTA, José. «La responsabilidad penal de la empresa y de sus órganos (o una reflexión sobre la alteralidad de las personas colectivas a la luz del derecho penal)». En: *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Bosch, Barcelona. 1995. J.M. Silva Sánchez (ed. española), p. 435. cita 36.

<sup>29</sup> JESCHECK, Hains Heinrich. *Tratado ... Cit.*, p. 299.

<sup>30</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª ed. Por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas, Madrid. 1997, p. 258.

<sup>31</sup> MIR PUIG, Santiago. *Manual ... Cit.*, p. 166.

consciencia del aparato espiritual de un individuo concreto», consecuentemente «estas características no se dan en las operaciones, acuerdos o resoluciones de personas jurídicas (...) resulta preferible mantener el concepto de acción humana propiamente dicha y no efectuar una ampliación del mismo para las personas jurídicas»<sup>32</sup>; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN que «(...) sólo la persona humana individualmente considerada puede ser sujeto de una acción penalmente relevante (...) tampoco pueden ser sujetos de acción penalmente relevante, aunque si puedan serlo en otras ramas del Ordenamiento jurídico las personas jurídicas»<sup>33</sup>; BAJO FERNÁNDEZ que «por último, concebida la voluntad en la acción en un sentido psicológico, no normativo, de ningún modo puede atribuirse capacidad de acción a la persona jurídica»<sup>34</sup>; GRACIA MARTÍN que «(...) las personas jurídicas, al no ser capaces de acción, no pueden ser criminalmente responsables y no pueden serle impuestas, por ello, sanciones del Derecho penal»<sup>35</sup>, y así, CEREZO MIR, COBO/VIVES, SILVA SÁNCHEZ, VILLAVICENCIO TERREROS, PEÑA CABRERA, etc.

Estas afirmaciones están fundamentadas en los respectivos conceptos de acción que cada uno de los autores anteriormente citados defiende. Lógicamente, como ya se dijo, estos conceptos de acción no permiten incluir a las personas jurídicas como sujetos capaces de acción jurídico-penal,

---

<sup>32</sup> LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso ...* Cit., pp. 290 y 291.

<sup>33</sup> MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal ...* Cit., pp. 208 y 209.

<sup>34</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. En: BAJO/PÉREZ/SUAREZ. *Manual ...* Cit., p. 574.

<sup>35</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas». En: *Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto*. Bosch, Barcelona. 1996, p. 45.

por lo que de plano su responsabilidad penal se descarta, ya que la voluntad de la persona jurídica es la suma de votos o el acuerdo tomado por un conjunto de personas naturales, pero no una voluntad individual y separable —para un concepto de acción penal así concebido— de la de sus miembros.

En este orden de ideas, habrá que coincidir con BARBERO SANTOS y con ZUGALDÍA y señalar con ellos que las actuales categorías jurídico-penales no pueden ser aplicadas a supuestos distintos para los cuales han sido creadas<sup>36</sup>, por lo que teniendo en cuenta que al no haberse pensado en la posibilidad de que llegara un día en que fuera necesario exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas, no debe resultar extraño que los esquemas actuales del derecho penal colisionen con tal posibilidad.

Nadie puede negar que hoy en día trabajamos con definiciones y categorías dogmáticas que fueron concebidas para reprimir la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos individuales por parte de seres humanos pero, qué pasa cuando la sociedad llega a un nivel tal de desarrollo que ciertas conductas impensables antaño pasan a ser comunes, conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos colectivos como el medio ambiente o la salud pública y en donde la actuación individual ha cedido paso a la actuación colectiva. Definitivamente, las categorías y concep-

---

<sup>36</sup> Cfr.: BARBERO SANTOS, Marino. «¿Responsabilidad penal ...» Cit., p. 413. Así también: ZUGALDÍA ESPINAR, Jose Miguel. «Conveniencia político-criminal ...» Cit., p. 73. HURTADO POZO advierte este inconveniente y precisa que la incapacidad de acción de la persona jurídica en Derecho penal, situación distinta a lo que sucede en otros dominios del derecho, es debido a las diferentes maneras como se concibe la acción. Vid. HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2 ed. EDDILI, Lima, 1987, pp. 340 y 341.

tos penales, tal como se concibieron en un determinado momento histórico no siempre podrán ser útiles, por lo que habrá que estar a la vanguardia de forma tal que respetando siempre la esencia del derecho penal en cuanto *ultima ratio*, exista la posibilidad real de proteger los bienes jurídicos y sancionar a las personas que los lesionan. En suma, no es correcto preguntarse por la capacidad de acción de las personas jurídicas partiendo de un concepto de acción exclusivamente válido para seres naturales.

Frente a este panorama, como mínimo, aparece como exigible que se tenga que pensar en la posibilidad de que los conceptos y categorías utilizadas actualmente por la dogmática penal puedan cambiar<sup>37</sup>. Se trata entonces de que el derecho penal cumpla con tutelar nuevos bienes jurídicos imprescindibles para la vida en sociedad frente a los ataques más graves, y si el cumplimiento cabal de esta función implica el cambio de categorías y conceptos pues habrá que modificarlos por más clásicos que sean, siempre y cuando dicho cambio no represente una vulneración a principios, derechos y garantías constitucionales. Como se observa, las necesidades político-criminales actuales, de cara a la delincuencia de empresa, exigen el planteamiento de

---

<sup>37</sup> BABERO SANTOS sostiene, haciendo mención a los conceptos de acción, de culpabilidad y de capacidad de pena, que «aplicados a la persona jurídica, estos conceptos tienen un contenido radicalmente distinto que aplicados a la persona física.» *Se trata de un derecho penal paralelo* (el subrayado es nuestro). BABERO SANTOS, Marino. «¿Responsabilidad penal ...» Cit., p. 413. En el mismo sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, quien propone la creación de un derecho penal para las personas jurídicas. «Capacidad de acción ...» Cit., SCHÜNEMANN, Bern. «*La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea*». En: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo* (Jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann). Madrid. 1995 y BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. «*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español*». En: *Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto*. Bosch, Barcelona. 1996.

nuevas interrogantes y la evaluación de nuevos instrumentos de lucha contra aquella delincuencia.

Para afrontar esta necesidad político-criminal, existen dos caminos, por un lado, proponer un concepto único de acción jurídico-penal que abarque junto a las conductas de las personas naturales las conductas de las personas jurídicas (JAKOBS); y, por otro, reservar para las personas naturales el clásico concepto de acción y proponer uno nuevo válido exclusivamente para las personas jurídicas (HIRSCH, RODRÍGUEZ RAMOS, RUSCONI).

Sostiene JAKOBS que:

«ya para las personas físicas la comprobación de si concurre acción no se resuelve desde un punto de vista exclusivamente naturalístico; más bien lo importante es la determinación valorativa del sujeto de la imputación, es decir, qué sistema psicosomático se trata de juzgar por sus efectos exteriores. Pero no cabe fundamentar que en la determinación del sujeto el sistema que ha de formarse deba estar compuesto siempre de los ingredientes de una persona natural (mente y cuerpo) y no de los de una persona jurídica (estatutos y órganos). Más bien los estatutos y los órganos de una persona jurídica se pueden definir también como sistema, en el cual lo interno –paralelamente a la situación en la persona física– no interesa (ejemplo: el acuerdo de dos órganos para cometer un delito no es aún (...) un actuar delictivo *de la persona jurídica*), pero si interesa el *output* –concluyendo que– las actuaciones de los órganos con arreglo a sus estatutos se convierten en acciones propias de la persona jurídica»<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal ... Cit.*, p. 182.

Este planteamiento se explica si se tiene en cuenta que lo que juzga JAKOBS no es la acción en sentido natural sino entes a los que se puedan imputar sus efectos —sistemas compuestos—<sup>39</sup>, por lo que incluye bajo el mismo concepto de acción a las personas naturales y a las jurídicas.

De manera similar, SERRANO PIEDECASAS sostiene que son inútiles los esfuerzos por elaborar conceptos de acción u omisión previos al tipo, motivo por el cual adopta un concepto que unifica y fundamenta a la acción y omisión: el concepto *normativo de imputación personal*. Este concepto descarta el recurso a condiciones exclusivas de los seres humanos como el impulso de la voluntad o conducción final, e introduce como punto de referencia central la capacidad de acción fundada en la relevancia jurídica, por lo que acepta que será persona todo sujeto jurídico con capacidad jurídica plena, de manera que junto a la acción de las personas naturales se puede incluir la de las personas jurídicas<sup>40</sup>. Así «si bien las actividades de la corporación se manifiestan hacia el exterior a través de los actos humanos de sus órganos, también aquellos son suyos. Nos encontramos (...) con una forma de actividad propia realizada por intermediación de otro y condicionada por la propia estructura corporativa»<sup>41</sup>.

Un sector de quienes prefieren elaborar un concepto propio de acción para las personas jurídicas plantea la necesi-

---

<sup>39</sup> Vid.: ZUGALDÍA ESPINAR, José. «Capacidad de acción ...» Cit., p. 623.

<sup>40</sup> Cfr.: SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas» En: *Themis*, 1997, N° 35, pp. 131 y 132.

<sup>41</sup> SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. «Sobre la responsabilidad penal ...» Cit., p. 132. Es importante precisar que aún cuando se diga que se trata de una actividad propia realizada por intermediación de otro, el concepto de acción que se expone es único, esto es, no ofrece diferencias para imputar los efectos de las personas naturales y las jurídicas.

dad de que la autoría bien puede surgir de la pertenencia activa o pasiva a una esfera de responsabilidad, de donde se concluye que el autor puede ser también quien no actúa en sentido material, incluso, una persona jurídica<sup>42</sup>. De manera parecida, RUSCONI sostiene que no se trata de determinar si las personas jurídicas tienen capacidad de acción en el sentido real y físico, sino de determinar si es legítimo imputarles las acciones que comete quien sí la tiene y actúa en su nombre<sup>43</sup>. Se trata de una manifestación más de la normativización del ilícito que ya no es más cuestión de «causación» sino de «imputación»<sup>44</sup>.

Otros (TIEDEMANN, HIRSCH) refieren que las normas jurídicas (mandatos y prohibiciones) se dirigen no sólo a las personas naturales sino también a las personas jurídicas, ya que estas últimas también pueden producir los comportamientos exigidos por las normas de conducta; si ellas son destinatarias de deberes jurídicos no sólo pueden cumplirlos sino también incumplirlos<sup>45</sup>. En tal medida, se les ha de reconocer capacidad de acción en el sentido jurídico-penal. Interesante es la propuesta de AFTALIÓN, quien recogiendo la definición de KELSEN de personas como sujetos de derechos, entiende que las normas destinadas a las perso-

---

<sup>42</sup> Cfr: TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico. (Comunitario, español, alemán)*. PPU, Barcelona. 1993, p. 168. Sostiene este autor que la adopción de este concepto funcional de autor en los Países Bajos ha facilitado la inclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

<sup>43</sup> Repárese que lo gravitante es el juicio de imputación al que anteriormente nos hemos referido. *Supra* Cap. II 3.1.1.

<sup>44</sup> RUSCONI, Maximiliano Adolfo. «Personas jurídica y sistema penal ...». Cit., p. 78.

<sup>45</sup> Por todos: TIEDEMANN, Klaus. «Punibilidad y responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y de sus órganos». En: *Revista Jurídica de Buenos Aires*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. 1988. pp. 28. En el mismo sentido: HIRSCH, Hans Joachim. «La cuestión de la responsabilidad penal ...» Cit., 1108 y SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. «Sobre la responsabilidad penal ...» Cit., p. 132.

nas jurídicas prescriben el qué debe hacer más no individualizan quien, dentro de la organización empresarial, debe hacerlo, siendo irrelevante especificar quien de los empleados de la sociedad exhibió materialmente los libros, ya que «la sociedad anónima cumplió con su obligación»<sup>46</sup>.

Nótese que estas propuestas guardan en común el reconocimiento de que la acción de la persona jurídica es la de sus órganos (a través del proceso de imputación), en consecuencia, y conforme se adelantó (*supra* Cap. 2. 3.1.1.), se trata de imputar el efecto de la conducta del órgano a la propia persona jurídica. Para eso, estas teorías recurren al criterio que podríamos denominar «relevancia jurídica», en el sentido de que lo que importa para efectos de afirmar que las personas jurídicas son capaces de acción en sentido jurídico-penal son los efectos jurídicos exteriores que produce su existencia, de manera que si estos son relevantes – y lo son en tanto que son destinatarias de normas y hay expectativas por el cumplimiento de estas normas– son capaces de acción.

Por su parte, BUSTOS RAMÍREZ, partiendo de reconocer que de la actual configuración de los tipos penales queda descartado que las personas jurídicas puedan ser sujetos activos de delito, señala que la fundamentación de su responsabilidad penal es la participación. Antes bien, deja en claro que la participación de quienes no pueden ser sujetos activos no es ajena al Derecho penal ya que en todos los delitos especiales sólo pueden ser sujeto activo determinadas personas y no otras, pero estas pueden participar en el hecho<sup>47</sup>. Esta colaboración puede surgir –prosigue BUS-

---

<sup>46</sup> AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*. Arayú, Buenos Aires. 1955, p. 123.

<sup>47</sup> *Vid.*: BUSTOS RAMIREZ, Juan. «La responsabilidad penal de las per-

TOS— tanto en relación al funcionamiento organizativo de la empresa o persona jurídica (*ej.* la forma como se toman las decisiones sociales o de administración) o bien por la forma en que están configurados los estatutos (*ej.* excesiva flexibilidad en los controles o la poca transparencia en relación con la toma de decisiones)<sup>48</sup>.

Como se aprecia, existen conceptos de acción diseñados especialmente para comprender a las empresas, por lo que la elección del concepto de acción depende de las necesidades político-criminales que se tengan que afrontar, necesidades que habrán de ser satisfechas sin vulnerar los lineamientos y principios constitucionales.

### 3.1.2. Incapacidad y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas

El término culpabilidad al que aquí hacemos referencia está vinculado no a su concepción amplia, entendida como garantía de que no se imponga una sanción si es que no se actúa dolosa o culposamente, sino que lo está a su concepción estricta, esto es, al segundo elemento de la teoría del delito cuya concurrencia permite atribuir el hecho antijurídico a su autor.

Al igual que para el concepto de acción, VON LIZST y BELING concibieron a la culpabilidad como el nexo psicológico entre el autor y su hecho. A este concepto psicológico de culpabilidad se le cuestionó la contradicción que significa afirmar la culpabilidad del sujeto cuando éste actúa por

---

sonas jurídicas». En: *El Derecho Penal Hoy*. Homenaje al Profesor Baigún. Maier/Binder (com). Del Puerto, Buenos Aires. 1995, p. 23. *El mismo*. «Perspectivas actuales del derecho penal económico». En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 1. Lima. 1993.

<sup>48</sup> *Cfr.*: BUSTOS RAMIREZ, Juan. «La responsabilidad penal ...». *Cit.*, p. 23.

culpa sin representación<sup>49</sup>, ya que esta clase de negligencia no importa conexión psicológica alguna entre el sujeto y el hecho que realiza, y el tener que negar la culpabilidad cuando el sujeto actúa al amparo de una causa de exclusión de culpabilidad (p.ej. estado de necesidad exculpante) ya que en este caso se niega su culpabilidad aún cuando el sujeto haya querido conseguir el resultado y por tanto existe un nexo psicológico ente el autor y su hecho, lo que resulta por demás contradictorio.

Sobre la base de estas críticas es que surge el concepto normativista de culpabilidad, que entiende a la culpabilidad como un juicio de valor o reproche hacia el sujeto que cometió un hecho antijurídico cuando podía actuar conforme a derecho<sup>50</sup>. Como se advierte, la culpabilidad entendida como «poder actuar de otro modo» tiene al frente un gran obstáculo, su presupuesto: la libertad de la voluntad del ser humano (libre albedrío) y su supuesta desvinculación de la ley de la causalidad que no ha podido –ni podrá– ser empíricamente demostrada<sup>51</sup>.

Es por eso que en la actualidad la culpabilidad o imputación del hecho antijurídico responde a la idea de la nece-

---

<sup>49</sup> Recuérdese que estos autores, en tanto causalistas, entienden que la culpabilidad abarca al dolo y a la culpa.

<sup>50</sup> MIR PUIG diferencia la concepción normativa de la culpabilidad (FRANK, GOLDSCHMIDT Y FREUDENTHAL) de la concepción puramente normativa de la culpabilidad (WELZEL). *Manual ... Cit.*, pp. 533 y ss. La primera, propia del causalismo, ubica al dolo y a la negligencia, junto a la imputabilidad y a la ausencia de causas de exculpación en la categoría de la culpabilidad, mientras que la segunda, propia del finalismo, reemplaza al dolo y a la negligencia por la posibilidad de conocer el carácter antijurídico del hecho.

<sup>51</sup> Sobre las críticas en dicho sentido: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. «¿Tiene algún futuro la dogmática jurídico-penal?». En: *Estudios de Derecho Penal*. Tecnos, Madrid. 1990, JESCHECK, Hains Heinrich. *Tratado ... Cit.*, pp. 562 y ss. y MIR PUIG, Santiago. *Manual ... Cit.*, pp. 542 y 543.

sidad de pena<sup>52</sup>. Como quiera que la culpabilidad es requisito para la imposición de una pena, no puede fundamentarse en algo que no pueda ser demostrado como el libre albedrío, sino en algo demostrable empíricamente como lo es la necesidad de pena, entendida esta como la necesidad de prevención general y especial, ya que la sociedad no se escandaliza ante la imposición de una pena a un delincuente imputable que la merece ni ante la no imposición de pena a un inimputable que ha cometido el mismo hecho antijurídico<sup>53</sup>. En consecuencia, la capacidad de motivación de la norma en los ciudadanos se convierte en el fundamento material de la culpabilidad<sup>54</sup>, ya que la sociedad no reprobará el no castigar a alguien que no puede ser motivado por las normas, mientras que espera que se sancione al que si puede serlo. En suma, siguiendo a ROXÍN, la pena, si bien se *fundamenta* en la utilidad pública que se espera de ella (prevención) debe mantenerse dentro del marco de la culpabilidad del autor, es decir, la culpabilidad es su *límite*. La culpabilidad en tanto límite de la pena limita también el poder de intervención estatal pues el grado de culpabilidad señala el límite máximo de la pena a imponer<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Con diferente matices, MIR PUIG, Santiago. *Manual ...* Cit., pp. 542 y 543, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia. 1993. pp. 320 y ss., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y OTROS. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Praxis. Barcelona. 1996. PP. 202 y ss.; y LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. «Prevención General, Sociedad y Psicoanálisis». En: *CPC*. 16, 1982.

<sup>53</sup> Con más detalle MIR PUIG, Santiago. *Manual ...* Cit., pp. 543 y ss.

<sup>54</sup> *Cfr.*: JESCHECK, Hains Heinrich. *Tratado ...* Cit., p. 564, MIR PUIG, Santiago. *Manual ...* cit. pp. 544, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN. *Derecho ...* Cit., pp. 322 y ss. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y OTROS. *Manual ...* Cit., pp. 203 y ss. Sobre la motivación de la norma penal *Vid.*: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. «¿Tiene algún futuro ...». Cit., y LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. «Prevención General ...». Cit., y MUÑOZ CONDE, Francisco. «Derecho penal y control social (sobre la función motivadora de la norma jurídica penal)». En: *Derecho Penal y Control Social*. Fundación Universitaria de Jerez, Jerez de la Frontera. 1985.

<sup>55</sup> ROXIN, Claus. «Reflexiones político-criminales sobre el principio de

Todos estos conceptos de culpabilidad (psicológico, normativo o el basado en la necesidad de la pena) han sido concebidos para seres humanos, únicos facultados para establecer un nexo psicológico entre ellos mismos y la conducta que realizan (concepción psicológica), o pueden actuar de otro modo y en consecuencia se encuentran sujetos a reproche (concepción normativa) o pueden ser motivados por las normas (necesidad de pena). Así, al margen del concepto de culpabilidad que se prefiera de entre los referidos es fácil concluir que una persona jurídica nunca tendrá capacidad de culpabilidad, por lo que al igual que en el caso anteriormente analizado de la capacidad o incapacidad de acción de las personas jurídicas, la respuesta a la interrogante planteada de si las personas jurídicas tienen capacidad de culpabilidad caerá por su propio peso en tanto no se acepte un concepto de culpabilidad apto para los entes sociales y mientras se siga trabajando con un concepto de culpabilidad exclusivamente pensado para seres humanos.

Al respecto, RUSCONI llama la atención sobre el carácter sorpresivo de fundar una «oposición tan enérgica a la responsabilidad penal de las personas jurídicas de la mano, justamente, del concepto quizá más inestable sistemáticamente de la teoría del delito: la categoría dogmática de la culpabilidad»<sup>56</sup>.

---

culpabilidad». En: *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Reus. Madrid. 1981, pp. 43 y ss. En el mismo sentido, JAKOBS, Günther. «El principio de culpabilidad», en: *ADPCP*. Set-Dic. 1992. pp. 1052, SCHÜNEMANN, Bern. «La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo». En: *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario. Schünemann (com), Silva Sánchez (trad). Tecnos, Madrid, 1991, p. 172 y ss.

<sup>56</sup> RUSCONI, Maximiliano Adolfo. «Persona jurídica y sistema penal ...». Cit., p. 79.

Lógicamente, quienes entiendan que las personas jurídicas no tienen capacidad de acción concluirán que tampoco tienen capacidad de culpabilidad. Sin embargo, es importante precisar que ciertos causalistas toman postura por el *societas delinquere non potest* en sede de culpabilidad, toda vez que es en dicha fase en donde constatan la presencia del dolo o de la culpa<sup>57</sup>.

Para fundamentar, a nivel de culpabilidad, la responsabilidad penal de las personas jurídicas JAKOBS postula un único concepto de culpabilidad válido para todos aquellos «sistemas» que al derecho penal le interesa regular. Así, sostiene que:

«Más difícil es determinar la culpabilidad de la persona jurídica. Con la culpabilidad de sus órganos no está dada la culpabilidad de la persona jurídica al igual que en los casos de participación no se comparte la culpabilidad de los otros partícipes. Pero también se descarta renunciar en absoluto a la comprobación de la culpabilidad. Al igual que en las personas físicas, hay supuestos en que la persona ciertamente actúa, pero puede hacer comprender que las condiciones internas de la acción pueden considerarse indisponibles, o sea, han de disculparse. Especialmente, se trata de que un órgano actúe con efecto para la persona jurídica sin que la competencia del órgano pudiera recortarse mediante los estatutos de la persona jurídica. Aún cuando el órgano se ha impuesto a la persona, sus acciones son también acciones de la persona jurídica, pero no se basan en las pecu-

---

<sup>57</sup> Por todos: RODRÍGUEZ DEVESA, José María y Alfonso SERRANO GÓMEZ. *Derecho Penal. Parte General*. 16° ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1993. pp. 390. En adelante RODRÍGUEZ/SERRANO).

liaridades de esta persona. En tales casos, el marco estatutario legal indisponible es condición de la acción, y por ello, la persona jurídica queda disculpada.» –concluyendo JAKOBS que– «tanto para la acción como para la culpabilidad son idénticas las formas dogmáticas (y no sólo los hombre) en la persona física y en la persona jurídica». <sup>58</sup>

La culpabilidad de las personas jurídicas, según la concepción jakobsiana, queda limitada por sus estatutos, de ahí que la persona jurídica no sea culpable de las acciones que sus órganos cometan al margen de las facultades que le confiere el estatuto, ni de los actos que cometan los órganos que hayan sido elegidos sin respetar las normas pertinentes<sup>59</sup>. Se trata pues de un concepto de culpabilidad social que deja de lado la capacidad fáctica del autor y pone el acento en la imputación de los efectos que el ente social genera sobre la base de necesidades político-criminales.

Quienes prefieren esbozar un concepto de culpabilidad propio para las personas jurídicas y mantener el clásico para las personas naturales parten normalmente de la culpabilidad social por «defecto de organización» concepto diseñado por el Profesor Klaus TIEDEMANN. Este autor parte de analizar el artículo 30 OWiG (Ley sobre las Contravenciones de Alemania) que prevé la imposición de multas administrativas a las personas jurídicas o asociación de personas –algo muy común entre las normas administrativas peruanas–, acepta luego que dicha norma se dirige inmediatamente a las personas jurídicas en tanto que éstas

---

<sup>58</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal ...* Cit., pp. 183 y 184. Críticamente, SCHÜNEMANN, Bern. «*La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea*». En: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo (Jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann)*. Madrid. 1995, p. 587.

<sup>59</sup> En el mismo sentido ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. «Capacidad de acción ...». Cit., p. 623.

puedan producir los comportamientos exigidos por las normas de conducta (acciones y omisiones) y en tanto que el Tribunal Constitucional Federal ha abierto la posibilidad de imputar al ente colectivo como conducta propia la actuación de las personas naturales (órganos)<sup>60</sup>, concluyendo que es posible establecer un concepto de culpabilidad en sentido amplio orientado a categorías sociales y jurídicas en lugar de la culpabilidad humana entendida en el sentido clásico como defecto personal y ético. Este concepto de culpabilidad es la culpabilidad por defecto de organización de la empresa, a la cual se arriba comparándola con otras empresas del mismo tamaño y en situación similar, la cual se resume en la siguiente frase: las personas naturales que integran los órganos cometen delitos y contravenciones con ocasión del desempeño de los negocios del ente colectivo y éste debe ser responsabilizado por ello. «Los hechos individuales (hechos de conexión) son por lo tanto vistos en ese sentido como delitos del ente colectivo porque éste ha omitido —a través de sus órganos o representantes— las medidas de precaución necesarias para garantizar un giro comercial ordenado y no delictivo»<sup>61</sup>. Este principio de responsabilidad no es nuevo —prosigue TIEDEMANN— ya que es el mismo que declara la punidad en los casos de *actio libera in causa*, se apunta así a la omisión previa de tomar las medidas organizativas dirigidas a evitar las infracciones<sup>62</sup>.

Sin embargo, la prueba de que los entes colectivos adop-

---

<sup>60</sup> Vid.: TIEDEMANN, Klaus. «Punibilidad y responsabilidad administrativa ...». Cit., pp. 28-30.

<sup>61</sup> TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico ...* Cit., p. 233. *El mismo* «Punibilidad y responsabilidad administrativa ...». Cit., p. 30.

<sup>62</sup> TIEDEMANN, Klaus. «Punibilidad y responsabilidad administrativa ...». Cit., p. 32. Críticamente, SCHÜNEMANN, Bern. «La punibilidad de las personas jurídicas ...». Cit., pp. 558 y PEREZ MANZANO, Margarita. «La responsabilidad penal ...» Cit., pp. 23 y 24.

tan una organización eficiente no altera la culpabilidad por defecto de organización, en palabras de su autor «no es necesario que con el fin de sancionar al ente se pruebe que el hecho de conexión se retrotrae causalmente a un defecto de organización»<sup>63</sup>, con lo cual todos los esfuerzos que estén destinados a probar la falta de culpabilidad por defecto de organización están condenados al fracaso, ya que ésta queda demostrada –y sin posibilidad de prueba en contrario– cuando se cometa un delito en el seno de una empresa.

HIRSCH apuesta también por la culpabilidad de las empresas, apuntando (i) que a lo largo de la historia se ha venido culpando no sólo a organizaciones sino incluso a Estados –pone como ejemplo el art. 231 del Tratado de Versalles en virtud del cual las potencias vencedoras imputaron al Imperio Alemán la culpabilidad por el inicio de la I Guerra Mundial–; (ii) que a las asociaciones de personas se les reconoce honor; y, (iii) que en el derecho contravenacional se les reconoce capacidad de culpabilidad, por lo cual es posible hacer un paralelismo entre éste y el Derecho penal «en lo que se refiere a la libre autodeterminación»<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> TIEDEMANN, Klaus. «Punibilidad y responsabilidad administrativa ...». Cit., p. 34. Críticamente, ACHENBACH, Hans. «Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el derecho alemán». En: *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Bosch, Barcelona. 1995. J.M. Silva Sánchez (ed. española). pp. 405.

<sup>64</sup> HIRSCH, Hans Joachim. «La cuestión de la responsabilidad ...» Cit., pp. 1109-1110. Críticamente, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. «Sobre la responsabilidad penal ...» Cit., pp. 133. al entender que «es imposible compaginar la culpabilidad fundada sobre y para la persona física (audeterminación), para la jurídica».

Desde nuestro punto de vista la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser sujetos de honor no es dable, con más detalle y con referencias: MEINI MÉNDEZ, Iván. «Libertad de Expresión y Delitos Contra el Honor», Conferencia expuesta en el V Congreso Nacional de Estudiantes de Derecho. Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, Ayacucho. diciembre, 1996. *El mismo*, «La discutible configuración del *animus difamandi*

Sería esta una *culpabilidad colectiva* que no se corresponde con la sumatoria de la culpabilidad de los socios individuales de la asociación (la asociación no es la suma de todos sus socios, es un ente aparte e independiente), sino con la posibilidad de que los perjuicios que se derivan de la culpabilidad de la asociación para una corporación sean percibidos por sus miembros<sup>65</sup>.

Un reducido sector de la doctrina, encabezado por SCHÜNEMANN, prefiere dejar de lado el principio de culpabilidad en su intento por construir un sistema de sanciones penales para las personas jurídicas, al entender que la imposición de una sanción contra una persona jurídica no requiere la constatación de su culpabilidad y que esto no atenta contra un Derecho penal basado en un Estado de Derecho<sup>66</sup>. Esta tesis importa aceptar la existencia de un interés público predominante que se refleja en el *estado de necesidad del bien jurídico*, esto es:

«un estado de necesidad de prueba y con ello un estado de necesidad de prevención en el marco de una empresa que no puede demostrar la autoría de una determinada persona natural y de que un

---

en los Delitos Contra el Honor». En: *Benites, Mercado & Ugaz, Abogados*. Informe N° 30. 1997.

<sup>65</sup> HIRSCH, Hans Joachim. «La cuestión de la responsabilidad ...» Cit., p. 1101. Asume este planteamiento; RUSCONI, Maximiliano Adolfo. «Persona jurídica y sistema penal ...». Cit., pp. 80 y 81.

<sup>66</sup> *Vid.*: SCHÜNEMANN, Bern. «La punibilidad de las personas jurídicas ...» Cit., es especial pp. 588 y ss. Asume esta postura BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas ...». Cit., quien sostiene, gráficamente, que es «preferible esta conclusión que no prostituir el principio de culpabilidad, que referido a la persona jurídica, siempre sería culpabilidad por el hecho de otro». pp. 31. Críticamente, HIRSCH, Hans Joachim. «La cuestión de la responsabilidad ...» Cit., p. 1108; ACHENBACH, Hans. «Sanciones con las que se puede castigar a las empresas ...» Cit., pp. 404 y 405 y SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. «Sobre la responsabilidad penal ...» Cit., p. 133.

fallo de organización de la empresa ha facilitado, al menos, el hecho o, en su caso, al menos ha hecho más difícil su demostrabilidad; este estado de necesidad preventivo —prosigue SCHÜNEMANN— puede legitimar una sanción independiente de la culpabilidad similar a las viejas conocidas medidas de seguridad y corrección penales, teniendo en cuenta que los socios de la empresa, únicos afectados por la multa, no podrían sentirse injustamente tratados según el principio de iniciativa, porque ellos han originado la actividad empresarial de la empresa socialmente dañina»<sup>67</sup>.

En tal medida, el referido estado de necesidad preventivo se hace patente ante la imposibilidad de identificar al autor cuando la infracción genera algún beneficio para la empresa y cuando faltaron las medidas de vigilancia exigidas para evitar la infracción<sup>68</sup>.

Como se puede apreciar, las personas jurídicas serán capaces de culpabilidad dependiendo del concepto de culpabilidad que se utilice.

### 3.1.3. Incapacidad y capacidad de pena de las personas jurídicas

La doctrina mayoritaria postula que el principio de culpabilidad sirve, más allá de como se conceptualice, o bien como fundamento o bien como límite de la pena. La necesidad de vincular la pena a un reproche (entendido no según el concepto normativo de la culpabilidad sino en un sentido literal) radica en evitar la instrumentalización de la perso-

---

<sup>67</sup> SCHÜNEMANN, Bern. «La punibilidad de las personas jurídicas ...» *cit.* en especial p. 589.

<sup>68</sup> *Cfr.*: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español». *Cit.*, p. 31.

na. Si el Estado impone una pena a una persona sin que ésta merezca un reproche por el hecho cometido, o en todo caso, merezca un reproche menor que el que correspondería a la medida de la pena, la incluye —a diferencia de lo que ocurre en el caso de la pena merecida— entre los objetos del derecho de cosas<sup>69</sup>.

A lo largo de la corta historia del Derecho penal la pena ha merecido diversas fundamentaciones. Según la teoría absoluta o de la retribución la pena es un mal que se impone a quien, precisamente ha cometido otro mal representado por el delito, de manera que el fundamento y medición de la pena respondía a la gravedad del mal o delito cometido por el sujeto con lo cual, por un lado, se evita instrumentalizar al ser humano en cuanto fin en sí mismo (KANT) y se regresaba al *estatus quo* anterior de bienestar a la comisión del delito neutralizando el mal causado con el delito con la imposición de otro mal mediante la pena (HEGEL). Por su parte, las teorías relativas de la pena, en sus clásicas manifestaciones de prevención general y prevención especial, han fundamentado la pena, la primera como la coacción psicológica representada en el mensaje que se envía a la sociedad con la imposición de una pena a un sujeto determinado (FEUERBACH), —lo que equivale a prevenir la comisión de futuros delitos con el ejemplo del castigo ajeno—; y, la segunda como (i) intimidación para los delincuentes ocasionales que no requieren corrección, (ii) rehabilitación para quienes tienen esa capacidad, (iii) inocuización para los que no son capaces de corrección (VON LISZT)<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> Cfr.: JAKOBS, Günther. «El principio de culpabilidad» Cit., p. 1052.

<sup>70</sup> La prevención especial fue difundida por Franz VON LISZT en su conocido «Programa de Marburgo» de 1882, publicada bajo el título «La idea del fin en el Derecho Penal». Puede revisarse la traducción de Carlos Pérez del Valle con la introducción y nota bibliográfica de José Zugaldía Espinar:

Siendo en éste último caso perpetua la pena. Como se aprecia, detrás de las teorías absolutas descansa la idea de la justicia ciega mientras que detrás de las teorías relativas la de utilidad.

A las teorías absolutas o retributivas se les critica el no ser compatibles con un Estado de Derecho, ya que la idea de sancionar por venganza bajo la modalidad del «ojo por ojo» es, *per se*, vulneradora de la dignidad del ser humano y ajena a todo criterio de utilidad social. A la teoría de la prevención general se le critica, principalmente, el no ser útil frente a los denominados «delincuentes de conciencia» quienes difícilmente se reprimirán el cometer delitos ante una amenaza de pena (p.ej. un terrorista islámico), mientras que a la teoría de la prevención especial se le critica, principalmente, el poder resultar ajena a toda idea de utilidad al prevenir el internamiento perpetuo de aquel que no tiene visos de resocialización.

Al intentar unificar criterios y aprovechar lo positivo de cada teoría surgen las teorías mixtas de la pena, sin embargo, los defectos de estas teorías no se suprimen entre sí sino que se multiplican<sup>71</sup>. Sobre esta crítica, ROXÍN elabora su «teoría dialéctica de la unión», en la que diferencia tres niveles de aplicación y fundamentación asociando a cada uno un fin determinado de la pena. En la conminación o criminalización primaria debe primar el factor preventivo-general entendido como aseguramiento de bienes jurídicos; en la imposición de la pena o criminalización secundaria recomienda también el criterio preventivo-general pero

---

Franz VON LISZT. La idea del Fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882. Comares, Granada. 1995.

<sup>71</sup> Cfr.: ROXÍN, Claus. «Sentido y límites de la pena estatal» En: *Problemas básicos de Derecho Penal*. Traducción Diego Luzón Peña. Reus, Madrid. 1976, p. 19.

teniendo a la culpabilidad como límite de la pena, y; por último, la etapa de ejecución de la pena debe estar inspirada en el criterio preventivo-especial entendido como resocialización<sup>72</sup>.

La prevención general ha sido, tal vez, la que más atención ha merecido por parte de la doctrina. Se logra diferenciar entre prevención general negativa y positiva, en donde la primera es el uso de la intimidación por parte del Estado en la imposición de una pena para que los ciudadanos respeten las reglas mínimas de convivencia social (al más puro estilo de FEUERBACH). La segunda –prevención general positiva– es hoy entendida como integración o estabilización en tanto que es la vulneración de la norma penal y, en consecuencia, la necesidad de demostrar su vigencia mediante la imposición de una pena, lo que fundamenta su imposición.

Como se puede inferir, dependerá del fundamento, fines y sobre todo de la orientación práctica que se le asigne a la pena el poder sancionar o no a una persona colectiva. Así, se podría pensar que una empresa no puede ser intimidada o resocializada pero esto obedece –en nuestro concepto– a dos motivos. El primero; depende de como se conciba a la empresa, ya que si se entiende que es un ente que tiene existencia independiente de la sus miembros y como tal es destinataria de las normas y puede cumplirlas o incumplirlas es lógico concluir que pueda ser intimidada o que al imponerle una sanción recobre vigencia la norma que la persona jurídica vulneró, e incluso, así vista, puede ser resocializada, ya que la imposición de una sanción a una persona jurídica produce un efecto frente a otras personas

---

<sup>72</sup> Cfr.: ROXÍN, Claus. «Sentido y límites ...» Cit., pp. 20 y ss.

jurídicas comparable —de cara a los resultados que produce— al que produce la imposición de una pena a una persona natural frente a las demás personas naturales (prevención general) y con la imposición de una pena la empresa sancionada se cuidará más aún que lo que ocurre con las personas naturales<sup>73</sup>. El segundo motivo está referido a que si se opta por un concepto de culpabilidad válido únicamente para seres humanos se descarta inmediatamente toda posibilidad de sancionar a las personas jurídicas.

Se afirma también que si se acepta la capacidad de pena de las personas jurídicas, éstas no podrían ser sancionadas con pena privativa de libertad ya que es materialmente imposible encerrarla en un centro penitenciario. Esto es cierto, pero también lo es que la pena privativa de libertad no es la única que prevé nuestro ordenamiento jurídico, precisamente, existen las penas de multa e inhabilitaciones que vienen siendo aplicadas por el Derecho administrativo sancionador. Queda claro, entonces, que si se opta por la responsabilidad penal de las personas jurídicas existen penas aplicables, penas que guardan coherencia con su naturaleza y posibilidades de cumplimiento por parte de la propia persona jurídica.

Es más, esta misma crítica bien puede ser aplicada contra quienes sostienen que el principio de personalidad de las penas impediría sancionar penalmente a las personas jurídicas<sup>74</sup>. De igual manera, si se optara por asumir la

---

<sup>73</sup> Expresamente HIRSCH, Hans Joachim. «La cuestión de la responsabilidad ...» Cit., p. 1113. Así también TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones ...* Cit., p. 234, para quien incluso se cumple el fin de la retribución en sentido amplio.

<sup>74</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. «De nuevo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas». En: *ADPCP*, Madrid. 1981, p. 373. *El mismo* «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho europeo actual». En: *Cuadernos de Derecho del Poder Judicial*. Madrid. 1994, p. 106. *El*

responsabilidad penal de las personas jurídicas el principio de personalidad de las penas tal y como se concibe –la pena será aplicable únicamente a la persona que cometió el hecho – no es aplicable y por lo tanto, o es desterrado o se modifica y reestructura de manera tal que pueda ser aplicable también a las personas jurídicas. En suma, como se ha venido repitiendo, no es posible evaluar una postura doctrinaria sobre la base de conceptos o principios que desde su definición la rechazan.

Otro argumento en contra de la responsabilidad penal de la persona jurídica que tiene relación con la imposición de una pena, es que al imponerse la pena se estaría sancionando a inocentes que no han tenido participación en el hecho delictivo<sup>75</sup> (accionistas). Esta crítica es válida en todo sentido, pero también hay que reconocer que sucede exactamente lo mismo en el campo del Derecho administrativo sancionador cuando se impone una multa a una persona jurídica y son los socios o accionistas inocentes, en este caso a extramuros del Derecho penal, los que resultan perjudicados. De ahí que un sector de la doctrina acepte el costo que significa que «la intervención del Derecho penal en el control de la actividad ilícita generará algún daño, allí donde

---

*mismo*: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español». Cit., p. 22. *El mismo*: Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos. 2º ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid. 1993, p. 575. Así también, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español». En: *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Bosch, Barcelona. 1995. J.M. Silva Sánchez (ed. española), p. 367. Durante mucho tiempo BAJO FERNANDEZ defendió la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas por así prohibirlo, junto al principio de culpabilidad, el de personalidad de las penas. Ahora la acepta al concebir un sector del derecho penal especialmente diseñado para sancionar a las personas jurídicas que deja al margen al principio de culpabilidad.

<sup>75</sup> Cfr.: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «Responsabilidad penal de las empresas ...» Cit., p. 367.

no es deseable político-criminalmente»<sup>76</sup>. Es lo mismo que sucede cuando el padre de familia es internado en un centro penitenciario en donde la esposa y los hijos resultan, también, perjudicados, pero ello no impide que se aplique la sanción al padre de familia que ha delinquido.

Por último, la reclamada imposición de penas a las personas jurídicas es, por lo general, consecuencia de la imposibilidad de reunir las pruebas necesarias que indiquen fehacientemente la identidad de la persona natural perteneciente a las esferas de la empresa en cuyo seno se cometió el delito.

En suma, la capacidad o incapacidad de pena de las personas jurídicas depende de si ostentan o no capacidad de culpabilidad, o alguna categoría que haga las veces de ésta —estado de necesidad del bien jurídico en la concepción de SCHÜNEMANN—. Lógicamente, quienes diseñan o adoptan un concepto de culpabilidad que abarca la de las personas jurídicas o diseñan o adoptan uno especial y exclusivo para ellas, lo hacen precisamente para fundamentar la imposición de penas a las personas jurídicas. Entonces, la interrogante de si se cumplen los fines que se les asignan a las penas en el supuesto de que se impongan a las empresas queda reducido a un juego de palabras, en el sentido de que aún cuando semánticamente se utilicen en el mismo sentido (la prevención general y la especial se cumplen tanto en el caso de personas naturales como jurídicas) la interrogante planteada ha sido ya respondida cuando se afirma o niega la capacidad de culpabilidad o de aquella otra categoría —estado de necesidad del bien jurídico— que fundamenta la pena.

---

<sup>76</sup> RUSCONI, Maximiliano Adolfo. «Persona jurídica y sistema penal ...». Cit., p. 84.

### 3.2. Toma de postura

Lo que hasta este momento hemos pretendido es demostrar que si se viene negando la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es porque las categorías utilizadas que fundamentan la punibilidad, a saber, capacidad de acción, capacidad de culpabilidad y capacidad de pena, han sido dadas y fundamentadas exclusivamente para las personas naturales, por lo que es lógico sostener, en base a dichas categorías, que los entes colectivos no son ni pueden ser hoy por hoy responsables penalmente. Sin embargo, el nivel de análisis no debe agotarse en este punto, hay que cuestionarse si de cara a las necesidades político-criminales que la delincuencia de empresa genera y dentro del campo de actuación que permiten los principios y lineamientos constitucionales se debe adoptar un concepto de acción, de culpabilidad y de capacidad de pena que permita sancionar penalmente a las personas jurídicas.

Ya hemos visto que en el ámbito doctrinario hay ciertos avances en tal sentido, más aún, países como Estados Unidos de Norteamérica, Holanda, Francia, Canadá, Bélgica, Australia y Guatemala son partidarios de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas y como tal han introducido en su normatividad penal el *societas delinquere potest*.

Entendemos que una de las grandes diferencias entre el derecho sancionador y las demás ramas del Ordenamiento Jurídico que regulen el tema de la responsabilidad, es que la primera impone una sanción mientras que las segundas no lo hacen, se limitan simplemente a buscar la reparación del daño causado. Esta afirmación puede parecer bastante obvia, pero hay que ir al plano práctico para darse cuenta de su trascendencia. Cuando se incumple un contrato, el Juez civil ordenará la ejecución forzada, la ejecución por

tercero o la resolución del contrato y el pago de la indemnización, en cambio, en el campo del *derecho sancionador* el Estado impone no solamente la reparación del daño sino un castigo que no tiene como fundamento el resarcimiento del daño producido. En pocas palabras, cuando se exige al sujeto activo algo más que el resarcimiento del daño causado, estaremos ante el derecho sancionador, el cual puede manifestarse en su forma clásica de derecho penal o como derecho administrativo sancionador.

Esta idea, en nuestro concepto, primordial, nos permite afirmar que si se faculta al Derecho sancionador imponer sanciones y a las demás ramas del Ordenamiento jurídico no, es porque se exige al Derecho sancionador la comprobación de «algo» para imponerlas, «algo» que a las demás ramas del Ordenamiento jurídico no se les exige para requerir, simplemente, la reparación del daño causado. Lógicamente, ese «algo» guarda íntima relación con la naturaleza de la sanción, ya que es, precisamente, lo que fundamenta y permite la imposición de ese *plus* adicional a la simple reparación del daño que significa toda sanción.

La norma penal (norma que contiene una sanción) desencadena en los individuos determinados procesos psicológicos que les inducen a respetar los bienes jurídicos que dicha norma tutela, siendo del caso que estos mecanismos psicológicos no se presentan aislados sino que forman parte de un complejo proceso llamado motivación.<sup>77</sup> No vamos a entrar a discutir si la motivación opera mediante la amenaza de imposición de pena o mediante la convicción de la le-

---

<sup>77</sup> Cfr.: MUÑOZ CONDE, Francisco. «Derecho penal y control social (sobre la función motivadora de la norma jurídica penal)». En: Derecho Penal y Control social. Fundación Universitaria de Jerez. Jerez de la Frontera, 1985, p. 31.

gitimidad del derecho penal, ya que de una u otra forma siempre estaremos en presencia de la motivación.

En nuestro concepto, la imposición de una sanción solamente puede quedar justificada por necesidades de prevención general y especial frente a una persona que, por lo menos, tiene la posibilidad de conocer y comprender las reglas de convivencia social cuya violación genera la imposición de la sanción y, por la importancia del bien jurídico que se pretende tutelar. Si la persona o el ente no ha podido ser motivado por las normas no se le puede sancionar por transgredirlas. En otras palabras, sólo la imposición de una pena o sanción a quienes han podido ser objeto de motivación por parte de las normas se ajusta a un Estado de Derecho.

Aquí radica la principal diferencia entre el Derecho sancionador y aquellas otras ramas del Ordenamiento jurídico que solamente regulan el resarcimiento del daño. Mientras el primero debe imponer una sanción sobre la base cierta de que las personas han podido recibir la motivación aunque no hayan actuado conforme a esta —la sanción recae, a fin de cuentas sobre los individuos obligados por la norma<sup>78</sup>—, las segundas se contentan —o deberían contentarse— con la constatación de un daño y la exigencia del resarcimiento de dicho daño, esto es, no tienen porque entrar a valorar la motivación ya que quien genera un daño a otro tiene que resarcirlo sin importar si lo hizo por dolo, culpa leve o culpa inexcusable<sup>79</sup>, pero no tiene que soportar una

---

<sup>78</sup> Cfr.: KAUFMANN, Armin. *Teoría de las Normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*. Traducción de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés. Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 167. Quien sostiene que lo decisivo no es la cuestión del destinatario de la norma, ya que lo somos todos, incluso los inimputables, sino la cuestión del sujeto obligado por la norma.

<sup>79</sup> Salvo en los casos del ejercicio regular de un derecho, legítima defen-

sanción<sup>80</sup>. Es claro pues, que solamente se puede imponer una sanción penal a quien puede evitar comportarse de la manera prohibida, esto es, el sujeto en quien recaiga la pena tiene que ser motivable.

En este punto, siguiendo a GRACIA MARTÍN, es importante hacer la diferenciación entre el sujeto de la acción y el sujeto de la imputación. En el caso de las personas naturales, casi siempre coincidirán ya que éstas poseen las cualidades existenciales de producir por sí y para sí misma los efectos que luego le pueden ser jurídicamente imputados, pero en el caso de una persona jurídica nunca ya que ésta sólo puede actuar por intermedio de sus órganos<sup>81</sup> y será, en consecuencia, para el derecho penal solamente sujeto de imputación más no sujeto de la acción. Como se ha venido sosteniendo, la cuestión a analizar radica en si se puede y/o debe imputar a la persona jurídica las acciones cometidas por sus órganos y sostener que las personas jurídicas son capaces de acción en virtud de la imputación de acuerdos, actos y efectos de los órganos de representación a la persona jurídica.

El sujeto de la acción tiene que ser un ente con capacidad de actuar conforme a la motivación –elemento vital para imputar una acción a quien realmente la realiza–, lo cual importa aceptar que es un ser que actúa voluntaria-

---

sa, caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de tercero o imprudencia de quien padece del daño.

<sup>80</sup> El que esta postura no encuentre amparo normativo en el Código Civil, en donde se diferencia entre dolo, culpa grave y culpa inexcusable, no quiere decir que no sea correcta. Sin embargo, reconocemos que no es viable de *lege data*, pero si de *lege ferenda*.

<sup>81</sup> Cfr.: GRACIA MARTÍN, Luis. «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas». En: *Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto*. Bosch, Barcelona. 1996, p. 40. Lo sigue, PÉREZ MANZANO, Margarita. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas». AP. Volumen1. 1995, p. 20.

mente por lo que se le puede y debe imputar su acción: sujeto de la acción y sujeto de imputación en el caso de las personas naturales coinciden. Como quiera que *las personas jurídicas no tienen la capacidad de hacer lo que sus representantes no quieren hacer* ya que actúan por intermedio de éstos, su voluntad no es sino –hablando en términos realistas– la de sus representantes. Por eso, al no tener voluntad propia tienen que contentarse con la actuación en su nombre de sus órganos, de suerte que «no parece posible integrar en el supuesto de hecho de la imputación a la persona jurídica nada más que los *efectos*, es decir, la situación de hecho objetiva, resultante de la *acción* de la persona humana. La *voluntad de la acción*, en cambio, no parece posible imputarla a la persona jurídica, sino que queda (...) en la esfera jurídica del representante»<sup>82</sup>.

El destinatario de una norma de conducta sólo puede ser un sujeto con respecto al cual ésta sea susceptible de concretarse, alguna vez, en deber, lo cual puede suceder, únicamente, con respecto al sujeto capaz de acción. Así, las personas quienes ostentan la titularidad del órgano y ejercen la representación de la persona jurídica son precisamente los sujetos en quienes, por tener capacidad de acción, puede concretarse en deber la norma de determinación orientada a la protección de la relación de distribución de bienes en la que aparece como sujeto la persona jurídica.

Las personas naturales que ocupan cargos de dirección o gerenciales al interior de la empresa son quienes actúan de acuerdo o en desacuerdo con las normas, luego, sobre los efectos de estas conductas realizadas por el órgano de representación es que recae el juicio normativo de si debe

---

<sup>82</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. «La cuestión de la responsabilidad ...». Cit., p. 42.

imputárseles, a la persona jurídica que representa o a ambos. Traducido al campo del Derecho penal, una vez que el órgano de representación de una empresa realiza un acto, recién se evalúa la imputación y consiguiente atribución de dicho acto a la persona jurídica que representa y en cuyo nombre ha actuado. Dependiendo en que sector del Ordenamiento jurídico nos encontremos variará la repuesta a dicha imputación. En mi concepto, aquí radica el problema de quienes pretenden fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, *ya que la sanción en un Estado de Derecho, por lo que significa, ha de imponerse únicamente a quien ha podido ser motivado para actuar conforme a derecho, cualidad exclusiva e inherente de las personas naturales que no comparten las jurídicas. Por todo esto, consideramos que, **dogmáticamente, las personas jurídicas no son sujetos capaces de acción.***

Ello no obsta a que en otras ramas del Ordenamiento jurídico se reconozca a las personas jurídicas como sujetos de acción (*v.gr.* derecho civil) o que la acción de sus órganos les sea imputada sin problema alguno, pero no en Derecho penal ni en otra rama que imponga sanciones.

Por lo mismo, no compartimos el planteamiento de autores como JAKOBS, HIRSCH, TIEDEMANN, SERRANO que afirman que en tanto que las normas se dirigen a las personas jurídicas estas pueden cumplirlas o incumplirlas y son, en consecuencia, sujetos capaces de acción. Esta es una afirmación que se puede calificar de parcialmente válida, ya que es un argumento válido para otras ramas jurídica ajenas al Derecho sancionador, pero no para el Derecho sancionador que requiere la capacidad de actuar voluntariamente. La imputación a la persona jurídica de las acciones y efectos de sus órganos planteada por estos autores podrá darse únicamente en cuanto a los efectos, más no en

cuanto a la voluntad de la acción, algo que, en nuestro concepto, es vital para imponer una sanción.

Así, tampoco compartimos el sentir de BUSTOS cuando afirma que la responsabilidad penal de las personas jurídicas bien puede fundamentarse en la participación, ya que si bien es cierto —como el mismo BUSTOS sostiene— que el *extraneus* puede ser partícipe en un delito especial propio, lo es también que éste actúa voluntariamente, lo que no puede suceder en el caso de una persona jurídica.

Lógicamente, si negamos la capacidad de acción en sentido jurídico penal de las personas jurídicas tendremos que negar también su capacidad de culpabilidad y su capacidad de pena.

Las fórmulas que intentan afirmar la culpabilidad por defecto de organización (TIEDEMANN) no pueden ser equiparadas, como pretenden sus autores, a las fórmulas del *actio libera in causa*, ya que quien se encuentra en un estado de *actio libera in causa* no es sino un inculpable momentáneo o dicho en otras palabras, le falta culpabilidad únicamente durante el lapso de tiempo que dura el *actio libera in causa*, mientras que la incapacidad de culpabilidad de la persona jurídica es permanente<sup>83</sup>.

Las pretendidas funciones de prevención general y especial que cumplirían las penas en caso fueran impuestas a las personas jurídicas (HIRSCH, TIEDEMANN, RUSCONI) tienen que ser apreciadas en su verdadera dimensión. En efecto, aún cuando las penas sean impuestas a las personas colectivas, la intimidación que significa la preven-

---

<sup>83</sup> En el mismo sentido, SCHÜNEMANN, Bern. «La punibilidad de las personas jurídicas ...». Cit., p. 558 y PÉREZ MANZANO, Margarita. «La responsabilidad penal ...». Cit., pp. 23 y 24.

ción general recaería sobre los directores o representantes de otras empresas, al igual que serían los directores o representantes de la empresa sancionada los que en el futuro tendrían mayor cuidado para no volver a permitir que sus representadas sean sancionadas<sup>84</sup>. Que esto se manifieste o exteriorice en actos que pueden ser calificados como «propios de la empresa» y que permitan hablar en términos más bien coloquiales como una «empresa resociabilizada» o una «empresa precavida» no impide apreciar que, en realidad, los actos que la empresa realice en mérito a la prevención general y especial siguen siendo acuerdos tomados por los órganos competentes en atención a la experiencia ajena (prevención general) o a la propia (prevención especial).

Somos consientes de que hemos venidos refutando argumentos a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en base, generalmente, a conceptos como la motivación y la voluntad que son válidos exclusivamente para afirmar la responsabilidad penal de las personas naturales, por lo que la crítica de ZUGALDÍA en el sentido de que no se puede responder a la interrogante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas partiendo de conceptos exclusivos para seres humanos<sup>85</sup>, bien podría caer sobre nosotros. Sin embargo, nos hemos permitido formular algunas críticas a los conceptos de acción, culpabilidad y pena esbozados para fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas partiendo no de argumentos dogmáticos, sino de hechos reales y pragmáticos, que son a fin de cuentas los que el Derecho penal, al igual que todo el Ordenamiento jurídico, han de regular.

---

<sup>84</sup> En el mismo sentido, MAPELLI CAFFARENA, Borja. «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal». En: *Revista Penal*, 1. 1997, p. 47.

<sup>85</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas». En: *CPC*, 1994, 53, pp. 621 y 622.

Por todo lo dicho hasta el momento compartimos la vigencia de la fórmula *societas delinquere non potest* en un plano estrictamente dogmático de *lege data*. Ahora bien, resta analizar si las actuales necesidades político-criminales que plantea la represión de la delincuencia empresarial quedan satisfechas con el recurso a instituciones jurídicas ya existentes o si en un marco político-criminal de *lege ferenda* hay que apostar por la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, en consecuencia, adoptar conceptos dogmáticos de acción, culpabilidad y pena propios para personas colectivas, conceptos que no tendrían porque ser inmutables al igual que los aquí planteados.

Una consecuencia directa de lo que hemos venido afirmando (que el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal son parte del mismo Derecho Sancionador o ejercicio del *ius puniendi* y que la posibilidad de motivación es una característica de quienes pueden ser sancionados) es que a las personas jurídicas tampoco se les reconozca capacidad de acción en el Derecho administrativo sancionador y, por ende, no puedan ser sancionadas, tampoco, en sede administrativa<sup>86</sup>. Esta idea, inviable de *lege data* a la luz de las diversas normas administrativas que prevén sanciones contra empresas no significa que el derecho en general, ni el Derecho penal en especial, se mantengan al margen frente a la creciente criminalidad empresarial, pero lo idóneo es elaborar un sistema de imputación de consecuencias jurídicas del delito o de consecuencias jurídicas del ilícito administrativo propio para las personas jurídicas que conviva junto al sistema —clásico— de consecuencias jurídicas del delito aplicable a las personas naturales.

---

<sup>86</sup> Posibilidad que confrontada por la legislación vigente, es insostenible de *lege data*. En el mismo sentido, únicamente, GRACIA MARTÍN, Luis. «La cuestión de la responsabilidad ...». Cit., p. 45.

Desde nuestro particular punto de vista el hecho que en Derecho penal no se apliquen sanciones a las empresas pero sí en Derecho administrativo es una incoherencia jurídica<sup>87</sup>. Por los argumentos expuestos anteriormente, no concebimos que una rama del Derecho sancionador (Derecho penal) niegue legalmente la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas mientras que otra (Derecho administrativo) lo fomente, ya que el punto clave, en nuestro concepto, es que en tanto se trate de la imposición de una sanción existe un mínimo que debe ser respetado: la posibilidad de que a quien o a lo que se sancione haya podido comportarse de manera que su conducta no acarree la sanción, elemento que no concurre en las personas colectivas.

En efecto, si bien es cierto que no se puede traspasar en bloque los principios, límites y garantías del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador, tampoco podemos negar que antes de pensar en dicha posibilidad hay que aceptar que tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo sancionador son manifestaciones del Derecho sancionador y, en tal medida, comparten la atribución de imponer sanciones. No se trata entonces de analizar si el Derecho administrativo sancionador o el Derecho penal, individualmente considerados, pueden imponer sanciones a personas jurídicas, sino si el Derecho sancionador, como género, puede hacerlo. En nuestro concepto, y conforme a lo explicado, *dogmáticamente* no es posible que el Derecho sancionador imponga sanciones a personas jurídicas, sólo puede imponer sanciones sobre personas naturales.

---

<sup>87</sup> Anteriormente habíamos postulado lo contrario, en el sentido de que la responsabilidad de las personas jurídicas no ameritaba ser trabajada en sede penal, sino, en todo caso, en sede administrativa. *Vid.*: MEINI MÉNDEZ, Iván. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas ...» Cit.



## Capítulo III

### Cuestiones de índole político-criminal sobre *el societas delinquere non potest*

#### 1. Introducción

Hemos visto que la respuesta a la interrogante de si se *puede o no se puede* responsabilizar penalmente a las personas jurídicas varía según los conceptos de acción, culpabilidad y pena que se adopten. Acorde con ello, quienes trabajen con conceptos esbozados exclusivamente para seres humanos la respuesta aparece bastante obvia. Sin embargo, consideramos que el si se *puede o no se puede* responsabilizar penalmente a las empresas debe estar sometido al si se *debe o no se debe* responsabilizarlas, esto es, al merecimiento y necesidad de dicha responsabilidad. En tal sentido, habrán de ser las necesidades político-criminales las que en última instancia determinen el dejar de lado ciertos conceptos que impiden de plano cuestionarnos sobre la derogación del *societas delinquere non potest*.

Comúnmente se ha venido exigiendo responsabilizar penalmente a las personas jurídicas en atención a los siguientes argumentos: *en primer lugar*, los elevados, irreversibles e irreparables perjuicios que ocasiona la delin-

cuencia empresarial<sup>1</sup>; *en segundo lugar*, las dificultades probatorias que en materia de criminalidad empresarial, se sostiene, aumentan con relación a los delitos comunes e imposibilitan identificar certeramente al culpable individual<sup>2</sup>; *en tercer lugar*, la carencia de instrumentos del Derecho penal para reprimir y prevenir la comisión de delitos empresariales; *en cuarto lugar*, la actitud criminal de grupo o la actitud criminal colectiva<sup>3</sup>; *en quinto lugar*, el reducido o nulo efecto preventivo del Derecho penal para los delinquentes de «cuello blanco»<sup>4</sup>; y, *en sexto lugar*, se plantea que los ilícitos cometidos en el marco de personas jurídicas son suficientemente contrarrestados por medidas civiles y administrativas, por lo cual no habría necesidad político-criminal de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, pero al mismo tiempo se argumenta que dicha necesidad político-criminal es decisiva ya que la responsabilidad civil no sería suficiente por haber interés público y el Derecho administrativo no bastaría cuando se trata de bienes jurídicos importantes y de graves conductas mere-

---

<sup>1</sup> Por todos: GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. «Reflexiones criminológicas y político-criminales sobre la criminalidad de «cuello blanco»». En: *El Derecho Penal Hoy*. Homenaje al Profesor Baigún. Maier/Binder (com). Del Puerto, Buenos Aires. 1995. pp. 545 y BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. «La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal». En: *Libro Homenaje al Prof. Antón Oneca. Estudios Penales*. 1982. Aparecido también en *CPC*, 1978. 5, p. 53.

<sup>2</sup> Por todos: TIEDEMANN, Claus. *Lecciones de Derecho Penal Económico*. Comunitario. Español y alemán. PPU, Barcelona, 1993, p. 234 y ss.

<sup>3</sup> Elemento argüido por SCHÜNEMANN, Bern. «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política-criminal acerca de criminalidad de empresa». En: *ADPCP*, 1988. p. 551, con detalles: *el mismo*, «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea». En: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo (Jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann)*. Madrid. 1995. pp. 571 y ss. También: TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho Penal de la empresa*. Trotta, Madrid, 1995, p. 39.

<sup>4</sup> Planteamiento de Beristain, recogido por GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. «Reflexiones criminológicas y político-criminales ...» Cit., p. 562.

cedoras de pena (necesidad del reproche ético social que importa la pena)<sup>5</sup>. Ciertamente es que estos factores pueden no ser los únicos, pero con seguridad sí los más importantes.

Nótese que las exigencias anteriormente expuestas nada tienen que ver con las cuestiones dogmáticas tratadas en el capítulo anterior (capacidad de acción, de culpabilidad y de pena de los entes morales), por el contrario, las referidas necesidades político-criminales giran en función a constataciones que se han verificado sobre una base empírica. De ahí que el presente capítulo, a diferencia del anterior, verse sobre cuestiones de índole político-criminales, es decir, sobre si las necesidades que hoy en día se argumentan para derogar la cláusula *societas delinquere non potest* en nuestro Sistema jurídico-penal deben ser acogidas.

Antes bien, es conveniente precisar que no tiene relación alguna con la responsabilidad penal de las personas jurídicas –ni desde el punto de vista dogmático y menos desde el político-criminal– la fórmula del actuar por otro, regulado en el art. 27 CP., ni las demás fórmulas que sirven para imputar responsabilidad penal a los titulares de la empresa (deber de garante del empresario y dominio de la voluntad en los aparatos de poder), toda vez que estas fórmulas no están estructuradas, como se podría pensar, para salvar la dificultad probatoria en los delitos económicos y en los empresariales.

El problema probatorio que se presenta cuando se pretende identificar al responsable penal persona natural al interior de una empresa es la principal razón para postular la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin em-

---

<sup>5</sup> Cfr.: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho Penal Económico. Consideraciones Jurídicas y Económicas*. IDEMSA, Lima. 1997, p. 157.

bargo, en nuestro concepto, la figura del actuar por otro, del deber de garante del empresario y del dominio de la voluntad en los aparatos de poder nada tienen que ver con que se decida responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, ya que el origen de dichas fórmulas de imputación lo encontramos en el intento de salvar una laguna de punibilidad que se presenta cuando la persona que realiza la acción que la norma penal pretende evitar no puede ser sometida al imperio del Derecho penal por no reunir ciertas condiciones especiales que el tipo de lo injusto del especial propio delito perpetrado exige<sup>6</sup> (actuar en nombre de otro) y en la división horizontal y vertical en que se encuentra estructurada toda empresa, lo que genera que los conocimientos, las decisiones y la ejecución del acto que a la postre reviste criminalidad emanen de distintas personas (deber de garante y dominio de la voluntad en los aparatos de poder<sup>7</sup>).

Nótese que el problema que encierran estas fórmulas no pasa por identificar al responsable contra quien se debe dirigir la intervención penal del Estado. El problema se presenta una vez superada la identificación de quién ha reali-

---

<sup>6</sup> El actuar por otro es, en este sentido, una cláusula de extensión de autoría. Por todos: GRACIA MARTÍN, Luis. *El Actuar en Lugar de Otro en el Derecho Penal*, II. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1986, p. 84, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, Margarita PÉREZ MANZANO y Carlos SUAREZ GONZÁLEZ. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*. 2º ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid. 1993, p. 576 (en adelante BAJO/PÉREZ/SUAREZ), SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español». En: *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Bosch, Barcelona. 1995. J.M. Silva Sánchez (ed. española). p. 376 y TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho Penal de la empresa ... Cit.*, p. 43.

<sup>7</sup> Sobre el tema, ROXÍN, Klaus. «Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados». En: *Doc.P.* Año 8, nº 29-32. Depalma, Buenos Aires, 1995 y GÓMEZ BENITES, José Manuel. *Derecho Penal. Parte General: Teoría Jurídica del Delito*. Civitas, Madrid. 1992, p. 131.

zando la acción que lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado y consiste en establecer fórmulas de imputación para atribuir a la persona natural identificada la conducta lesiva. Es pues un problema de imputación de la conducta a un sujeto ya identificado, y no de determinación o identificación de un sujeto responsable<sup>8</sup>.

## **2. Exigencia político-criminal N° 01: Elevados, irreversibles e irreparables perjuicios que ocasiona la delincuencia empresarial**

### **2.1. Planteamiento**

Como quiera que la delincuencia empresarial acarrea la lesión de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, lesión que implica una disfunción del sistema y que da contenido material al injusto económico que se recoge en los preceptos penales que se agrupan bajo la categoría de delitos contra el orden socioeconómico<sup>9</sup>, los perjuicios que esta delincuencia genera están en orden a la naturaleza del objeto jurídico de protección, esto es, en orden a los bienes jurídicos colectivos.

---

<sup>8</sup> Anteriormente ya hemos recalcado este detalle que en nuestro concepto determina que el incorporar el actuar en lugar de otro en la legislación nada dice sobre el aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Vid. 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*. Año VII, número 13, 1996, pp 207 y 208. En el mismo sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas». En: *CPC*, 1994, 53, pp. 625 y ss.

<sup>9</sup> Cfr.: HORMAZABAL MALARÉ, Hernán. «Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español». En: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo* (Jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann). Madrid. 1995. pp. 197 y GONZÁLES RUS, Juan José. «Aproximación a los delitos contra el orden socio-económico en el proyecto de Código Penal de 1992». En: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo* (Jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann). Madrid. 1995, pp. 168 y ss.

De cara a la presente exigencia político-criminal, las características de los bienes jurídicos colectivos que interesa resaltar son (i) al ser bienes jurídicos *supraindividuales* su lesión o puesta en peligro involucra a un colectivo de personas, de ahí la diferencia con los delitos comunes en que los bienes jurídicos protegidos, por lo general, son individuales y su lesión perjudica a su individual titular; y, (ii) la lenta y costosa cuando no imposible recuperación de los bienes jurídicos colectivos lesionados, ya que la naturaleza de estos bienes determina que su recuperación sea cuestión nada sencilla<sup>10</sup>, lo que amerita el recurso a técnicas legislativas de tipificación como la de los delitos de peligro que adelantan la barrera de la punición a momentos en que el bien jurídico no ha sido lesionado pero se encuentra en peligro —concreto o abstracto— de serlo. En suma, los elevados, irreversibles e irreparables perjuicios que genera la delincuencia económica serán siempre de la misma magnitud toda vez que la naturaleza de los bienes jurídicos que se lesiona así lo exige.

## 2.2. Replanteamiento

Aceptando que la delincuencia empresarial acarreará perjuicios de las características antes mencionadas, lo que ha de hacerse es combatir dicha delincuencia apuntando a su disminución cuantitativa, es decir, al no poder disminuir cualitativamente los perjuicios de la delincuencia empresarial hay que centrar esfuerzos en disminuirlos cuantitativamente.

---

<sup>10</sup> Piénsese en el bien jurídico medio ambiente. Una vez dañado el medio ambiente, por ejemplo, con un derrame de petróleo en el océano, su completa recuperación tardará varios años, al igual que encontrar nuevamente el equilibrio ecológico que permita a las especies de flora y fauna desarrollarse en dicho espacio contaminado.

Y la disminución cuantitativa no puede lograrse sino es con reacciones penales lo suficientemente idóneas para reprimir y prevenir la delincuencia empresarial, reacciones penales que sin dejar de ser manifestación de un Derecho penal de mínima intervención propio de un Estado de Derecho generen para los delincuentes mayores perjuicios que los beneficios que pudieran obtener a través de la comisión de algún delito empresarial.

Así, el sancionar penalmente a una empresa en cuyo seno se ha facilitado o encubierto un delito bien puede aparecer como un método eficaz que logra neutralizar los resultados favorables que el delincuente se representa de aquel análisis costo-beneficio que lo llevó a delinquir, ya que una sanción penal le impediría gozar tanto a la persona natural como a la persona jurídica de los beneficios o ganancias que hubiera podido generar para ellos el delito. Sin embargo, y si se acepta este planteamiento —que nos parece bastante consistente— el tema central no es el sancionar penalmente a una empresa, sino buscar la medida más idónea para evitar que las causas que impulsan a los sujetos a cometer delitos empresariales se materialicen en beneficios o ganancias para éstos o para sus representadas y puedan ser luego aprovechados.

En tal medida, la discusión pertenece, desde nuestro punto de vista, al mundo de las consecuencias jurídicas del delito. En efecto, dependerá de cuán idóneas sean las actuales consecuencias jurídicas del delito para neutralizar o disminuir las causas de la delincuencia empresarial y para impedir, sobretodo, que los beneficios obtenidos con los delitos económicos (que son, a fin de cuentas, el móvil de los delincuentes económicos) sean disfrutados, de suerte que de no ser adecuadas recién se podría pensar en su modifi-

cación y también, por qué no, en incorporar el *societas delinquere potest*.

En suma, sancionar penalmente a las personas jurídicas es un mecanismo que permitiría disminuir cuantitativamente los efectos perjudiciales de la delincuencia empresarial, más no es el único ni ciertamente el menos costoso.

### **3. Exigencia político-criminal N° 02: Dificultades probatorias en materia de criminalidad empresarial**

#### **3.1. Planteamiento**

Con frecuencia se sostiene que la compleja estructura de muchas empresas hace que sea absolutamente imposible identificar a la persona natural responsable de la comisión del delito acaecido en el seno de la persona jurídica para la cual actúa, por lo que en atención a dicha dificultad referida a individualizar los órganos titulares del poder en el seno de la empresa se aconseja admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>11</sup>.

Este planteamiento ha sido esbozado por AFTALIÓN –y resaltado por ZUGALDÍA– cuando afirma que:

«la persona jurídica ha desempeñado un importante y saludable papel en la evolución jurídica y económica de la humanidad. Desgraciadamente cabe también advertir que el florecimiento de la vida corporativa ha coincidido en todas partes con el advenimiento de lo que se ha dado en llamar el capitalismo autocrático, régimen que nos ha per-

---

<sup>11</sup> Por todos: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. «Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*». En: *CPC*, 1980, 11. pp. 83 y ss.

mitido presenciar el drama del Estado –sociedad política–, luchando a brazo partido con el predominio de los holdings, trust y consorcios –sociedades económicas–. La coetaneidad señalada no es casual. Se debe a que la personería jurídica, aparte de satisfacer las necesidades económicas que constituyen la razón fundamental de su creación, se mostró pronto como la más perfecta, barata y discreta encarnación de la vieja institución de los «testaferros», de los «hombres de pillaje». Otra vez aquello del fin no querido por la ley. En el mundo de la alta banca es sabido que cuando la ilicitud de una empresa o negocio es dudosa, el procedimiento indicado para eludir responsabilidades consiste en la creación de una persona jurídica –generalmente una Sociedad Anónima–. Es un magnífico medio para lavarse las manos. Si las cosas van mal, acháquenselas a la corporación y, como «societas delinquere non potest», el ministerio punitivo del Estado no encuentra una percha en la que colgar el sombrero de la responsabilidad. Con lo dicho –concluye AFTALIÓN– basta y sobra para afirmar que la institución de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no está de contramano con el devenir contemporáneo, y que es justicia su aceptación»<sup>12</sup>.

### 3.2. Replanteamiento

Sin duda que el panorama es tal cual lo pone de relieve AFTALIÓN, sin embargo, ¿qué necesidad hay desde el punto de vista político-criminal de reinvidicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas si el problema político-

---

<sup>12</sup> AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*. Arayú, Buenos Aires. 1955. pp. citándolo, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. «Conveniencia político-criminal ...» Cit., p. 84.

criminal subyacente se resuelve sin elucubraciones dogmáticas?<sup>13</sup>.

Recuérdese que desde nuestro punto de vista la responsabilidad penal de las personas jurídicas es insostenible en atención a los conceptos de acción, capacidad de culpabilidad y capacidad de pena con que trabajamos, pero no negamos que llegado el momento en que se requiera cambiar el contenido de dichos conceptos, o dejarlos de lado, por exigencias político-criminales, lo hagamos.

Es sintomático que se haya afirmado, para contrarrestar el argumento analizado de las dificultades probatorias y rechazar el *societas delinquere potest*, que en las sociedades mercantiles siempre hay un número limitado de personas perfectamente reconocible que lo deciden todo al margen del resto de los socios y es sobre éstos que debe recaer la sanción penal como medio idóneo y eficaz de prevención<sup>14</sup> y que ahora se apueste por el *societas delinquere potest* solamente para los casos de necesidad derivado de la imposibilidad de encontrar al autor por las dificultades de prueba<sup>15</sup>, ya que demuestra un cambio de valoración jurídica sobre el

---

<sup>13</sup> Cuestionamiento formulado por BAJO FERNÁNDEZ a ZUGALDÍA ESPINAR, cuando el primero era partidario de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas. *Vid.* BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. «De nuevo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas». En: *ADPCP*, Madrid. 1981. pp. 376 y 377.

<sup>14</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. «De nuevo sobre la responsabilidad penal ...» *Cit.*, p. 379.

<sup>15</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho europeo actual». En: *Cuadernos de Derecho del Poder Judicial*. Madrid. 1994, p. 115, *El mismo* «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español». En: *Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto*. Bosch, Barcelona. 1996, p. 31. Aunque el planteamiento de la necesidad de protección del bien jurídico como argumento para fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas pertenece, como el mismo BAJO reconoce, a Bern SCHÜNEMANN.

mismo tema. Así también, se afirmó que no existe un ámbito delictivo que ofrezca posibilidades tan favorables de esclarecimiento y de prueba como la criminalidad de empresa, y que el verdadero fenómeno consiste en una crónica sobrecarga de los órganos jurisdiccionales encargados de ventilar asuntos económicos y en determinados efectos del «labeling» y no en una verdadera dificultad de prueba.<sup>16</sup>

La teoría de la reacción social o del *labeling approach*, que parte de reconocer la existencia de una multiplicidad de grupos sociales cuyos intereses opuestos se encuentran en conflicto (modelo pluralista), puede tener importancia en un país pluricultural como el Perú. Según el *labeling approach*, en tanto que existen diferentes clases en un mismo contexto socio-económico, las más poderosas siempre buscarán preservar el *estatus quo* en provecho propio etiquetando a los socialmente más débiles y marginados<sup>17</sup> de suerte que una persona deviene en criminal cuando otras muy significativas lo etiquetan con éxito como tal. El proceso de etiquetamiento no puede comprenderse sin tener en cuenta el funcionamiento del sistema penal que define la criminalidad y reacciona contra ella, proceso que abarca la creación de normas abstractas y la acción de las instancias de control social formal (policía, jueces, instituciones penitenciarias) y que, como es lógico pensar, está en manos de los estratos socio-económicos más altos<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> SCHÜNEMANN, Bern. «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal ...» Cit., p. 552.

<sup>17</sup> Cfr.: KAISER, Günther. *Introducción a la Criminología*. 2º ed. Traducción de José Arturo Rodríguez Núñez; Dirección de José María Rodríguez Devesa. Dykinson, Madrid. 1988, p. 115 y VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Introducción a la Criminología*. Grijley, Lima. 1997, p. 58 y ss.

<sup>18</sup> Cfr.: KAISER, Günther. *Introducción a la Criminología*. Cit., p. 116 y. Con referencias: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Introducción a la Criminología*. Cit., pp. 58 y 59.

Más allá de que al *labeling* no le interese el proceso de desviación primaria y centre su atención en la desviación secundaria<sup>19</sup>, vale la pena tener en cuenta que el *labeling* ofrece una visión de la realidad –sobre todo en aquellas como la nuestra en que las diferencias sociales y económicas son radicales y patentes– y que como tal es clara muestra del fenómeno penal. En tal medida, si las clases socio-económicas situadas en la cúspide de la pirámide tienen el poder suficiente para utilizar el control social y etiquetar a quienes se califica como delincuentes, parece lógico que para el caso de un delito cometido en el interior de una empresa aquel poder de las clases poderosas sobre el control social no sólo se manifieste en etiquetar a los más débiles, sino también en impedir que las etiqueten (o descubran) a ellas. Así, las dificultades probatorias pueden encontrar respuesta si se acepta que también –y sobre todo– en los casos de delincuencia empresarial existe un control del control social por parte de las clases socio-económicas, quienes por lo general son las que se ven involucradas en la comisión de delitos económicos y empresariales, lo que determina que aquel poder sea utilizado ya no tanto en etiquetar a los demás, sino en distorsionar la actividad probatoria.

El responsabilizar penalmente a las personas jurídicas por no poder individualizarse al autor del delito que se ha cometido en el seno de la empresa requiere, de manera precisa, analizar las conveniencias e inconveniencias que ge-

---

<sup>19</sup> KAISER, Günther. *Introducción a la Criminología*. Cit., p. 116, quien señala que «cualquiera que se ocupe con cuestiones de resocialización, impedir la reincidencia o aspectos similares del tratamiento, notará que en este terreno el principio del *labeling* ofrece tanta ayuda como nada». p. 116. Asimismo: GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Espasa Calpe, Madrid, 1988, p. 584, lo sigue; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Introducción a la Criminología*. Cit., p. 59.

nera que dicha responsabilidad sea directa o subsidiaria de la responsabilidad penal de personas naturales.

El que la responsabilidad penal de las personas jurídicas sea directa, esto es, que no requiera previamente que se haya sancionado a un ser humano ofrece, de cara a las características de la delincuencia empresarial, una considerable ventaja frente a la subsidiariedad de dicha responsabilidad. Cuando se trata de individualizar responsables al interior de una empresa, la organización y división horizontal (división de trabajo) y vertical (jerarquización) de la misma generan serias dificultades probatorias. Esta compleja estructura empresarial que acarrea el problema de identificar a las personas físicas responsables de las infracciones a raíz de la compleja estructura de las empresas, al lado de los graves y elevados perjuicios que ocasiona la delincuencia empresarial, se constituyen como las dos principales razones que esgrimen quienes se muestran partidarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>20</sup>, por lo que parece lógico que si se opta por responsabilizar penalmente a una persona jurídica no debiera repararse en el mencionado problema probatorio, ya que justamente son problemas de este tipo los que se pretenden superar con la derogación del *societas delinquere non potest*<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas». En: *CPC*, 1994, 53, p. 617.

<sup>21</sup> Como manifiesta SILVA SÁNCHEZ, una de las funciones que se le asignan a las sanciones contra las personas jurídicas es dar respuesta a situaciones que se producen cuando constatado el hecho y el círculo de posible autores, no se determina al autor en concreto. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español». En: *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Bosch, Barcelona. 1995. J.M. Silva Sánchez (ed. española), pp. 364 y 365.

Hemos afirmado que el delito sólo puede ser cometido – en el sentido más realista posible– por una persona natural. Las decisiones que se aprueban en el interior de una empresa son tomadas y exteriorizadas por sus órganos, de ahí que quienes entienden que la persona jurídica puede realizar una acción en sentido jurídico-penal acepten que el tema en cuestión es fundamentar la imputación de los acuerdos adoptados o de las acciones realizadas por el órgano competente a la propia persona jurídica y concluir en que es ésta la que adoptó el acuerdo o realizó la acción.

En este contexto, consideramos que si se llegara a reconocer responsabilidad penal a las personas jurídicas, ésta tendría que ser directa y no subsidiaria, ya que si se acepta que las personas jurídicas puedan ser penalmente responsables dicha responsabilidad no puede depender de que se solucione previamente algo (individualizar al responsable persona natural) que precisamente es la causa de que se opte por la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Entonces, la fundamentación de la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas podría esbozarse de la siguiente manera: como quiera que no se puede identificar al responsable ser humano sancionemos directamente a la empresa. Pero hay que reconocer que el sancionar directamente –e incluso subsidiaria– a una empresa representa un perjuicio indirecto para sus miembros. Si es así, la pregunta que se impone es ¿no sería mejor, antes de crear un sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas, reforzar los criterios de imputación para las personas naturales que realmente cometen los delitos aprovechando la complicada organización empresarial de la cual forman parte para impedir ser identificados?.

Además, si se opta porque la responsabilidad penal de

las personas jurídicas sea directa precisamente por no poder individualizarse al autor del delito, en realidad no se estaría resolviendo el problema de fondo –por el contrario, se le estaría cubriendo con una gruesa capa para dejarlo en el olvido– cual es sancionar a quien comete el delito.

Piénsese en que, tal como lo proponen SCHÜNEMANN y BAJO, se sancionará a una empresa por la necesidad de protección del bien jurídico al no poder encontrarse a la persona natural que ha realizado la acción penada. Si se sanciona a la empresa seguramente se le privará a ésta el disfrutar de las ganancias que el delito hubiera podido generarle (lo que se consigue con otras medidas que no sean penas: *Infra Cap. IV*) y se le impondrá el *plus* adicional propio de toda sanción, en este caso, una pena patrimonial (multa). Los efectos de la pena que recaen sobre la empresa recaerán, a la postre, sobre todos los accionistas o socios por igual, sin importar quien o quienes de ellos cometió, favoreció o encubrió el delito utilizando a la organización empresarial<sup>22</sup>. Lógicamente, el efecto preventivo que tanto se destaca en las sanciones contra los entes morales y que según los entendidos debería determinar la incorporación de la cláusula *societas delinquere potest* en las leyes<sup>23</sup>, si bien recae sobre quien cometió el delito no puede cumplir con

---

<sup>22</sup> El que *justos paguen por pecadores* cuando se sanciona una empresa es algo bastante lógico. Si bien las sanciones serán, por lo general, inhabilitaciones o sanciones patrimoniales, lo cierto es que serán cubiertas con el patrimonio de la empresa, generando una disminución del patrimonio social cuando se afronta la pena impuesta a la empresa perjudica a todos los accionista o socios ya que serán dueños de una persona jurídica que vale menos o que no puede participar en el mercado por estar inhabilitada. Aceptando esta realidad: RUSCONI, Maximiliano Adolfo. «Personas jurídica y sistema penal: hacia un nuevo modelo de imputación?». En: *El Derecho Penal Hoy*. Homenaje al Profesor Baigún. Maier/Binder (com). Del Puerto, Buenos Aires. 1995, pp. 81 y ss.

<sup>23</sup> HIRSCH, Hans Joachim. «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas». En: *ADPCP*, 1993 - III. pp. 1113 y

los objetivos de prevención deseados porque se diluye entre todos los miembros de la empresa que al final de cuentas asumen la sanción impuesta sobre la persona jurídica.

Desde este punto de vista los efectos de prevención general son de dudosa eficacia cuando se plantea la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Piénsese en quienes no cometen el delito empresarial pero que por pertenecer a la empresa se ven perjudicados con la sanción que a ésta se le impone. La única forma en que se podría «convencerlos» de no cometer un hecho como el que cometió alguien a quien no se ha podido individualizar (y por eso precisamente se sanciona a la empresa) es imponer a la persona jurídica una sanción tan grave que aún para las personas ajenas al hecho punible que al final asumirán los costos de la sanción resulte perjudicial aventurarse a cometer un delito. Esta fórmula permitiría intimidar al responsable no identificado sobre futuros hechos delictivos, sin embargo, por tratar por igual a inocentes indetectables que a culpables no identificados por el sólo hecho de pertenecer a la misma empresa habrá de ser descartada, ya que representa un grave problema de cara a la lógica de toda sanción, esto es, violenta el principio de igualdad, de culpabilidad y el de personalidad de las penas. Otra posibilidad es que la sanción que se imponga a la empresa no sea lo suficientemente grave, con lo cual no se logrará el efecto de intimidación a sus miembros sobre la comisión de futuros hechos punibles y los efectos de prevención general serán escasos cuando no nulos, no habiendo certeza de que los inocentes no se aventuren a realizar la misma conducta punible u otra distinta a la realizada por el culpable no identificado.

---

SCHÜNEMANN, Bern. «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal ...» Cit., p. 551.

Desde el punto de vista de la prevención especial las críticas son más agudas ya que en tanto la sanción se aplica por igual y sin distinciones para quien efectivamente cometió el delito y para los que no –toda vez que no se ha podido identificar al responsable– no puede hablarse de prevención especial porque ésta presupone un trato especial para la persona que delinquirió. Así, si bien cuando se sancione a la empresa aquel culpable no identificado sufrirá las consecuencias –en la misma proporción que los inocentes–, el mensaje que se le da, en caso la pena no sea tan grave como para atentar contra el principio de proporcionalidad, sería una carta blanca para delinquir.

Contra las voces que se alzan en pos de la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los catálogos penales podría sostenerse que no se trata de tapar el problema con una sábana sino de identificar el problema y neutralizarlo desde sus orígenes, cuestión que en el caso de los delitos cometidos en el interior de una persona jurídica difícilmente se pueda conseguir sin sancionar individualmente a quien efectivamente cometió el delito y que, en todo caso, no se consigue al equiparar a aquellas personas ajenas al delito con sus autores.

#### **4. Exigencia político-criminal N° 03: Carencia de instrumentos del Derecho penal para prevenir y reprimir la comisión de delitos empresariales**

##### **4.1. Planteamiento**

Esta necesidad guarda estrecha relación con la anteriormente tratada ya que si no se puede identificar al responsable de un delito cometido en el interior de una empresa es porque las instituciones del control formal no tienen los recursos necesarios para hacerlo, esto es, carecen de perso-

nal humano altamente calificado, de una infraestructura adecuada y sobre todo, de recursos económicos.

#### 4.2. Replanteamiento

En tanto la delincuencia económica y empresarial es altamente especializada, los mecanismos de represión y prevención que se utilicen contra ella tienen que ser, por lo menos, igual de sofisticados. Esta realidad ha generado ya la creación de Fiscalías Ad-hoc y Juzgados Especializados para reprimir y combatir la delincuencia empresarial. Tal es el caso de las Fiscalías Ad-hoc y Juzgados Especializados para delitos de Tráfico Ilícito de Drogas y para Delitos Tributarios y Aduaneros, cuya creación responde precisamente a la necesidad de dar rápida y eficaz respuesta a delitos económicos que generan graves y costosos perjuicios.

Desde nuestro punto de vista, el recurso a agentes preparados y especializados en la investigación de los delitos económicos y empresariales es un elemento imprescindible en la lucha contra la delincuencia económica<sup>24</sup>. Esto permitiría no sólo una mejor comprensión del hecho investigado y por ende mayores posibilidades para identificar al responsable persona natural, sino también para evaluar la actuación especializada de la Administración Pública que previamente a la actuación de los Tribunales penales ha te-

---

<sup>24</sup> Del mismo modo, GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. «Reflexiones criminológicas y político-criminales sobre la criminalidad de «cuello blanco»». En: *El Derecho Penal Hoy*. Homenaje al Profesor Baigún. Maier/Binder (com). Del Puerto, Buenos Aires. 1995, p. 560 y BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. En BAJO/PÉREZ/SUAREZ. *Manual de Derecho Penal*. Cit., p. 571. Este autor sostiene gráficamente que las dificultades de prueba en el ámbito de la delincuencia empresarial se multiplican cuando ésta debe ser dirigida a un Tribunal de Jurados legos.

nido lugar y, merituar las pericias que sobre el hecho investigado se realicen<sup>25</sup>.

Otro elemento, al lado de la especialización, es la introducción de reglas especiales destinadas a motivar a los propios autores o a terceros el poner en conocimiento de la autoridades la comisión del delito<sup>26</sup>. Estas fórmulas propias del Derecho penal premial y que nuestro legislador ha venido utilizando frecuentemente<sup>27</sup>, son de gran utilidad cuando se trata de conocer la existencia de un delito e individualizar a sus responsables, ya que si son los propios autores del delito quienes de *mutuo proprio* se entregan a las autoridades el problema de la individualización de los responsables se ve solucionado por este reconocimiento, reconocimiento que en modo alguno puede ser tomado en cuenta sin antes comprobar su veracidad<sup>28</sup>. En caso los denunciante sean terceros, su declaración es un indicio que habrá de ser tomado en cuenta y analizado por los jueces especializados.

## **5. Exigencia político-criminal N° 04: Actitud criminal colectiva**

### **5.1. Planteamiento**

Explica SCHÜNEMANN que existen determinadas circunstancias dentro de una empresa (modelos de explicación

---

<sup>25</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho Penal Económico. Consideraciones Jurídicas y Económicas*. IDEMSA, Lima. 1997, p. 175.

<sup>26</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho Penal Económico*. Cit., p. 174.

<sup>27</sup> Como es el caso de las denuncias o recompensas para los delitos e infracciones tributarias, reguladas en el Título II del Decreto Legislativo 815 (Ley de exclusión o reducción de pena, denuncias y recompensas en los casos de delito e infracción tributaria). Aunque hay que reconocer que estas fórmulas de Derecho penal premial pueden ser mal utilizadas y generar excesos, como sucedió con la «ley de arrepentimiento» para los terroristas.

<sup>28</sup> Recuérdese que puede darse el caso que se ofrezca una compensación

psicológico-colectivo de la criminalidad de grupo<sup>29</sup>) que impiden al derecho influir la conducta del integrante de una empresa económica en el sentido del cumplimiento de la norma por medio de una normación directa porque la empresa constituye un sistema que organiza por si mismo las acciones que en ella se realizan<sup>30</sup>.

## 5.2. Replanteamiento

Cierto es que en el interior de una empresa –sobre todo al interior de las grandes empresas– se manejan valores y mecanismos de presión que pueden determinar, en palabras de SCHÜNEMANN, que un miembro de la empresa a consecuencia de su vinculación al establecimiento y a la notoriamente alta disposición a la obediencia del hombre en el sistema jerárquico actúe «de un modo altruista en interés de la casa»<sup>31</sup>, cuando objetivamente está realizando una conducta prohibida por el Derecho penal. Pero es también cierto que este fenómeno no es exclusivo de las

---

económica al «sacrificado» por las molestias y el deshonor que su papel le supone. Cfr.: RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. «!Societas delinquere non potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión». En: *La Ley. Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Año XVII, N° 4136, 03 de octubre de 1996, p. 3.

<sup>29</sup> SCHÜNEMANN, Bern. «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal ...» Cit., p. 551.

<sup>30</sup> SCHÜNEMANN, Bern. «La punibilidad de las personas jurídicas ...» Cit., pp. 571 y 572. *El mismo*: «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal ...» Cit., pp. 529 y 533. Asume este planteamiento, MILITELLO, Vincenzo. «La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia». En: *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Bosch, Barcelona. 1995. J.M. Silva Sánchez (ed. española), p. 411 y TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho Penal de la empresa ...* Cit., quien se refiere a la actitud criminal colectiva como «escasa capacidad de resistencia frente a la actitud prodelictiva del grupo por parte de quien, como regla, está obligado a obedecer dentro una escala jerarquizada», p. 39.

<sup>31</sup> SCHÜNEMANN, Bern. «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal ...» Cit., p. 533.

empresas, o de las grandes empresas, sino que se presenta en todo grupo social que reúna seres humanos en función a objetivos comunes y los interrelacione en base al principio de jerarquía.

Tal como sucede en las empresas, también en las fuerzas armadas, instituciones militares, organismos públicos, congregaciones religiosas y hasta clubes deportivos —que comparten con las empresas la división horizontal y vertical, elementos fundamentales de toda empresa para analizar el fenómeno de la delincuencia empresarial— existe este «espíritu colectivo» o «actitud de grupo».

Lo que en el fondo se oculta tras la mentada actitud criminal de grupo no es sino una escala de valores distinta a la que pregona el Derecho penal, de ahí que cuando alguien —influenciado por la actitud criminal colectiva— delinque, lo que en realidad hace es actuar en estado de error de tipo positivo o error de prohibición, toda vez que lo que hace, según su conocimiento y voluntad, es actuar conforme a los intereses y expectativas de la empresa o actuar desconociendo la ilicitud de la conducta que realiza.

En tanto que el Derecho penal no puede influir la conducta del integrante de una empresa económica en el sentido del cumplimiento de la norma por medio de una normación directa porque la empresa constituye un sistema que organiza por sí mismo las acciones que en ella se realizan, todo lo que los integrantes realicen y sea contrario al Derecho penal no podrá imputárseles por existir de por medio un error: no pueden internalizar el mandato que contiene la norma primaria precisamente por pertenecer a un centro que irradia de manera directa normas y valores a sus integrantes.

Como quiera que a los miembros de las empresas que ac-

túan altruistamente en pos de los intereses de la empresa no se les puede sancionar (o en todo caso habrá que determinar si el error es vencible o invencible para efectos de eliminar o disminuir la responsabilidad) ya que la imposición de una sanción bajo tal presupuesto no logra ni por asomo objetivo de prevención alguno, se propone castigar a la empresa, esto es, se tiene que castigar a aquel centro que emana normas de manera directa sobre sus miembros y que impide que puedan internalizar las normas primarias propias del Derecho penal.

Detectado el problema: la empresa es un centro que puede irradiar normas contrarias al Derecho cuyos destinatarios son sus integrantes, la única forma de neutralizarlo es neutralizando aquel centro, esto es, no suspendiendo, ni inhabilitando, ni multando a la empresa, solamente se lograría el objetivo cabal si es que se disuelve a la empresa. ¿O es que acaso una multa sobre la empresa generaría que ésta como conjunto de personas reunidas en función a determinados intereses y relacionados jerárquicamente ya no constituye un sistema que organiza por si mismo las acciones que en ella se realizan?, definitivamente no.

Sin embargo, prever como única sanción contra las personas jurídicas la disolución es totalmente ajeno al más mínimo juicio de proporcionalidad, ya que podrán haber casos en que sea necesario disolver a una persona jurídica pero en la mayoría de casos dicha medida resulta excesiva.

## **6. Exigencia político-criminal N° 05: Escaso efecto preventivo del Derecho penal para los delincuentes de «cuello blanco»**

### **6.1. Planteamiento**

Los delincuentes de «cuello blanco», tal como lo concibió

SUTHERLAND, son aquellos sujetos pertenecientes a las clases socio-económicas más altas que cometen hechos ilícitos en el curso de su actividad profesional o en relación a ella<sup>32</sup>, generalmente empresarios y personas relacionadas con las finanzas que aprovechando sus conocimientos y posición social cometen fraudes en agravio de los consumidores. Hoy por hoy, el acento ya no se pone en la respetabilidad del autor o en el *status* social al que pertenece sino en el *modus operandi* y en el objetivo de su comportamiento<sup>33</sup>, esto es, en la lesión de bienes jurídicos supraindividuales por medio del abuso de confianza que se deposita en los agente del tráfico económico.

Teniendo en cuenta que al pertenecer el delincuente de cuello blanco (delincuente económico para nuestros efectos) a un estrato socioeconómico elevado, se sostiene que no requería resocializarse porque está perfectamente socializado, siendo que la pena lo estigmatizará, de suerte que el efecto de prevención especial que las penas privativas de libertad pudieran generar en él deviene en ociosos. En tal sentido, es dable sancionar a la empresa que el delincuente empresarial utilizó en su actuación ilícita.

## 6.2. Replanteamiento

Antes de analizar si el delincuente económico es efectivamente un sujeto socializable, hay que reconocer, con

---

<sup>32</sup> Cfr.: KAISER, Günther. *Introducción a la Criminología*. 2º ed. Traducción de José Rodríguez Núñez; Dirección de José María Rodríguez Devesa. Dykinson, Madrid. 1988, p. 355, GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. «Reflexiones criminológicas y político-criminales ...» Cit., pp. 548 y ss., TIEDEMANN, Klaus. *Poder Económico y Delito. (Introducción al derecho penal económico y de la empresa)*. Ariel Derecho. Barcelona. 1985, pp. 10 y VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Introducción a la Criminología*. Grijley, Lima. 1997, p. 56.

<sup>33</sup> Cfr.: TIEDEMANN, Klaus. *Poder Económico y Delito*. Cit., pp. 10 y 11.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, que la pena no resocializa, ni al delincuente convencional ni al delincuente económico<sup>34</sup> y, aún cuando lo hiciera, «no puede confundirse la socialización con la inteligencia, la cultura, la exquisitez o los buenos modales»<sup>35</sup>.

Sin embargo, esto no significa tener que dejar de lado este importante instrumento de lucha contra la delincuencia, ya que la imposición de una pena privativa de libertad efectiva, por más corta que sea, produce siempre un efecto intimidatorio<sup>36</sup>. Así, hay que tener en cuenta, a la hora de prever las reacciones del Derecho penal, las características de las personas a quienes se aplica y la naturaleza de los hechos que generan las consecuencias jurídicas del delito. Al pertenecer los delincuentes económicos a una clase socioeconómica alta lo peor que les puede pasar es dejar de pertenecer a aquella esfera que les permitió la realización del hecho punible, no sólo porque se le priva de ciertos medios y contactos que encuentra en dicha clase socioeconómica, sino también –y sobre todo– porque el resto de

---

<sup>34</sup> Vid. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. «Reflexiones criminológicas y político-criminales ...» Cit., p. 568. Lo sigue; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. «Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica». En: *AP*, 6. 1997. p. 113. No es este el lugar para tratar este tema de naturaleza criminológica, por ello nos remitimos a los trabajos anteriormente citados.

<sup>35</sup> Cfr.: GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. «Reflexiones criminológicas y político-criminales ...» Cit. Al respecto, este autor menciona que «... parece, por el contrario, que no está socializada la persona que prescinde de los valores comunitarios y antepone, sin miramientos, su afán desmedido de lucro a cualquier interés ajeno. Ello evidencia que no ha asumido satisfactoriamente los «valores jurídicos» y que padece un claro déficit de socialización, por más que pertenezca a una enviada «supercultura» criminal». pp. 568.

<sup>36</sup> Cfr.: TERRADILLOS BASOCO, Juan. «El ilícito ecológico: sanción penal - sanción administrativa». En: *El Delito Ecológico*. Trotta, Madrid. 1992. pp. 103 y ss. En el mismo sentido: DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. «Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica». Cit., pp. 113 y 114.

miembros de dicha clase lo verán ya no como uno de los suyos sino como un tercero ajeno a ellos, como un ex-convicto<sup>37</sup> y tendrá un acceso nulo o muy restringido a los medios que le facilitaron la comisión del delito.

Que se pone el acento en la intimidación y en la retribución y se deja de lado la resociabilización, sin duda<sup>38</sup>, pero no hay que olvidar que en la práctica la tan ansiada resocialización no es sino una utopía, motivo por el cual no hay que escandalizarse cuando se iza la bandera de la intimidación como fundamento de la pena privativa de libertad para los delitos económicos.

Existen otras penas previstas para los delitos económicos, como la multa (art. 41 CP. y ss), la inhabilitación (art. 36 CP.) y, de *lege ferenda* en nuestro medio, la publicación de la sentencia.

La pena de multa es la principal compañía de la pena privativa de libertad en materia de sanciones que prevé nuestro Ordenamiento jurídico penal. Sin embargo, el costo que genera esta pena, cuando es asumida por la empresa —la mayoría de veces— al estar previsto en la contabilidad, es derivado al inocente público que consume el bien o el servicio que ofrece la empresa, por lo que fracasa al ser nulos sus efectos intimidatorios<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Como se aprecia, la discriminación que sufre el ex-convicto puede ser aprovechada para fundamentar la aplicación de la pena privativa de libertad en los casos de delitos económicos.

<sup>38</sup> Por todos: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. En BAJO/PÉREZ/SUAREZ. *Manual de Derecho Penal. cit.* pp. 591. Quien expresa que «la pena privativa de libertad es la más adecuada para el castigo de los delitos económicos como respuesta a las exigencias de proporcionalidad (con la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor) y la necesidad de una prevención general, tanto positiva como intimidatoria», p. 592. Críticamente, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. «Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal económica». En: *Estudios Jurídicos en Honor del Prof. Octavio Pérez-Vitoria*. Bar-

La inhabilitación profesional –de carácter temporal según exige la doctrina<sup>40</sup>– es una pena que cumple el papel de alejar de la vida económica a los delincuentes económicos, por lo que los efectos que produce de cara a la seguridad que representa el que un delincuente económico ya no participe en el mercado, son positivos desde todo punto de vista. Desgraciadamente, nuestro derecho positivo prevé esta pena para escasos delitos socio-económicos, como el abuso de poder económico (art. 232 CP.) y el financiamiento por medio de información fraudulenta (art. 247 CP.).

Por último, a la publicación de la sentencia –pena que no prevé nuestro Ordenamiento Jurídico penal– se le reconoce mayores efectos preventivos en el campo del derecho económico que para el grueso de los delitos comunes<sup>41</sup>, ya que todos los miembros de la comunidad y del entorno del delincuente de cuello blanco conocerían su condición de condenado y los efectos estigmatizantes que en círculos sociales cerrados como las altas capas socio-económicas produce, son vistos como adecuados. En tal sentido, proponemos la inclusión de esta pena en nuestra legislación penal.

En suma, la conocida frase «el delincuente de cuello blanco no necesita resocializarse porque está socializado»

---

celona. 1983, p. 791. Sobre el estado de la cuestión, el completo estudio de DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. «Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica». Cit.

<sup>39</sup> Cfr.: GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. «Reflexiones criminológicas y político-criminales ...» Cit., p. 565, DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. «Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica». Cit., p. 117, RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. «¡Societas delinquere non potest! ...» Cit., p. 3 y TERRADILLOS BASOCO, Juan. «El ilícito ecológico: sanción penal - sanción administrativa» Cit., p. 103.

<sup>40</sup> Por todos: DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. «Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica». Cit., p. 121.

<sup>41</sup> Cfr.: TERRADILLOS BASOCO, Juan. «El ilícito ecológico: sanción penal - sanción administrativa» Cit., p. 103. En el mismo sentido: DE VICEN-

es, en realidad, relativa. Primero, porque los efectos de la pena privativa de libertad para los delincuentes del cuello blanco, al igual que para todos los demás delincuentes, no llega a cumplir con las metas de resocialización deseadas, motivo por el cual hay que buscar la verdadera función de la pena privativa de libertad en este campo del Derecho: prevención general. Ahora bien, esto no significa que tengamos que descartar la utilización de la pena privativa de libertad, por el contrario, hay que reconocer su verdadera función en la *praxis*. Segundo, la pena privativa de libertad tiene que ir acompañada de otras penas que permitan un tratamiento adecuado en orden a la prevención y represión de los delitos económicos y de los delitos empresariales.

En este contexto, la responsabilidad penal de las personas jurídicas aparece como innecesaria, toda vez que existen penas idóneas para los delincuentes económicos.

## **7. Toma de postura**

Hemos partido del presupuesto que dogmáticamente no es posible optar por la responsabilidad penal de las personas jurídicas y que son las consideraciones político-criminales las que, en definitiva, determinarán si la responsabilidad penal de las personas jurídicas habrá de ser incluida en nuestro Ordenamiento Jurídico Penal.

Problemas como los elevados e irreparables perjuicios que ocasiona la delincuencia empresarial, las dificultades probatorias en materia de criminalidad empresarial que dificultan individualizar el agente, la falta de instrumentos de lucha para reprimir y prevenir la comisión de delitos

---

TE MARTÍNEZ, Rosario. «Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica». Cit., p. 114.

empresariales, la actitud criminal colectiva y el reducido o nulo efecto preventivo del Derecho penal para los delincuentes de cuello blanco, pueden ser superados con argumentos ajenos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas tal como hemos pretendido exponer. De manera que las exigencias político-criminales aún no logran cobrar el suficiente peso para inclinar la balanza del *societas delinquere potest* a su favor, lo cual no significa que en un futuro ante nuevas necesidades político-criminales tengamos que cambiar de opinión.

El que hayamos optado por el *societas delinquere non potest* no nos exime de realizar un análisis sobre el problema que en un principio se planteó y que pone en el tapete de discusión el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: la utilización de las empresas para fines delictivos ya sea al facilitar o encubrir la comisión de un delito.

Así, las reacciones del Derecho penal que desde el mundo de las consecuencias jurídicas del delito se prevean –catálogo que desde nuestro punto de vista no tiene porque incluir, todavía, la responsabilidad penal de las personas jurídicas como sanción– tendrán que ser lo suficiente idóneas como para no tener que asumir el costo dogmático y político-criminal del *societas delinquere potest*.

# Consecuencias jurídicas del delito aplicables a las personas jurídicas: las consecuencias accesorias<sup>1</sup>

### 1. Introducción

Hemos visto que la configuración de una correcta estrategia de lucha contra la criminalidad de empresa y contra los efectos que las actuaciones para una persona jurídica por parte de una persona natural generan, exige una decisión política y legislativa que opte por una o varias de las siguientes alternativas: apostar por la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluir en la legislación positiva las consecuencias accesorias aplicables a las empresas o recurrir al Derecho administrativo sancionador, sin que la elección de una ellas obste para aplicar las demás. Hemos visto también que en nuestro Ordenamiento jurídico-penal tiene plena vigencia la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas y que la incorporación de las llamadas consecuencias accesorias, al lado del Derecho administrativo sancionador, conforman la decisión

---

<sup>1</sup> Si bien se incluyen dentro del catálogo de las consecuencias accesorias algunas medidas que no recaen sobre personas jurídicas, optamos por mantener, por cuestiones metodológicas, dicho nombre para referirnos a las reacciones del Derecho penal frente a las personas jurídicas.

política de nuestro legislador para hacer frente a los problemas anteriormente referidos, esto es, coadyuvar a las penas junto a las que se imponen a prevenir y reprimir las actividades empresariales ilícitas.

Como quiera que es una decisión política-criminal, el que nuestro legislador haya optado por la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas presupone –o debería presuponer– que haya previsto medidas destinadas a combatir la delincuencia que se vale de las personas jurídicas para cometer, favorecer o encubrir la comisión de algún delito. En este contexto, podemos y debemos exigir a las consecuencias accesorias y a la manera como se encuentran reguladas una idoneidad tal que no permita cuestionar la decisión de haber optado por la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, decisión que en nuestro concepto es dogmáticamente correcta<sup>2</sup>.

La comisión de un hecho antijurídico –cuando no también culpable– genera, a título de consecuencias jurídicas del delito, una serie de reacciones por parte del Ordenamiento jurídico. Como quiera que el suceso fáctico configurador del supuesto de hecho del delito casi siempre cumple con los requisitos que exige no sólo el Derecho Penal sino también otras ramas del Ordenamiento jurídico, las reacciones que las otras ramas prevean para dicho suceso fáctico se habrán de sumar a las reacciones propias del Derecho penal, que por antonomasia son las penas y las medidas de seguridad. Es decir, un mismo suceso fáctico puede y debe ser calificado por varias ramas del Ordenamiento jurídico,

---

<sup>2</sup> En este momento dejamos de lado al Derecho Administrativo Sancionador ya que al no ser una manifestación del Derecho penal escaparía a nuestros objetivos analizar su idoneidad en la represión de los delitos económicos.

de manera que cada una de ellas al verificar el cumplimiento de los presupuestos de su participación reaccione ante el suceso cumpliendo los objetivos que dentro del Ordenamiento jurídico se le han encomendado.

Así, y a manera de ejemplo, cuando una persona roba un determinado bien mueble utilizando un revólver de su propiedad, tiene que restituir el objeto material robado (art. 93.1 CP.), cumplir con la indemnización por concepto de daños y perjuicios (art. 93.2 CP.), se le decomisará el instrumento que utilizó para ejecutar el delito y los efectos que hubiera obtenido (art. 102 CP.) y se le aplicará una pena privativa de libertad dentro de los límites que prevé el tipo de injusto del delito de robo agravado. Ahora bien, el hecho que sean reacciones jurídicas que aparecen ante la presencia de un delito obliga a considerarlas como *consecuencias jurídicas del delito*, aunque la naturaleza jurídica de todas ellas no siempre sea la misma ni pertenezcan todas al Derecho penal. Como destaca HIRSCH, la comprensión jurídico-penal de un hecho significa tan sólo un corte de su desarrollo jurídico, de manera que si lo que se pretende es comprender el hecho en su integridad hay que recurrir a otras ramas del derecho que se ocupen, con funciones diferentes, de atribuir consecuencias que surjan de la infracción jurídica<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> HIRSCH, Hans. Citado por Luis Gracia Martín en GRACIA MARTÍN, Luis, Miguel Angel BOLDOVA PASAMAR y M. Carmen ALASTUEY DOBON. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*. Gracia Martín (coord). Tirant lo Blanch, Valencia. 1996. (en adelante GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY), p. 30. Sostiene Gracia Martín que «una reacción completa y eficaz frente al delito, al menos frente a determinados sectores de la criminalidad, no resulta sólo de la aplicación de las consecuencias específicas del Derecho Penal, es decir: de la pena y de la medida de seguridad. El *factum* constitutivo del supuesto de hecho de la infracción penal no es más que un fragmento de un suceso total más amplio. En el suceso total existen otros hechos que para nada están integrados en el supuesto de hecho pena, pero que, sin duda, pueden constituir el supuesto de hecho del al-

Una adecuada regulación legal de las consecuencias jurídicas del delito habrá de respetar las especificidades y naturaleza de los sucesos que les sirven de presupuesto, ya que el cumplimiento de los objetivos que se persigan con la imposición de las consecuencias jurídicas del delito dependerá de cuán efectivas sean éstas para combatir los factores que permiten su desarrollo. Así, ante la criminalidad de empresa –que es la aquí nos interesa– el catálogo de consecuencias jurídicas del delito tiene que prever medidas que, por un lado, repriman de la manera más eficaz posible pero sin transgredir el marco del Estado de Derecho a la criminalidad empresarial y, por otro lado, disminuyan las posibilidades de que los instrumentos que comúnmente se utilizan para perpetrar delitos empresariales sigan corriendo la misma suerte y, por el contrario, su utilización sea encausada hacia su verdadero rol legal en la economía.

## 2. De las Consecuencias Accesorias

### 2.1. Panorama legal

Del universo que componen los objetos que de una u otra forma se ven involucrados en la comisión, favorecimiento, o encubrimiento de un delito, podemos distinguir los siguientes: (i) efectos del delito (*producta sceleris*): todos aquellos bienes (materiales o inmateriales) generados o producidos a consecuencia de la comisión de un delito, (ii) instrumentos del delito (*instrumenta sceleris*): los medios e instrumentos que han sido utilizados por el autor o partícipes para perpetrar el delito y, (iii) el objeto material del delito: sobre el cual recae la acción típica.

---

guna otra consecuencia jurídica diferente que no puede dejar de ser aplicada si no quiere dejarse definitivamente irresuelto del conflicto social de que se trate». *Las Consecuencias Jurídicas del Delito ...* Cit., p. 438.

El Capítulo II del Título VI del Libro I del Código Penal de 1991 está dedicado a las «Consecuencias Accesorias», que, junto a la pena, medida de seguridad, reparación civil proveniente del delito, etc. pertenecen al género de las consecuencias jurídicas del delito en tanto que tienen lugar a consecuencia de un hecho antijurídico.

Según la ley vigente son consecuencias accesorias (i) el decomiso o pérdida de los efectos provenientes de la infracción penal (*producta sceleris*) y de los instrumentos (*instrumenta sceleris*) con que se hubiere ejecutado la infracción penal (art. 102 CP.), decomiso que es facultativo en caso los efectos o instrumentos no sean de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal (art. 103 CP.); (ii) la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas a consecuencia de los delitos cometidos por sus funcionarios o dependientes en el ejercicio de su actividad (art. 104 CP.); y, (iii) las medidas aplicables a las personas jurídicas, que van desde la suspensión de las actividades de la persona jurídica (art. 105.3 CP.) hasta la disolución (art. 105.2 CP.), pasando por la clausura de locales o establecimientos (art. 105.1 CP.) y por la prohibición de realizar en el futuro actividades de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito (art. 105.4 CP.).

El Código Penal de 1924, vigente hasta abril de 1991, no incluyó una regulación específica sobre el tema, limitándose a establecer en su artículo 46 que *«toda condena penal llevará consigo la pérdida de los efectos que provengan del delito y de los instrumentos con que se ejecutó. Los unos y los otros serán confiscados, a no ser que pertenezcan a un tercero no responsable. Cuando se trate de cosas cuyo destino propio es servir de instrumentos de delito o cuya fabricación, porte, uso, o venta sean ilícitos, se ordenará siempre*

*su confiscación, aún cuando no pertenezcan al acusado».* Esta pérdida de efectos e instrumentos del delito no fue, para la regulación derogada, ni pena ni medida de seguridad, ya que no estaba incluida en el catálogo cerrado de aquellas, y aunque no se precisó qué tipo de medida era se puede sostener -en atención a la literalidad de aquel art. 46- que se trataba de una consecuencia jurídica del delito de obligatoria imposición por parte del Juez (*«toda condena penal llevará consigo la pérdida ...»*), por lo que es equiparable, en líneas generales, al decomiso de efectos e instrumentos que regula el art. 102 del actual CP.

El decomiso o pérdida de los efectos e instrumentos se encuentra también regulado en Leyes Penales Especiales. Tal es el caso del D.Ley N° 22095, que prescribe en su artículo 60 que serán decomisadas las drogas, insumos, fábricas, laboratorios, alambiques, implementos y enseres empleados en la producción y fabricación de drogas, así como los cultivos -éstos se destruirán-, los terrenos, el dinero empleado u obtenido en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, y el caso de la Ley N° 26461 (Ley de los delitos aduaneros) que establece en su artículo 14 que el Juez Penal resolverá en la sentencia el decomiso de las mercancías provenientes de estos delitos o de los instrumentos con que se hubiere ejecutado, a no ser que pertenezcan a terceros no intervinientes.

Así también, existen Leyes Penales Especiales que prevén medidas para las personas jurídicas. En primer lugar, el art. 10 de la Ley 26461 que establece como obligación del Juez (*«El Juez impondrá ...»*) decretar la clausura de locales o establecimientos (art. 10.a); disolver la persona jurídica (art. 10.b); cancelar licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales (art. 10.c) y/o prohibir a la persona jurídica realizar actividades de la na-

turalidad de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito (art. 10.d), siempre y cuando se haya utilizado, con conocimiento de sus titulares, la organización de una persona jurídica o negocio unipersonal en la ejecución del hecho punible. En segundo lugar, el art. 17 del D.Leg. 813 (Ley penal Tributaria), que establece que si en la ejecución del delito tributario se hubiera utilizado la organización de una persona jurídica o negocio unipersonal, con conocimiento de sus titulares, el Juez aplicará facultativamente («... *El Juez podrá aplicar ...*»)<sup>4</sup>, conjunta o alternativamente, según la gravedad de los hechos, el cierre del establecimiento, oficina o local (art. 17.a); la cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas (art. 17.b); y, la disolución de la persona jurídica (art. 17.c).

## 2.2. Implícitamente: decomiso de ganancias

Nuestro Código Penal sólo reconoce expresamente el decomiso de los efectos del delito —que no sólo pueden ser cosas materiales o tangibles sino también derechos<sup>5</sup>— y el de-

---

<sup>4</sup> Nótese la diferencia entre la *obligación* del Juez Penal de imponer al menos una consecuencia accesoria en los casos de contrabando o defraudación de rentas de aduana (delitos aduaneros) y la *facultad* de hacerlo en los casos de delitos de defraudación tributaria. No llegamos a entender el porqué de dicha diferencia, más aún cuando en ambos casos se consideran los mismos presupuestos para imponer las consecuencias accesorias, esto es, (i) la utilización de la organización de una persona jurídica o negocio unipersonal; (ii) que dicha utilización sea con conocimiento de los titulares; y, (iii) que el criterio para imponerlas conjunta o alternativamente es la gravedad de los hechos. Como se aprecia, la única diferencia radica en que en un caso el delito es uno aduanero, mientras que en otro lo es tributario, diferencia que por razones político-criminales no debería significar que en un caso se obligue al Juez a imponer consecuencias accesorias y en otro no.

<sup>5</sup> Cfr.: MAURACH, Reinhart, Karl Heinz GÖSSEL y Heinz ZIPF. *Derecho Penal. Parte General*. 2. 7<sup>o</sup> ed. Traducción de Jorge Boffil Genzsch. Astrea, Buenos Aires. 1995, p. 681. (en adelante, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF), JESCHECK, Hains Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte Gene-*

comiso de los instrumentos, omitiendo pronunciarse de manera expresa, a diferencia del nuevo Código Penal español<sup>6</sup>, sobre el decomiso de las ganancias. Sin embargo, las ganancias y beneficios, en tanto que son bienes generados o producidos a consecuencia de la comisión, favorecimiento o encubrimiento de un delito son siempre efectos del delito (*producta sceleris*).

Históricamente el decomiso de los efectos (*producta sceleris*) se verificaba únicamente para los efectos inmediatos, por lo que no alcanzaba a los productos que el delincuente se procuró mediante éstos, esto es, a los efectos mediatos<sup>7</sup>, de suerte que los efectos mediatos como el lucro obtenido por la comisión de un hecho punible (el sicario o el precio de la venta de un bien receptado o hurtado) no eran decomisables. Sin embargo, como bien sostiene ZAFFARONI, en la medida en que la ley no haga diferencias entre los productos o efectos obtenidos inmediatamente a consecuencia de la comisión del delito (antiguamente *producta sceleris*) y los productos o efectos procurados mediatamente con los anteriores (beneficios o ganancia, que incluyen a to-

---

ral II. Traducción y adiciones de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Bosch, Barcelona. 1981. pp. 1103 y MAPELLI CAFFARENA, Borja. «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal». En: *Revista Penal*, 1. 1997, p. 51.

<sup>6</sup> El art. 127 del CP. español establece: «Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que se haya efectuado, así como las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados a no ser que pertenezcan a un terceros de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente, en su defecto, se inutilizarán».

<sup>7</sup> SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino. Tomo II*. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires. 1956, p. 451.

das las transformaciones que haya podido sufrir los efectos inmediatos), tampoco cabe hacerla por parte nuestra<sup>8</sup>. Dentro de este panorama, el decomiso de las ganancias responde a la no tolerancia de un enriquecimiento injusto procedente de un delito.

### 2.3. A modo de resumen

El panorama legal es el siguiente: los efectos (beneficios y ganancias incluidas) e instrumentos del delito, según refiere nuestro CP. en su art. 102º, son decomisables, salvo cuando sean propiedad de un tercero no interviniente en la infracción. El objeto material del delito, cuando pertenece al agraviado no puede ni debe ser decomisado sino restituido a éste como parte de la reparación civil en tanto sea materialmente posible (art. 93.1 CP. ej. el bien mueble hurtado tiene que ser restituido a su dueño). Cuando se trate de un delito de contrabando, defraudación de rentas de aduana o de tráfico ilícito de drogas el objeto material del delito será decomisado (Ley 26461, art. 14<sup>9</sup> y D.Ley 22095, art. 60). En todos los demás delitos y aún cuando el objeto material del delito sea propiedad del agente no puede ser decomisado al no existir regulación especial expresa.

### 2.4. Destino de los bienes decomisados

Nuestra legislación no se manifiesta sobre el destino de los efectos o instrumentos, salvo para los casos de delitos

---

<sup>8</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. V. Ediar, Buenos Aires. 1980, p. 264.

<sup>9</sup> El art. 14 de la Ley 26461 prevé únicamente el decomiso de las mercancías provenientes de los delitos aduaneros y el de los instrumentos con que se hubiere ejecutado, omitiendo pronunciarse sobre los efectos. Al respecto, para evitar caer en una laguna ya que es perfectamente posible y por demás cotidiano que existan efectos en los delitos de contrabando y de defraudación de rentas de aduana, hay que complementar la norma especial (art. 14º Ley 26461) con la norma general (art. 102 CP).

de Tráfico Ilícito de Drogas, en que el art. 1 del D.S. N° 046-88-IN establece que «*los bienes decomisados e incautados y en proceso judicial como consecuencia del Tráfico Ilícito de Drogas (TID), excepto los terrenos de cultivo y el dinero empleado y obtenido en la comisión del delito, podrán ser adjudicados al Estado o sus entidades o empresas o puestos en remate público transcurrido el plazo de un (1) año, contado a partir de la fecha del decomiso o incautación dispuestos por el Juez*» y los casos de Contrabando y Defraudación de Rentas de Aduana, en los que la incautación, decomiso y remate y adjudicación de los bienes se encuentra regulado por los arts. 12 al 22 de la Ley 26461. Sin embargo, como bien apunta SAN MARTÍN CASTRO, los efectos e instrumentos decomisados que sean de lícito comercio habrán de rematarse y destinarse lo obtenido al pago de la reparación civil en favor del agraviado, una vez cubierto este concepto, habrán de ser adjudicados al Estado<sup>10</sup>.

## 2.5. Naturaleza Jurídica

Como destacan MAURACH y JESCHECK, la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias no se corresponde con la de las penas –ni siquiera con la de las penas accesorias– ni con la de las medidas de seguridad<sup>11</sup>, ya que encuentran su fundamento y legitimación en un supuesto de hecho al que le son ajenas la culpabilidad y la peligrosidad criminal de un sujeto determinado.

Acorde con ello, las consecuencias accesorias no se en-

---

<sup>10</sup> Cfr.: SAN MARTÍN CASTRO, César. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Ejemplar dactilografiado. Citado con autorización del autor.

<sup>11</sup> MAURACH. Reinhart. En: MAURACH/GÖSSEL/ZIPF. *Tratado de Derecho Penal*. Cit., p. 674 y JESCHECK, Hains Heinrich. *Tratado ...* Cit., p. 1094. En el mismo sentido, GRACIA MARTÍN, Luis. En: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito ...* Cit., p. 439.

cuentran incluidas en el abanico de penas que prescribe el art. 28 CP. ni en el de medidas de seguridad del art. 71 CP., además, su imposición, aunque nuestro Código Penal no se pronuncie expresamente sobre su orientación –tampoco tiene que hacerlo– no puede fundamentarse en una idea unitaria<sup>12</sup>. Así, el decomiso de los efectos e instrumentos del delito (art. 102 CP.) responde a la peligrosidad de las cosas en la medida en que se encuentran a disposición de determinadas personas, siendo su finalidad la de impedir que tales objetos peligrosos se utilicen en el futuro para la comisión de nuevos delitos<sup>13</sup>, mientras que el decomiso de las ganancias responde a la no tolerancia de una situación patrimonial ilícitamente adquirida<sup>14</sup>. La pérdida de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquellos, si sus bienes fueran insuficientes (art. 104 CP.) es de naturaleza indemnizatoria («... *necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil ...*») y de carácter subsidiaria («... *si sus bienes fueran insuficientes ...*»). Por último, las medidas aplicables a

---

<sup>12</sup> Cfr.: JESCHECK, Hains Heinrich. *Tratado ...* Cit., p. 1094 y GRACIA MARTÍN, Luis. En: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito ...* Cit., p. 439. En el mismo sentido, MAPELLI CAFFARENA, Borja. «Las consecuencias accesorias ...». Cit., p. 49.

<sup>13</sup> Cfr.: GRACIA MARTÍN, Luis. En: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito ...* Cit., p. 445. En el mismo sentido, MAPELLI CAFFARENA, Borja. «Las consecuencias accesorias ...». Cit., pp. 50-51.

<sup>14</sup> Cfr.: GRACIA MARTÍN, Luis. En: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito ...* Cit., pp. 451 y ss. y JESCHECK, Hains Heinrich. *Tratado ...* Cit., p. 1099. En Alemania las ganancias o ventajas patrimoniales conseguidas ilícitamente no son objeto de decomiso sino de confiscación. *Vid.*: MAURACH, Reinhart. En: MAURACH/GÖSSEL/ZIPF. *Tratado de Derecho Penal*. Cit., pp. 676 y ss. y MAPELLI CAFFARENA, Borja. «Las consecuencias accesorias ...». Cit., p. 50.

las personas jurídicas (art. 105 CP.) responden a la necesidad de que éstas no vuelvan a ser utilizadas como instrumentos para cometer, favorecer un encubrir un delito.

Como quiera que no son penas ni medidas de seguridad, los criterios que han de observarse para decretar las consecuencias accesorias no pueden ser ni la culpabilidad ni la peligrosidad criminal post-delictual, aunque lo cierto es que por voluntad del legislador en los casos de decomiso de efectos e instrumentos del delito (art. 102 CP.) y de pérdida de beneficios obtenidos por las personas jurídicas (art. 104 CP.) se tiene que comprobar la presencia de un culpable o de un peligroso criminal (el CP. habla de efectos, instrumentos o beneficios de la *infracción penal*).

En tal sentido, el criterio a utilizarse en la imposición de las consecuencias accesorias es la proporcionalidad<sup>15</sup>, que en nuestro Ordenamiento jurídico penal viene recogido en el artículo 103 CP. para los casos de decomiso: «*cuando los efectos e instrumentos referidos en el artículo 102, no sean de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal podrá el Juez no decretar el decomiso o, cuando sea posible, decretarlo sólo parcialmente*». Igualmente, para el caso de la privación de los beneficios de las personas jurídicas, el criterio de proporcionalidad tiene vigencia en tanto y en cuanto el art. 104 CP. establece que dicha privación tiene lugar cuando sea necesario cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de los funcionarios o dependiente de la persona jurídica, en tanto los bienes de éstos sean insuficientes. Para el caso de las medidas aplicables a las personas jurídicas (art. 105 CP.), la proporcionalidad viene

---

<sup>15</sup> Por todos, TERRADILLOS BASOCO, Juan. En: MAPELLI/TERRADILLOS. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Cit., p. 216.

dada por la facultad del Juez de poder aplicar todas o algunas de las medidas contempladas en el art. 105 CP., aunque lo cierto es que el campo de acción del Juez —y por ende las posibilidades de que éste decrete las medidas proporcionalmente— queda reducido al establecerse que al menos tiene que aplicar *algunas* de las medidas si es que el hecho punible es cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo. Así, la proporcionalidad, en el caso de las medidas aplicables a las personas jurídicas opera tan sólo para optar por algunas o todas de éstas, más no puede ser argumento para que una vez constatado el supuesto de hecho de su imposición no se aplique alguna o se aplique solamente alguna.

Como venimos recalcando, combatir la delincuencia empresarial importa positivizar determinadas medidas que apunten, precisamente, a disminuir el número de estos delitos. Característica de la delincuencia empresarial es que el sujeto activo persona natural actúa para otro, en donde el otro es, por lo general, una persona jurídica, generando la obtención de ganancias no sólo para la persona natural que actúa sino también para la jurídica para la que actúa. Frente a este panorama aparece como indiscutible la necesidad de prever medidas que permitan decomisar las ganancias obtenidas a consecuencia de la comisión de un delito, de suerte que privar al delincuente persona natural de las ganancias ilícitas obtenidas con la comisión del delito, ya sea a través de la multa o a través de la confiscación especial (decomiso) es una medida eficaz en tanto aceptemos que dejar en manos del delincuente dichas ganancias sería una forma de incentivar la comisión de delitos<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Cfr.: DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. «Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica». En: AP, 6. 1997. p. 122.

Nuestro CP. prevé sólo dos modalidades de decomisos, el de los efectos y el de los instrumentos del delito, omitiendo pronunciarse expresamente sobre el decomiso de las ganancias. Sin embargo, como hemos sostenido, al ser las ganancias efectos del delito su decomiso es posible al amparo del art. 102 CP. Empero, este decomiso tiene como límite el que los efectos e instrumentos del delito pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción (*sic*)<sup>17</sup>, por lo que sirve tan sólo para decomisar las ganancias de los sujetos activos más no de las personas naturales y sobre todo jurídicas en cuyo nombre se puede actuar, supuestos por demás comunes en el ámbito del Derecho penal de la empresa. En suma, nuestra legislación no contiene precepto alguno que permita decretar el decomiso, la pérdida o la privación de las ganancias de las personas jurídicas o naturales obtenidas a través de la actividad de sus representantes<sup>18</sup>, es más, al prescribir el art. 102 CP. que el decomiso de los efectos e instrumentos opera a no ser que éstos pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción y teniendo en cuenta que en nuestro Sistema jurídico penal se ha optado por la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, éstas serán siempre terceros no intervinientes en la infracción, quedando claro que de, *lege data*, las ganancias obtenidas por las personas jurídicas no pueden ser decomisadas.

Como ha puesto de relieve MAPELLI CAFFARENA al comentar el decomiso de las ganancias:

---

<sup>17</sup> Entendemos que la redacción de la norma es reiterativa ya que si existe un tercero no interviniente en el delito, es porque debe existir un tercero que intervenga en el delito y, como se sabe, los que intervienen en el delito son autores o partícipes. En buena cuenta, todo tercero es al mismo tiempo un no interviniente en el delito.

<sup>18</sup> Recuérdese que la privación de las ganancias obtenidas por las personas jurídicas que regula el art. 104 CP. no es decomiso, es simplemente una

«Nos encontramos ante una figura muy próxima a la de responsabilidad civil, no tanto porque su gravedad se determine por un elemento ajeno al hecho delictivo como son las ganancias, sino porque su aplicación no responde a fines preventivos ni retributivos del sistema penal (...). Lo que es ajeno al Derecho penal es la pretensión de evitar un enriquecimiento ilícito, independientemente de que origine o no un perjuicio a terceras personas»<sup>19</sup>.

La titularidad de las ganancias no es un elemento que deba limitar su decomiso, esto es, aún cuando las ganancias hayan sido obtenidas por personas (jurídicas o naturales) que no hayan intervenido en la infracción pero si se han beneficiado con ella –de *lege ferenda*– se debería poder decomisar aquellas ganancias, ya que la naturaleza jurídica del decomiso de las ganancias no se condice con el límite impuesto por el legislador a la privación de los beneficios que regula el art. 104 CP., cual es una medida que busca reparar el daño bajo un criterio indemnizatorio y subsidiario.

De *lege data*, si el decomiso no alcanza a las ganancias obtenidas por las personas jurídicas y naturales que son representadas por quienes cometen los delitos, y si la multa como sanción penal no puede ser aplicada a la persona jurídica o natural ajena al delito ya que al ser una pena no puede recaer sino en quien efectivamente cometió el delito, existe una verdadera laguna de punibilidad ante la demostrada necesidad de decomisar las ganancias obtenidas por

---

consecuencia accesoria de naturaleza civil e indemnizatoria y de carácter subsidiario.

<sup>19</sup> Cfr.: MAPELLI CAFFARENA, Borja. «Las consecuencias accesorias ...». Cit., p. 50.

las personas jurídicas y la imposibilidad de hacerlo en la actualidad al amparo de la regulación vigente.

### **3. De las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas**

#### **3.1. Privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas**

##### **3.1.1. Panorama legal**

El artículo 104° del Código Penal establece que: *«El Juez decretará, asimismo, la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, en cuanto sea necesaria para cubrir la reparación pecuniaria de naturaleza civil de aquellos, si sus bienes fueran insuficientes».*

##### **3.1.2. Naturaleza jurídica**

La privación de las ganancias obtenidas por las personas jurídicas, tal como se encuentra regulada en nuestro CP. es una medida cuya naturaleza jurídica es ajena a lo penal, ya que no representa la imposición de una sanción, se aplica en función a criterios ajenos a la culpabilidad, no se encuentra sometida a las reglas generales de determinación de la pena (arts. 45 y 46 CP.) ni aparece recogida en el catálogo taxativo de penas del art. 28 CP.<sup>20</sup> Por el contrario, importa el restablecimiento de una situación patrimonial ajustada a derecho al no permitirse un enriquecimiento ilícito. Sin embargo, al darse la privación de las ganancias obtenidas por las personas jurídicas solamente para cubrir

---

<sup>20</sup> Análogamente para el caso español: MAPELLI CAFFARENA, Borja. «Las consecuencias accesorias ...» Cit., p. 48.

la reparación pecuniaria de naturaleza civil de sus representantes o dependientes siempre y cuando los bienes de éstos fueran insuficientes, hemos de reconocer que es una medida de carácter civil indemnizatoria y subsidiaria, por lo que en principio el Ordenamiento jurídico acepta el enriquecimiento ilícito por parte de la empresa a consecuencia del actuar de sus representantes o dependientes, pero pone el límite en el rezarcimiento de los daños y perjuicios causados, esto es, en el cumplimiento de la reparación civil.

En nuestro Sistema jurídico-penal la pérdida de las ganancias obtenidas por las personas jurídicas no sólo tiene naturaleza reparatoria sino también carácter subsidiario. En efecto, la mencionada privación se comprueba solamente ante la falta de bienes por parte de los responsables directos para afrontar su responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil.

La subsidiariedad de dicho «decomiso» no se condice con lo que se espera de una medida destinada a no permitir un enriquecimiento indebido. En esta línea, se demanda la incorporación de un precepto legal que regule expresamente el decomiso de las ganancias obtenidas no sólo por las personas jurídicas sino también por las naturales que se ven beneficiadas con la actividad ilícita de sus funcionarios o dependientes, en el primer caso, y con la de sus representantes, en el segundo. Tal y como están las cosas, se está permitiendo un enriquecimiento ilícito por parte de la empresa cuyos representantes delinquen a favor de ésta. Piénsese en el caso de una empresa cuyo directorio acuerda la comisión de una práctica ilícita que le genera una buena cantidad de ingresos; el costo patrimonial de la sanción multa —que saben los directores muy probablemente recaerá sobre todos o uno de ellos— lo trasladan a los consu-

midores mediante aumentos de precios y lo incorporan a su contabilidad como posible gasto o contingencia. Además, acuerdan «sacrificar» a una persona física con su consentimiento asumiendo los gastos de su defensa judicial, las multas, indemnizaciones y una compensación económica. Dentro de todos los cálculos que el directorio efectúa se incluye también el generar mayores beneficios para la empresa que perjuicios para los agraviados. Queda claro pues que los deseos de justicia no se alcanzan al decretar una privación de beneficios obtenidos por la empresa que se verifique únicamente si es que los representantes de la persona jurídica no cubran la reparación civil —que por lo demás, y dentro de la lógica de la delincuencia empresarial, siempre correrá por cuenta de la empresa favorecida—, sino que se debe decomisar absolutamente todos los beneficios obtenidos por la empresa a consecuencia de la actividad ilícita de sus representantes que actúen en su nombre e interés. En suma, el delito no puede ni debe generar beneficios.

Así, por más que en algunas ediciones oficiales de Códigos Penales se califique al art. 104 CP. como decomiso de ganancias, en realidad no lo es, ya que el decomiso no puede depender de la falta de bienes de los responsables directos para afrontar su responsabilidad civil, es decir, no puede ser subsidiario, ya que su naturaleza jurídica no lo permite. La no tolerancia de un *estatus* patrimonial indebidamente alcanzado no puede depender de que se haya reparado ya el daño ocasionado: el rechazo de aquel *estatus* patrimonial indebidamente adquirido y la vuelta al *estatus* anterior debe producirse salvando un único obstáculo cual es la comprobación de un enriquecimiento ilícito.

### 3.1.3. Privación de beneficios y tercero civil responsable

Si la *voluntas legislatoris* fue proteger al agraviado o perjudicado con la comisión del delito ante una eventual in-

solvencia por parte del responsable individual para cumplir con su responsabilidad civil en favor del mencionado agraviado o perjudicado, hay que mencionar que la responsabilidad civil derivada del delito se encuentra regulada en el Capítulo I, Título Vi del Libro I del CP., siendo del caso que el art. 95 CP.<sup>21</sup> permite constituir a la persona jurídica o persona natural en cuyo nombre ha actuado el funcionario o dependiente o representante, respectivamente, en tercero civil responsable y asegurar el pago de la reparación civil por el íntegro de la misma a costa de la empresa o persona natural representada.

Como se sabe, el tercero civil responsable u obligado indirecto comparte la responsabilidad civil con el inculpado u obligado principal por el íntegro del daño causado a consecuencia del delito, y su constitución *material* requiere la comprobación de una serie de elementos: a) no es necesario que la relación entre el responsable penal (persona natural) y el civil (persona jurídica) tenga carácter jurídico y si la tiene no es preciso que adopte determinada forma contractual típica; b) es irrelevante que dicha relación sea gratuita o remunerada, permanente, transitoria o accidental; c) no es necesario que la actividad delictiva del inculpado redunde en provecho o beneficio del responsable civil, basta con que le reporte alguna utilidad, satisfacción o goce moral; y, d) basta con que la actuación del responsable directo esté, al menos potencialmente, sometida a la posible intervención del *dominius* del responsable indirecto. Sólo la expresa prohibición del dueño y la desobediencia cierta del empleado o funcionario a las órdenes recibidas exoneran de responsabilidad civil<sup>22</sup>. *Formalmente*, la constitu-

---

<sup>21</sup> «la reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente responsables».

<sup>22</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Juan Carlos FERRÉ

ción en tercero civil responsable requiere el auto judicial de constitución.

Del mismo modo, si el agraviado, constituido previamente como parte civil, solicita al Juez que se constituya como tercero civil responsable a una persona jurídica no tiene que esperar que se compruebe que los bienes del inculpado no resultan suficientes para cubrir la reparación civil, toda vez que al ser la responsabilidad del tercero civil solidaria con la del obligado principal, el agraviado puede hacerse cobro con el patrimonio del cualquiera de los dos, teniendo el que paga la posibilidad de repetir contra el que no lo hace.

Como se aprecia, el agraviado no tiene porqué recurrir al art. 104 CP. para asegurar el pago de su reparación civil ya que puede –y así lo aconsejará un abogado diligente– solicitar constituir como tercero civil responsable a la empresa, trabar embargo sobre sus bienes y una vez dictada sentencia hacerse pago con el patrimonio de ésta.

En suma, la privación de las ganancias obtenidas por las personas jurídicas tal y como está regulada actualmente en el art. 104 CP. no tiene sentido en nuestro Ordenamiento jurídico penal, ya que los objetivos que persigue bien se pueden cumplir, y de hecho se vienen cumpliendo en la práctica, con la institución del tercero civil responsable.

### 3.2. De las medidas aplicables a las personas jurídicas

#### 3.2.1. Panorama legal

El art. 105 CP. establece que:

---

OLIVÉ y José Ramón SERRANO PIEDECASAS. *Manual de Derecho Penal. Parte General. III. Consecuencias Jurídicas del Delito*. Praxis. Barcelona. 1994, p. 180. En adelante: BERDUGO/FERRÉ/SERRANO.

*«Si el hecho punible fuera cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez podrá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:*

*1. Clausura de sus locales o establecimiento, con carácter temporal o definitivo.*

*La clausura temporal no excederá de cinco años.*

*2. Disolución 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 definitiva. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.*

*Cuando alguna de estas medidas fuere aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores».*

### 3.2.2. Naturaleza jurídica

Como apunta TERRADILLOS, el origen de las medidas aplicables a las personas jurídicas hay que situarlo en la voluntad legislativa de dar respuesta a las limitaciones de un ordenamiento vinculado al principio *societas delinquere*.

*non potest*, para afrontar la delincuencia surgida en el marco de las sociedades mercantiles<sup>23</sup>. En efecto, el hecho que nuestro Ordenamiento jurídico penal no reconozca capacidad criminal a las empresas no significa que permanezca inmune ante la creciente criminalidad empresarial, por lo que las medidas aplicables a las personas jurídicas representan la decisión política-criminal del legislador penal para afrontar –al lado de las penas– la mencionada delincuencia que se vale de las personas jurídicas para favorecer o encubrir la comisión de un delito.

Algún sector de la doctrina considera que la simple presencia de medidas que afectan a la persona jurídica como ente jurídico a cuyo amparo se cometen acciones delictivas, aún cuando sean calificadas como «consecuencias accesorias», no hace sino admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>24</sup>. Nosotros consideramos que si bien se trata de consecuencias jurídicas del delito ello no implica que sean sanciones, ni reacciones de carácter penal, no sólo porque reconocemos que nuestro legislador ha optado por la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, sino porque en nuestro concepto la sanción y la imposibilidad de que ésta se imponga sobre una persona jurídica no pueda darse al no poder ser motivada por la norma<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Cfr.: TERRADILLOS BASOCO, Juan. En: MAPELLI/TERRADILLOS. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Cit., p. 217. Del mismo modo, BARBERO SANTOS, Marino. «¿Responsabilidad penal de las empresa?». En: *Estudios de Derecho Penal Económico*. Arroyo/Tiedemann (ed). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca. 1994, p. 39.

<sup>24</sup> Cfr.: MUÑOZ CONDE, Francisco. «Cuestiones dogmática básicas en los delitos económicos». En: *Revista Penal*, 1. 1997, p. 71.

<sup>25</sup> En contra y, en consecuencia, reconociendo que las medias aplicables a las personas jurídica son sanciones: ACHENBACH, Hans. «Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el derecho alemán». En: *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Bosch, Barcelona. 1995. J.M.

El calificativo de «consecuencias accesorias» que se impone a las medidas aplicables a las personas jurídicas presenta un tema de importancia, cual es la naturaleza jurídica de estas medidas<sup>26</sup>. El *nomen iuris* utilizado permite descartar que se traten de penas o medidas de seguridad, lo primero porque no se imponen al autor del delito ni su gravedad corresponde a la del delito<sup>27</sup>, y lo segundo porque las medidas de seguridad presuponen una peligrosidad post-delictual, juicio que sólo debe incidir sobre sujetos que hayan demostrado anteriormente su «energía criminal» mediante la comisión de un hecho previsto como delito por la ley, y como quiera que las personas jurídicas no pueden delinquir, se deduce que tampoco pueden ser sometidas a medidas de seguridad<sup>28</sup>.

Descartada la idea de que las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas tengan naturaleza pe-

---

Silva Sánchez (ed. española), pp. 390 y ss.; MAPELLI CAFFARENA, Borja. «Las consecuencias accesorias ...» Cit., p. 48. Quien sostiene que las personas jurídicas no son penalmente responsables en el sentido estricto, ya que el Ordenamiento prevé sanciones tituladas «consecuencias accesorias», que, sin ser penas se asimilan a éstas en todo aquello que no presentan sus características propias y ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho Penal Económico. Consideraciones Jurídicas y Económicas*. IDEMSA, Lima. 1997, p. 158.

<sup>26</sup> Cfr.: ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. «Las consecuencias penales de los hechos cometidos por entes colectivos: de la responsabilidad individual a la responsabilidad colectiva». En: *Actas del III Congreso Internacional de Derecho Penal: Las consecuencias jurídicas del delito*. Octubre 1997, Lima, p. 355.

<sup>27</sup> Por todos: TERRADILLOS BASOCO, Juan. En: MAPELLI/TERRADILLOS. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Cit., p. 219. Asimismo, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español». En: *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Bosch, Barcelona. 1995. J.M. Silva Sánchez (ed. española), p. 363.

<sup>28</sup> En esta línea, BARBERO SANTOS, Marino. «¿Responsabilidad penal de las empresa?» Cit., p. 38. En el mismo sentido, TERRADILLOS BASOCO, Juan. En: MAPELLI/TERRADILLOS. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Cit., p. 219 y MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 4º ed. PPU, Barcelona. 1996, p. 789. Anteriormente, *el mismo*: *Adiciones al Tratado de JESCHECK*. p. 312.

nal, resta precisar su naturaleza jurídica dentro del Ordenamiento jurídico penal peruano.

Está claro que *materialmente* las personas jurídicas son utilizadas por personas naturales para actuar en el mercado ya sea dentro o fuera del marco de la ley, por lo que las medidas que se les apliquen tienen que disminuir, precisamente, las posibilidades de que se presenten las condiciones que permitieron la comisión del delito por parte de la persona natural en su actuación para la empresa. De todo esto se deduce que las personas jurídicas o empresas no son sino instrumentos utilizados por las personas naturales para favorecer o encubrir la comisión de un delito<sup>29</sup>.

Que las personas jurídicas son instrumentos es algo que el propio art. 105 CP. reconoce cuando establece como presupuesto para la imposición de las medidas aplicables a las personas jurídicas el que su organización haya sido *utilizada* para favorecer o encubrir el delito, esto es, el legislador ha escogido el verbo «utilizar» para referirse a las medidas en cuestión, ya que es la única posibilidad de graficar la relación que existe entre una persona natural y una jurídica: la primera utiliza a la segunda para conseguir determinados objetivos que muchas veces revisten el carácter de ilícitos.

Sin embargo, el legislador ha considerado que las medidas aplicables a las personas jurídicas no sólo deben ser impuestas cuando su organización haya sido utilizada para favorecer o encubrir el delito, sino también cuando el delito haya sido cometido en el ejercicio de la actividad de la per-

---

<sup>29</sup> Expresamente TOLEDO Y UBIETO, Emilio. «Las actuaciones en nombre de otro». En: *ADPCP*, 1984, p. 24, MAPELLI CAFFARENA, Borja. «Las consecuencias accesorias ...» Cit., p. 47 y MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal* Cit., p. 789.

sona jurídica. No obstante, cuando un delito es cometido en el ejercicio de la actividad de una empresa es porque la persona natural que lo perpetra se ha valido del cargo que ocupa al interior de la empresa, esto es, se ha valido de la persona jurídica y de todos los medios (materiales, económicos y humanos) que ella le ofrece para delinquir. En resumen, ha utilizado a la persona jurídica como instrumento.

Pero el que las personas jurídicas puedan ser utilizadas como instrumentos y que éste sea el fundamento material de las medidas que sobre ella recaen no es argumento suficiente para imponer las medidas que contempla el art. 105 CP., ya que, de ser así, todos los bienes que de una u otra forma pueden ser utilizados para facilitar o encubrir un delito —en buena cuenta, todos los bienes materiales— tendrían que ser objeto de alguna medida preventiva.

En este orden de ideas, el vínculo que permite al Derecho penal aplicar medidas contra las personas jurídicas en tanto instrumentos, es su peligrosidad objetiva. En efecto, según lo expuesto, las personas jurídicas pueden resultar peligrosas en tanto y en cuanto las personas naturales pueden utilizarlas para favorecer o encubrir la comisión de delitos, por lo que la prevención y represión de delitos exige que se prevean medidas que dirigiéndose contra las empresas neutralicen o disminuyan las posibilidades de que ser utilizadas como instrumentos del delito.

El fundamento de la peligrosidad de las personas jurídicas generó que un sector de la doctrina entendiera que a las medidas aplicables a empresas les correspondía la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad<sup>30</sup>. A aquella

---

<sup>30</sup> Situación que se agravó en el caso español en donde el antiguo Código penal calificaba como medidas de seguridad a las medidas que recaían sobre personas jurídicas.

peligrosidad, entendida como la probabilidad de que las estructuras e instrumentos societarios provoquen la actuación criminal de los sujetos individuales cabe oponerle, como acota TERRADILLOS, el que la peligrosidad criminal es siempre post-delictual y el que las personas jurídicas no puedan ser autores de delito, argumentos en virtud de los cuales no hay lugar sino para la peligrosidad de las personas físicas<sup>31</sup>. En tal medida, sostiene este autor que la naturaleza jurídica de estas medidas es de consecuencias accesorias a la pena principal, lo que hace que, en la práctica, funcionen como penas accesorias, por lo que el catálogo de garantías aplicables a las penas es también aplicable a estas consecuencias accesorias, al igual que los plazos de prescripción<sup>32</sup>.

No se trata pues de que las estructuras e instrumentos societarios generen la comisión de delito, sino que, en determinadas ocasiones, la propia organización de la empresa puede ser aprovechada por el propio autor o un tercero para facilitar o encubrir la comisión de delitos. No se trata de la peligrosidad de la persona física sino de la peligrosidad de la persona jurídica que se pone de manifiesto en virtud de las acciones antijurídicas que realizan las personas físicas que para ella actúan<sup>33</sup>. Como se aprecia, la peligro-

---

<sup>31</sup> Cfr.: TERRADILLOS BASOCO, Juan. En: MAPELLI/TERRADILLOS. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Cit., pp. 217 y 218.

<sup>32</sup> Cfr.: TERRADILLOS BASOCO, Juan. En: MAPELLI/TERRADILLOS. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Cit., p. 219.

<sup>33</sup> Por todos: GRACIA MARTÍN, Luis. En: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito ...* Cit., pp. 446 y ss. Este autor considera que las medidas que se aplican a las personas jurídicas pueden ser de carácter asegurativo o coercitivas, siendo las primeras aquellas que sobre la base de fundamentos objetivos de peligrosidad de la persona jurídica en cuanto instrumento apto para la realización de hecho ilícitos pretenden impedir que se consume una violación al Ordenamiento jurídico, por lo que su imposición no debe depender de la comisión de un hecho antijurídico, sino del peligro de que este se realice. Las medidas coerci-

sidad objetiva de la empresa radica en que en manos de determinadas personas pueda seguir siendo utilizada como instrumentos del delito.

Si bien son instrumentos y como tales el fundamento jurídico para aplicarles las medidas del art. 105 CP. es su peligrosidad objetiva, las personas jurídicas no pueden ser decomisadas porque su propia naturaleza no lo permite. Además, el que sea fuente de trabajo para un colectivo de trabajadores obliga a tener presente dicha situación antes de decretar alguna medida contra una empresa, toda vez que indirectamente los trabajadores siempre se verán afectados.

### 3.2.3. Presupuestos para su aplicación

#### *a. Que sea en mérito a un hecho punible*

Si el «por qué» de la imposición de las medidas contra las empresas es su *peligrosidad objetiva* al poder ser utilizadas otra vez como instrumento para favorecer o encubrir una infracción, parece lógico que dicha infracción no tenga que ser, necesariamente, culpable y menos punible. En efecto, la peligrosidad objetiva de la empresa de ser utilizada como instrumento depende de la manera como esté organizada y estructurada y no de la culpabilidad del sujeto activo, quien bien puede actuar en estado de error o de no exigibilidad de otra conducta, e incluso ser inimputable, pero eso no debe obstar para que procedan las medidas contra las empresas ya que en estos casos los titulares de la misma no ofrecen las garantías necesarias de que las empresas que administran no serán utilizadas como instru-

---

tivas son manifestación del poder coercitivo del Estado y consisten en la utilización de instrumentos de fuerza para remediar el incumplimiento de una obligación.

mentos para favorecer o encubrir un delito. En suma, habrá de bastar con que el hecho sea antijurídico y no exigirse que sea culpable y punible, toda vez que la culpabilidad del autor no es necesaria para poner de manifiesto la peligrosidad objetiva de la empresa, la misma que se manifiesta con las conductas antijurídicas de las personas naturales que las dirigen.

Según lo establece el art. 105 CP., el supuesto de hecho para la aplicación de las medidas a las personas jurídicas es la comisión de un «*hecho punible*» en el ejercicio de su actividad o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, situación que genera no pocos problemas.

Podría sostenerse que cuando la ley se refiere a «hecho punible» lo que quiere significar es que la conducta realizada por las personas naturales que representan a la empresa esté previsto como tal «hecho punible», esto es, el «hecho punible» concebido de manera abstracta y genérica, por lo que aún cuando el hecho en concreto no genere la imposición de una pena por parte de los Tribunales penales se cumple el supuesto de hecho. Sin embargo, contra esta hipótesis cabe argumentar que si aquella hubiera sido la *voluntad legistatis* se hubiera utilizado alguno de los términos que se utilizan para referirse a los supuestos de decomiso (art. 102 CP. y art. 103 CP.) y a la privación de beneficios obtenidos por personas jurídicas (art. 104 CP.): infracción e infracción penal, respectivamente, que denotan la exigencia de una violación al Ordenamiento jurídico pero no la imposición de una medida a consecuencia de dicha violación.

Otra posibilidad, por la cual nos inclinamos al entender que la literalidad de la norma es lo suficientemente obvia, es entender que el concepto «*hecho punible*» exige que el hecho antijurídico, además de culpable, merezca una pena,

por lo que habrá de negarse, de *lege data*, la posibilidad de que las medidas previstas para las personas jurídicas se apliquen cuando concurre alguna causal de exclusión de culpabilidad (*v. gr.* todas las referidas a la inimputabilidad, error de prohibición, estado de necesidad exculpante y miedo insuperable) o cuando concorra cualquier causal de exclusión de pena (*v. gr.* excusa legal absolutoria o no concorra una condición objetiva de punibilidad). Definitivamente, por lo acabado de afirmar, la decisión del legislador no ha sido la más feliz toda vez que exigir que el hecho sea culpable y punible no se condice con la naturaleza jurídica de las medidas aplicables a las personas jurídicas.

En este orden de ideas, consideramos que existe una laguna en el sentido de que algunos supuestos en que se deberían aplicar las medidas a las personas jurídicas no se podrá por concurrir una causal de exculpación o una causal de exclusión de pena, lo cual se contradice con la naturaleza de las medidas, cual es la peligrosidad objetiva de que sean utilizadas como instrumentos, motivo por el cual, de *lege ferenda* deberá modificarse el presupuesto y exigirse únicamente la comisión de un hecho antijurídico. No obstante, por el momento, y para salvar la laguna denunciada, se puede exigir la imposición formal de la pena aún cuando la misma no llegue a ejecutarse<sup>34</sup>, así, en los casos de suspensión de la ejecución de la pena (art. 57 CP. y ss.) procede la aplicación de alguna de las medidas del art. 105 CP., más no cuando se reserve el fallo condenatorio (art. 62 CP. y ss.) ya que estos casos importan la ausencia de pronunciamiento judicial sobre la responsabilidad del procesado<sup>35</sup>, por lo que no hay pena que imponer.

---

<sup>34</sup> Cfr.: GRACIA MARTÍN, Luis. En: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito ...Cit.*, p. 448.

<sup>35</sup> Si bien el art. 63 CP. establece que «*El Juez al disponer al reserva del*

b. *Que el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de la persona jurídica o se haya utilizado su organización para favorecerlo o encubrirlo.*

Para que procedan las medidas aplicables a las personas jurídicas la ley vigente señala que el hecho punible (i) tiene que ser cometido en ejercicio de la actividad de la persona jurídica o, (ii) haberse utilizado su organización para favorecerlo o encubrirlo.

b.1. *El hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de la persona jurídica*

Este supuesto presenta algunas interrogantes. En primer lugar, hay que delimitar el universo de conductas que pueden ser subsumidas en él: sólo las que sean realizadas en «*ejercicio de la actividad de la persona jurídica*», por lo que el punto neurálgico radica en definir lo que se ha de entender por «*actividad de la persona jurídica*». Una primera posibilidad es que se refiera a que el hecho punible tiene que responder a una conducta realizada al amparo del estatuto de la empresa y dentro de su objeto social, de manera tal que si la conducta ha sido llevada a cabo sin observar el estatuto y es ajena al objeto social de la empresa ya no es considerada en ejercicio de la actividad de ésta; una segunda posibilidad es que basta con que el hecho punible haya sido realizado en la actividad de la persona jurídica, sin importar si se transgrede su estatuto y el obje-

---

*fallo condenatorio se abstendrá de dictar la parte resolutive de la sentencia (...)*», lo cierto es que toda sentencia contiene una parte considerativa y una resolutive. El hecho que en los casos en que se reserva el fallo condenatorio el Juez no condene al procesado no significa que no dicte la parte resolutive de la sentencia, ya que en este tipo de sentencias la parte resolutive la constituye precisamente la reserva del fallo condenatorio.

to social. La primera posibilidad tiene un límite formal (estatuto y objeto social), la segunda un límite material (lo que la empresa, más allá de su estatuto y objeto social, verdaderamente puede hacer).

Como quiera que la literalidad del CP. no permite tomar postura por una de las posibilidades, o en todo caso, no impide hacerlo, la lógica ordena que sea la naturaleza jurídica de la institución la que determine cual de las opciones escoger.

Entonces, si partimos de que (i) las medidas del art. 105 CP responden a que las personas jurídicas son objetivamente peligrosas al poder ser utilizadas como instrumento del delito; (ii) que los delitos empresariales tienen lugar cuando se utiliza la organización de la empresa, esto es, se actúa para la empresa; y, (iii) que es impensable que el estatuto de una empresa permita expresamente la comisión de un delito y que su objeto social sea contravenir el Orden Público, podemos concluir que si por «*ejercicio de la actividad de la persona jurídica*» entendemos únicamente aquellas conductas que formalmente encuentren amparo en el estatuto y se condigan con el objeto social de la empresa se generaría una laguna de impunidad al no poder aplicarse las medidas para las personas jurídicas en la gran mayoría de delitos empresariales.

Por eso, consideramos que la interpretación correcta –que responde a los fines de prevención general– es que por «*ejercicio de la actividad de la persona jurídica*» se entiendan todas aquellas conductas que materialmente han sido realizadas en ejercicio de la actividad de la empresa, esto es, que el sujeto activo se haya valido de las posibilidades que tiene la persona jurídica de participar en el mercado y por ende de delinquir, posibilidades que no dependen de su regulación estatutaria sino de la trascendencia de la empresa y su ubicación en el mercado.

*b.2. El hecho punible fuere cometido utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo*

Este supuesto presenta también algunas interrogantes. Nótese que la ley vigente utiliza los verbos «favorecer» y «encubrir» cuando en nuestro Ordenamiento jurídico penal no se encuentran reguladas como modalidades de participación el favorecimiento (aunque puede asimilarse a la participación) ni el encubrimiento<sup>36</sup>, lo cual genera imprecisiones a la hora de determinar cuando se favorece o se encubre un delito con la organización de una empresa.

La utilización de la organización empresarial para favorecer el hecho punible tiene lugar o bien antes de su realización o bien en el momento en que se realiza, a diferencia de cuando la organización es utilizada para encubrirlo, situación que se presenta con posterioridad a la consumación del delito<sup>37</sup>.

Para los efectos del art. 105 CP., por favorecimiento ha de entenderse cualquier acto que tenga como objetivo brindar facilidades, ayudar o servir a la comisión del delito a través de la organización empresarial. Por encubrimiento, cualquier acto de ocultamiento o disimulo de la comisión de un hecho punible o de sus efectos siempre a través de la organización de la empresa.

Ahora bien, como quiera que la ley se refiere a la utiliza-

---

<sup>36</sup> Las únicas formas punibles de encubrimiento son las fórmulas especiales de encubrimiento personal (art. 404 CP.), encubrimiento real (art. 405 CP.), receptación (art. 194 CP.), receptación en TID (art. 196-A CP.) y receptación aduanera (art. 6 Ley 26461).

<sup>37</sup> Como claramente exponen MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN. Derecho Penal. Parte General. Tirant lo Blanch, Valencia. 1993. pp. 401 y ss. De ahí que el encubrimiento no pueda ser considerado una forma de participación sino como un delito autónomo.

ción de la organización de la empresa *para* facilitar o encubrir el hecho punible, hay que reconocer que no es necesario que la organización de la empresa haya sido utilizada efectivamente para favorecer o encubrir el hecho punible y que se haya conseguido, sino que ese haya sido el propósito de quien utilizó la organización de la persona jurídica. Así como en los supuestos en que el tipo de injusto contienen un elemento subjetivo distinto del dolo de tendencia interna trascendente y lo exterioriza recurriendo al término *para*<sup>38</sup> que denota la intención o propósito de acceder a algo o de lograrlo a futuro (no se requiere para la consumación formal sino para la consumación material o agotamiento del delito que se acceda o consiga ese algo, bastando con que se haya actuado con tal intención trascendente<sup>39</sup>, de ahí su nombre de delito de intención), de igual manera sucede cuando el legislador recurre al término *para* en el art. 105 CP. El propósito de quien utiliza la organización de la persona jurídica tiene que haber sido favorecer o encubrir el hecho punible, sin embargo no es necesario que lo haya conseguido.

Además, sería absurdo que se exija que se haya encubierto efectivamente el delito para aplicarse las medidas a las personas jurídicas ya que mientras se encuentre en tal situación, el delito no podrá ser descubierto, condenado su autor ni aplicarse las medidas del artículo 105 CP.

---

<sup>38</sup> Ej. art. 346 CP. «*El que se alza en armas para variar la forma de gobierno (...)*».

<sup>39</sup> Por todos: JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Traducción de Joaquín Coello Contreras y José Luis Serrano Gonzalo de Murillo. Marcial Pons, Madrid. 1995, pp. 370 y ss., JESCHECK, Hains Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General I*. Traducción y adiciones de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Bosch. Barcelona. 1981, pp. 436 y 437 y STRATENWERT, Günther. *Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible*. 2 ed. Traducción de Gladys Rome-

En caso la organización empresarial haya sido utilizada por quien comete o quienes cometen el hecho punible, solamente se podrá procesar penalmente a estas personas ya que una interpretación extensiva del derecho de defensa permite al inculcado la utilización de todos los medios de defensa que estén a su disposición, incluso el encubrimiento de sus actos. Sin embargo, cabe la posibilidad de verificar la presencia de un concurso en caso se haya incurrido en otros delitos cuando se encubre el delito. A este respecto, lo más importante es precisar quiénes pueden utilizar la organización de la empresa para favorecer o encubrir un hecho punible, cuestión con la que no cumple la ley.

En caso la organización empresarial haya sido utilizada por una persona para favorecer el hecho punible perpetrado por un tercero o terceros, las posibilidades de imputar responsabilidad penal a aquel sujeto se limitan a calificarlo como coautor (art. 23 CP.) o como cómplice necesario o accesorio (art. 25 CP.) recurriendo a los criterios que la dogmática y la jurisprudencia manejan para tal fin. En caso haya utilizado la organización empresarial para encubrir el hecho punible cometido por un tercero –teniendo en cuenta que nuestro Ordenamiento Jurídico no contempla como categoría general de participación el encubrimiento– las posibilidades de imputarle responsabilidad penal quedan reducidas a que su conducta pueda ser subsumida en alguno de los delitos de encubrimiento que contempla la Parte Especial de nuestro Código Penal o una Ley penal especial.

#### 3.2.4. ¿Aplicación obligatoria o facultativa?

Así como existen criterios en función de los cuales las

---

ro. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid - Edersa, Madrid, pp. 112 y ss.

penas se determinan (art. 45 CP.), gradúan (art. VIII Título Preliminar CP. y art. 46 CP.), convierten (art. 52 CP. y ss.), suspenden (art. 57 CP. y ss.), se reserva el fallo condenatorio (art. 62 CP. y ss.) y hasta se exime de sanción (art. 68 CP.) y así como existen criterios legales que regulan la imposición de las medidas de seguridad (art. VIII TP. del CP. y art. 73 CP.), parece lógico que existan también criterios que inspiren la aplicación de las medidas aplicables a las personas jurídicas previstas en el art. 105 CP.

Dado que la ley no hace referencia a dichos criterios, una vez más será la naturaleza jurídica de la institución la que nos permita fijarlos. En efecto, si se acepta que la naturaleza jurídica de las medidas del art. 105 CP. es la peligrosidad objetiva de las personas jurídicas en la medida en que pueden volver a ser utilizadas como instrumentos del delito, se puede sostener sin problema alguno que el Juez deberá imponerlas únicamente en tanto y en cuanto dichas medidas sean idóneas para evitar en el futuro que las personas jurídicas puedan volver a ser utilizadas como instrumento en la comisión de un delito, es decir, tienen que apuntar a neutralizar o disminuir la peligrosidad de las personas jurídicas que se pone de manifiesto con la actuación de las personas naturales a quienes se les impone la pena. En buena cuenta, será el Juez quien decretará las medidas aplicables a las personas jurídicas observando una estricta y rigurosa **proporción** entre la peligrosidad objetiva de la persona jurídica de que vuelva a ser utilizada como instrumento en el favorecimiento o encubrimiento de un delito y la idoneidad de la medida para neutralizar o disminuir dicha peligrosidad objetiva. Así, de ser el caso, bien podría no imponerse medida alguna contra la persona jurídica si el Juez considera que ya no existen posibilidades —o son mínimas— de que la persona jurídica vuelva a ser utilizada como instrumento para favorecer o encubrir un

hecho punible. Por lo mismo, se debe requerir únicamente que en el curso de la actividad de la empresa se haya cometido un hecho antijurídico sin que sea preciso, además, que sea culpable<sup>40</sup>.

*De lege data*, las medidas contra las personas jurídicas son de obligatoria imposición por parte del Juez cuando el hecho punible es cometido en ejercicio de su actividad o cuando se utiliza su organización para favorecerlo o encubrirlo. Sin embargo, el Juez puede elegir, según la literalidad de la norma («... el Juez podrá aplicar **todas** o **algunas** de la medidas ...»), imponer las cuatro medidas previstas en el art. 105 CP. (*todas*) o bien tres o dos de ellas (*algunas*), pero de ningún modo, siempre según la literalidad de la norma, imponer una sola medida.

Ambos supuestos son absurdos. Es totalmente incongruente –por ser materialmente imposible– que la ley prevea la posibilidad de que el Juez pueda decretar todas las medidas contempladas en el art. 105 CP. Asimismo, el que se establezca como obligación del Juez el tener que imponer cuando menos dos de aquellas medidas no se condice con la naturaleza de las mismas ni con el criterio de proporcionalidad que debe primar en su aplicación.

Piéñese en el caso de que un Juez decida aplicar las cuatro medidas del art. 105 CP. a una misma persona jurídica. Si ordena su disolución (art. 105.2 CP.) mal puede ordenar, al mismo tiempo y contra el mismo ente, la clausura de sus locales o establecimientos (art. 105.1 CP.), la suspensión de sus actividades por un plazo no mayor de dos años (art. 105.3 CP.) y la prohibición de realizar en el futu-

---

<sup>40</sup> Cfr.: GRACIA MARTÍN, Luis. En: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito ...*Cit., p. 462.

ro actividades de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido favorecido o encubierto el delito, ya que siendo la disolución de la persona jurídica el paso previo a la liquidación y por ende a su extinción, no se podrían ejecutar las demás medidas.

Así también, el que se obligue al Juez a imponer por lo menos dos de las medidas es contrario al principio de proporcionalidad, que como vimos anteriormente, es el criterio que de cara a su naturaleza jurídica debe inspirar la imposición y elección de las medidas contra las personas jurídicas.

### 3.2.5. Sobre quiénes pueden vincular a la persona jurídica

Nuevamente, la ley no hace mención sobre quienes son las personas cuya actuación en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica o utilización de la organización empresarial para facilitar o encubrir un delito, puede generar la imposición de las medidas previstas en el art.105 CP. Así, si entendemos que no podemos diferenciar donde la ley no lo hace, tenemos que reconocer, de *lege data*, que cualquier persona puede, en principio, ser el autor del hecho punible a que se refiere el supuesto de hecho del art. 105 CP., esto es, no sólo quienes representen a la empresa u ocupen cargos de dirección o gerenciales al interior de ella, sino incluso una persona que no tenga relación alguna con la persona jurídica.

Aún cuando esta opción parezca radical, consideramos que es coherente con la naturaleza jurídica que fundamenta la imposición de las medidas a las personas jurídicas. El que la persona jurídica sea peligrosa al existir la posibilidad de que pueda ser utilizada como instrumento del delito es algo que depende, aparte de la propia organización de la empresa, de la diligencia de sus titulares, quienes dolosa o

culposamente pueden utilizar o permitir que un tercero utilice la organización para favorecer o encubrir un hecho punible propio o ajeno.

De esta manera, consideramos que si la utilización de la empresa como instrumento del delito no depende de que el autor del hecho ostente un cargo o título al interior de la misma, cualquier persona puede ser el autor del hecho punible a que se refiere el art. 105 CP. y no necesariamente un representante de la empresa. Ahora bien, lo cierto es que si el hecho punible es realizado por una persona que no tiene la representación de la empresa merecerá una sanción a título de autor y se aplicarán, además y al mismo tiempo, las medidas del art. 105 CP., sin perjuicio de la responsabilidad penal que recaerá sobre los representantes de la empresa a título de deber de garante, siempre que hayan omitido tomar las medidas de cuidado necesarias y que hayan podido hacerlo.

Sin embargo, hemos de reconocer que se nos hace difícil concebir un ejemplo en que un tercero que no tiene relaciones con la persona jurídica pueda utilizarla en la comisión de un delito empresarial, toda vez que se requiere siempre actuar para la empresa, lo que exige, como mínimo, capacidad por parte de la persona natural para vincular a la empresa con sus actos.

### 3.2.6. Intervención de la autoridad competente para resguardar los derechos de los trabajadores

La ley prescribe que cuando alguna de las medidas del art. 105 CP. fuere aplicada el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores. Nótese que la norma se divide temporalmente en dos momentos: el primero, en el cual el Juez está obligado a orde-

nar a la autoridad competente que disponga la intervención de la empresa ( «...*el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención...*» ) y, el segundo, el momento en el que aquella autoridad competente, haciendo caso a lo ordenado por el Juez, dispone que la empresa sea intervenida (no se dice por quien).

Sendos problemas de interpretación presenta la redacción de la norma. En primer lugar, si lo que se pretende es salvaguardar los derechos de los trabajadores —objetivo que por lo general depende de la celeridad con que se actúe— lo lógico hubiera sido que el Juez ordene la intervención de la empresa a quien corresponda y no establecer que el Juez tiene que valerse de un intermediario (autoridad competente) para hacerlo. En segundo lugar, la práctica enseña que la autoridad competente a que se refiere el art. 105 CP. es la autoridad de trabajo, quien es la encargada de intervenir la empresa en salvaguarda de los trabajadores, motivo por el cual aquellos dos momentos que la norma regula no se cumplen simplemente porque carece de sentido y hasta resulta imposible toda vez que habría que encontrar una autoridad competente —que no sea la autoridad de trabajo— para que el Juez le ordene a ésta disponer a la autoridad de trabajo que intervenga la persona jurídica en aras de cautelar los derechos de los trabajadores.

El carácter de obligatorio («... *el Juez ordenará ...*») puede presentar problemas en la práctica. Aparte de que en algunos supuestos aparece como innecesaria la intervención de la empresa (ej. cuando se clausura un local de la sociedad por dos meses —art. 105.1 CP.—), en otros, en que los responsables del hecho punible son los mismos trabajadores no parece satisfacer las exigencias de justicia el salvaguardar los derechos laborales de quienes los ponen en peligro a consecuencias de sus propios actos.

Este segundo grupo de casos requiere que la totalidad de los trabajadores sean responsables del hecho punible, sin importar si son autores o cómplices. Piénsese en la sociedad constituida por tres accionistas en que ellos son los únicos trabajadores de la sociedad. En caso los tres sean responsables del hecho punible no amerita la intervención de la autoridad competente para salvaguardar sus derechos como trabajadores. Consecuencia de esto es que cuando uno o algunos de los trabajadores no sean responsables del hecho punible tiene que intervenir la persona jurídica para salvaguardar sus derechos.

Podría argumentarse en contra que cuando se logre determinar quiénes son los responsables del hecho punible los perjuicios ocasionados contra los derechos de los trabajadores inocentes serían irreversibles, sin embargo, hay que recordar que en tanto las medidas aplicables a las personas jurídicas son consecuencias accesorias, su aplicación tiene lugar en el momento en que se dicta sentencia<sup>41</sup> —ya que es consecuencia accesoria de la pena—, esto es, cuando ya se ha individualizado a los responsables del hecho punible.

La ley vigente no menciona el plazo que puede durar la intervención de la persona jurídica para cautelar los derechos de los trabajadores, por lo que podría entenderse que durará el tiempo que duren las medidas, empero, atendiendo a que el objetivo de dicha intervención es salvaguardar los derechos de los trabajadores, debe durar el tiempo necesario que requiera, efectivamente, salvaguardarlos.

---

<sup>41</sup> Cfr.: MEINI MÉNDEZ, Iván. «Alcances de una nueva regulación procesal en materia ambiental». En: *Benites, Mercado & Ugaz, Abogados*. Informe N° 20. 1996.

La intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores tiene lugar a partir del momento en que se aplica una de las medidas del art. 105 CP., lo cual presenta un grave problema, cual es que la intervención de la empresa no puede decretarse antes que se aplique una medida contra la persona jurídica y ésta no puede aplicarse si es que no se ha dictado sentencia. Un proceso penal en el Perú dura aproximadamente dos años. Si esperamos a que termine lo más probable es que los trabajadores hayan perdido las posibilidades de recuperar lo poco que hubieran podido o que hayan iniciado un proceso ante el Juez de Trabajo para salvaguardar sus intereses. De una u otra forma, la intervención tal como la regula el art. 105 CP. no salvaguarda los derechos de los trabajadores.

### 3.2.7. ¿Consecuencias accesorias o medida cautelar?

A diferencia del Código Penal español, el peruano no concibe con carácter de general la posibilidad de que alguna de las medidas del art. 105 CP. sea aplicada antes de la sentencia, esto es, durante la tramitación de la causa<sup>42</sup>. Sin embargo, el art. 314 CP. establece para los casos de delitos contra la ecología que *«El Juez Penal ordenará, como medida cautelar, la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura definitiva o temporal del establecimiento de que se trate de conformidad con el art. 105° inciso 1, sin perjuicio de lo que pueda ordenar la autoridad en materia ambiental»*.

Más allá de que calificar de cautelar una medida como la

---

<sup>42</sup> El art. 129.2 del CP español establece que *«la clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa»*.

clausura definitiva del establecimiento contradice toda lógica jurídica, parece lógico que algunas medidas aplicables a las personas jurídicas puedan ser decretadas como medidas cautelares de innovar, de suerte que podría modificarse, antes de la sentencia pero sin carácter de definitivo, la situación que generó que la persona jurídica sea utilizada como instrumento para el favorecimiento o encubriendo de un delito y evitar, de esta manera, que vuelva a ser mal utilizada.

### 3.3. Las medidas aplicables a las personas jurídicas

#### 3.3.1. Clausura de sus locales o establecimiento, con carácter temporal o definitivo.

La clausura temporal no excederá de cinco años

La clausura de locales o establecimientos, cuando sea definitiva, debe tener como presupuesto la utilización de los mismos con fines ilícitos, esto es, los locales o establecimientos tienen que haber sido instalados con el único objetivo de facilitar o encubrir la comisión de delitos, ya que si la actividad realizada en los locales o establecimientos es lícita y eventualmente se ha facilitado o encubierto un hecho punible, lo aconsejable es decretar la clausura temporal, debiendo ser el plazo de su duración —que no será mayor de cinco años— proporcional entre la gravedad del hecho punible y las posibilidades de que el local o establecimiento pueda volver a ser utilizado con fines ilícitos.

#### 3.3.2. Disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité

De cara a los inconvenientes que acarrea la disolución tanto para los trabajadores como para los accionistas e incluso para la economía de la región, esta medida es considerada como la más drástica ya que representa la «muerte

civil» de la empresa y como tal ha de dictarse solamente en los casos más graves, como el de las agrupaciones que hayan sido constituidas con el objetivo de desarrollar actividades ilícitas<sup>43</sup>.

### 3.3.3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años

La suspensión de las actividades de la persona jurídica representa, al igual que el caso anterior, una medida muy severa toda vez que la norma establece que se suspenderán todas las actividades de la empresa, lo que equivale a «atar de manos» a la empresa impidiendo que pueda realizar cualquier actividad que su objeto social le faculte. De ahí que la medida sea temporal y por un plazo no mayor de dos años, ya que de ser mayor el plazo y por las condiciones del mercado, las posibilidades de que la persona jurídica se recupere serían nulas o escasas y los efectos producidos se asimilarían a los de la disolución.

### 3.3.4. 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 definitiva. La prohibición temporal no será mayor de cinco años

A diferencia de la anterior, esta medida prevé la absten-

---

<sup>43</sup> Cfr.: DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. «Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica». En: *AP*, 6. 1997, p. 129 y GRACIA MARTÍN, Luis. En: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito ... Cit.*, pp. 462 y 463.

ción por parte de la empresa de realizar únicamente la o las actividades de la clase que dieron origen a la imposición de la medida, por lo que bien puede seguir participando en el mercado a través de otras actividades que no sean de la clase en virtud a la cual se favoreció o encubrió el delito. Como se puede percibir, la prohibición temporal —hasta cinco años— debe ser consecuencia de actos de escasa dañosidad social y económica, debiendo reservarse la prohibición definitiva para los casos más graves. Ahora bien, si las actividades que se prohíbe realizar a la empresa son las únicas que su estatuto le permite realizar y se decretan con carácter definitivo, lo más conveniente es la disolución de la persona jurídica.

#### 4. Toma de postura

##### 4.1. Replanteamiento del problema

La criminalidad de empresa importa, por lo general, la utilización de entes colectivos a título de instrumento para favorecer o encubrir la comisión de un delito. De ahí que sea necesario, si se opta legal, dogmática y político-criminalmente por el *societas delinquere non potest*, establecer una serie de consecuencias jurídicas del delito «consecuencias accesorias» que permitan combatir y reprimir eficazmente dicha delincuencia toda vez que están dirigidas a las empresas.

El hecho que las consecuencias accesorias estén dirigidas contra las empresas no significa que sean sanciones, únicamente que en tanto las penas sólo alcanzan a los seres humanos y son las empresas las que por lo general obtienen beneficios patrimoniales indebidos a consecuencia de la delincuencia empresarial, debe existir una regulación especial que sancione a las personas naturales que actúan delictivamente y que se vea complementada por medidas

que sin revestir el carácter de sanción recaigan sobre las empresas y les impidan disfrutar de los beneficios que obtuvieron a consecuencia de la comisión del delito por parte de quien actúa para ellas.

Como se ha demostrado, en nuestro Código Penal no existe precepto legal alguno que permita decomisar las ganancias provenientes del delito obtenidas por las personas jurídicas, lo que representa a todas luces un vacío legislativo. Esto nos lleva a pensar que la opción por la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas no ha sido complementada, con medidas que en su conjunto representen, una adecuada estrategia legal contra la delincuencia y sobre todo contra la empresarial.

El que se requiera de un hecho punible –o sea, de un hecho antijurídico, culpable y punible– para imponer las consecuencias accesorias a las personas jurídica exige que se haya individualizado al autor culpable, lo cual, en el universo de los delitos empresariales representa un problema bastante común<sup>44</sup>, cuando de acuerdo a la naturaleza jurídica de cada una de las consecuencias accesorias éstas deberían aplicarse aún cuando no se haya podido determinar al agente responsable, siendo imprescindible únicamente la constatación del hecho antijurídico y los presupuestos que la naturaleza jurídica de cada consecuencia accesoria exige para proceder a su imposición.

---

<sup>44</sup> Así se manifiesta SILVA SÁNCHEZ, cuando apunta que una de las funciones que se le asignan a estas sanciones (sic) es la de dar respuesta a situaciones que se producen cuando constatando el hecho y el círculo de posible autores, no se determina al autor en concreto. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español». En: *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Bosch, Barcelona. 1995. J.M. Silva Sánchez (ed. española), pp. 364 y 365.

#### 4.2. Propuesta N° 01

Consecuentemente, somos de la opinión que debe modificarse el art. 102 CP. en los siguientes términos:

**Artículo 102.-** *«El Juez decretará el decomiso de los efectos provenientes del hecho previsto como delito, de los instrumentos con que se hubiere ejecutado y de las ganancias provenientes del mismo, sin importar las transformaciones que hubiera podido experimentar, a no ser que pertenezcan a personas no intervinientes en el hecho que los hayan adquirido de buena fe o que la persona que actuó en su nombre o representación, legal o voluntaria haya hecho lo propio.*

*Los efectos e instrumentos que se decomisen se rematarán de conformidad con las reglas del Código Procesal Civil, destinándose su producto, al igual que las ganancias, a cubrir la reparación civil del condenado y adjudicándose el saldo, salvo disposición especial, a favor del Estado».*

Se deja de lado el término «infracción penal» y se reemplaza por «hecho previsto como delito», que denota, al igual que en el caso de las medidas de seguridad (art. 72.1 CP), la comisión de un hecho antijurídico pero no necesariamente culpable, de suerte que el primer presupuesto es la constatación de un hecho antijurídico, lo que se condice con la naturaleza jurídica del decomiso de efectos, ganancias e instrumentos.

Si bien en nuestro concepto los efectos del delito incluyen a las ganancias, consideramos que es necesario hacer expresa mención a éstas y a la obligación del Juez de decomisarlas, salvando de esta manera las posibles dudas de

origen histórico que el término efecto del delito (*producta sceleris*) trae consigo.

Si partimos de que el delito no puede generar derechos ni beneficios, hemos de concluir que cuando la ley vigente establece que los efectos e instrumentos se decomisarán a no ser que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción, se deja abierta la posibilidad de que quienes actúan a través de representantes puedan acceder lícitamente a beneficios a consecuencia de la comisión de delitos por parte de quienes los representan. En tal medida, se ha de precisar que los efectos o instrumentos del delito se podrán decomisar aún cuando pertenezcan a un tercero, constituyendo el límite el que los hayan adquirido de buena fe.

Recogiendo la propuesta de SAN MARTÍN, se ha de establecer que el decomiso tiene como finalidad cubrir la reparación civil proveniente del delito y el saldo habrá de ser adjudicado al Estado.

Se hace la salvedad de que la adjudicación corresponde al Estado a no ser que exista norma que disponga lo contrario, lo cual es importante para los casos en que los efectos o instrumentos tengan que destruirse (*ej.* Tráfico ilícito de drogas) o cuando se tenga que cumplir con alguna recompensa (*ej.* para los casos de delitos de defraudación tributaria)

Por último, determinar quién es un tercero de buena fe, como bien dice GRACIA MARTÍN, no es cuestión sencilla, por lo que habrá de interpretarse recurriendo a un criterio acorde con la finalidad del decomiso. Así, por tercero de buena fe debe entenderse al propietario de los instrumentos o efectos del delito legalmente adquiridos cuando sea capaz de garantizar el cumplimiento de su deber de vigi-

lancia de la cosa a fin de evitar su utilización en el futuro para la comisión de nuevos hechos delictivos<sup>45</sup>.

Por último, se incorpora el término «persona» en vez de «tercero», ya que todo tercero es al mismo tiempo un no interviniente en el delito.

#### 4.3. Propuesta N° 02

**Artículo 103.**— *«Cuando los efectos o instrumentos referidos en el artículo 102° sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal podrá el Juez abstenerse de decretar el decomiso, o cuando sea posible, decretarlo sólo parcialmente, siempre y cuando se haya cumplido íntegramente con la responsabilidad civil proveniente del delito. El decomiso de las ganancias es siempre obligatorio»*

En principio, el decomiso de los efectos e instrumentos del delito es obligatorio. Sin embargo, como quiera que nuestro Código Penal no diferencia y permite el decomiso tanto en los casos de delitos dolosos como imprudentes<sup>46</sup>, se ha de permitir al Juez cierta discrecionalidad para decretarlo, siempre y cuando se haya cumplido con pagar el íntegro de la reparación civil.

Piénsese en el caso de unas lesiones leves culposas causadas a consecuencia de un accidente automovilístico, en que aparece disfuncional y excesivo decomisar el automó-

---

<sup>45</sup> Cfr.: GRACIA MARTÍN, Luis. En: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito ...*Cit., p. 449.

<sup>46</sup> Lo que si hace el CP español en su art.127 y lo que la doctrina española califica de positivo. TERRADILLOS BASOCO, Juan. En: MAPELLI/TERRADILLOS. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Cit., pp. 215 y ss. y MAPELLI CAFFARENA, Borja. «Las consecuencias accesorias ...» Cit., pp. 49 y ss.

vil. Pero el decomiso facultativo no ha de limitarse a los supuestos de los delitos culposos, sino que aún cuando sea doloso, en algunos casos aparece desproporcional la medida en relación al objetivo perseguido, esto es, con el afán de neutralizar la peligrosidad objetiva de la cosa.

#### 4.4. Propuesta N° 03

**Artículo 104.-** *«Tratándose de personas jurídicas, el Juez decretará el decomiso de las ganancias obtenidas por éstas como consecuencia de la infracción cometida por sus dependientes cuando se hubieran valido de la empresa para favorecer o encubrir el hecho previsto como delito.»*

Proponemos la modificación integral del art. 104 CP. La actual pérdida de beneficios obtenidos por personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquellos, como ya se demostró, tergiversa la verdadera utilidad del tercero civil responsable y constituye una laguna de punibilidad en tanto que no se puede decomisar las ganancias obtenidas por las personas jurídicas a consecuencia de la comisión de infracciones por parte de sus dependientes. Así, proponemos dejar de lado aquella ambigua medida de naturaleza indemnizatoria y de carácter subsidiaria.

En su reemplazo se propone la incorporación de una consecuencia accesoria que se condiga con la decisión política-criminal de considerar irresponsable penalmente a las personas jurídicas, cual es el no permitir el enriquecimiento de los entes colectivos producto de una infracción penal. Además, su presupuesto es la constatación de una infracción, hecho que no requiere determinar a un sujeto culpable, bastando la concurrencia de un hecho antijurídico.

Como se observa, aún cuando el favorecimiento no constituya una modalidad de participación en nuestro Sistema jurídico penal, consideramos que su mantenimiento, al lado del favorecimiento, es importante. En efecto, al tener la posibilidad de decretar el decomiso de las ganancias obtenidas por las personas jurídicas en tanto éstas hayan sido utilizadas ya sea para favorecer o encubrir la infracción, se abarcan –según nuestra opinión– todas las posibilidades de que las personas jurídicas puedan ser utilizadas como instrumentos antes, en el momento o después de la comisión de una infracción<sup>47</sup>.

#### 4.5. Propuesta N° 04

**Artículo 105.**– *«Si el hecho previsto como delito fuera cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez podrá aplicar, si lo exige la relación entre el hecho cometido y el peligro de que vuelva a cometerse un hecho previsto como delito de permanecer la empresa en las condiciones en que se cometió, todas, algunas o una de la medidas siguientes:*

*1. Clausura de sus locales o establecimiento, con carácter temporal o definitivo.*

*La clausura temporal no excederá de cinco años.*

---

<sup>47</sup> En sentido similar ROXIN, cuando descarta la responsabilidad penal de las personas jurídicas y apuesta por el recurso a otros medios para combatir la criminalidad económica. En tal medida, en tanto que no satisface a la prevención general la privación de ganancias mediante la confiscación y el comiso, habrá que acompañar dichas medidas con penas privativas de libertad contra los órganos y gestores responsables. ROXIN, *Claus. Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2° ed. Por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas, Madrid. 1997, p 259.

*2. Disolución 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 definitiva. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.*

*La clausura temporal prevista en el numeral 1), la suspensión de las actividades regulada en el numeral 3) y la prohibición temporal del numeral 4) del presente artículo podrán ser decretadas como medidas cautelares.*

*Cuando alguna de las medidas previstas fuere decretada como consecuencia accesoria o como medida cautelar, el Juez ordenará a la autoridad de trabajo que intervenga la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores. La intervención de la persona jurídica tendrá una duración acorde con la obtención del objetivo perseguido.*

*Sin perjuicio de que el Juez lo solicite, cada seis meses la autoridad de trabajo debe remitir al Juez un informe a fin de darle a conocer si la salvaguarda de los derechos de los trabajadores requiere aún de la intervención decretada.»*

Al igual que el art. 102 CP., en el presente optamos por

sustituir el término «hecho punible» por «*hecho previsto como delito*», lo que nos permite ser coherentes con la naturaleza jurídica de las medidas aplicables a las personas jurídicas. En consecuencia, no se requiere la individualización de un culpable, únicamente la constatación de un hecho antijurídico.

Se incorpora como presupuesto el criterio de proporcionalidad («... *si lo exige la relación entre el hecho cometido y el peligro de que vuelva a cometerse un hecho previsto como delito de permanecer la empresa en las condiciones en que se cometió ...*»), de manera que la imposición de algunas de las medidas no representa una obligación para el Juez, sino que depende de si son proporcionales y necesarias para disminuir o neutralizar las posibilidades de que las empresas que ya fueron utilizadas para favorecer o encubrir un hecho antijurídico vuelvan a serlo. Así, la aplicación de las medidas es facultativa.

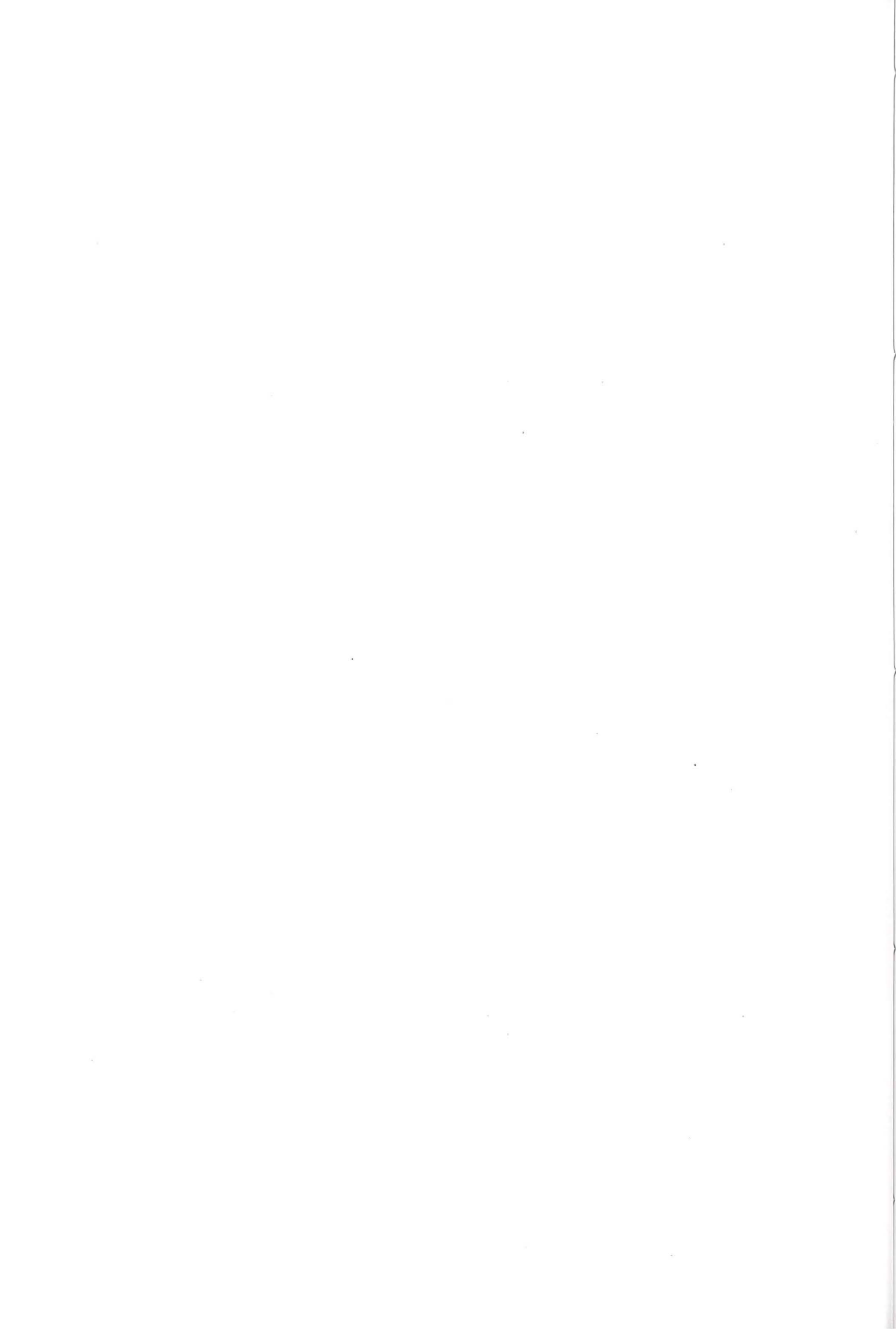
Se observa también que las medidas que no tienen carácter de permanente (clausura de locales o establecimiento con carácter temporal, suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité, prohibición temporal a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito)<sup>48</sup> pueden ser decretadas como medidas cautelares, lo que permite hacer frente al lento desarrollo de los procesos penales en el Perú. Claro está que como medidas cautelares tiene que verificarse

---

<sup>48</sup> Se descartan aquellas medidas de carácter permanente como la clausura definitiva de locales o establecimientos, la disolución de la persona jurídica y la prohibición definitiva de realizar en el futuro actividades de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

como presupuestos el *fumus bonis iuris* y el *pelicurum in mora*.

Se establece que la participación de la autoridad de trabajo para efectos de intervenir la persona jurídica tiene lugar a consecuencia de la orden del Juez penal, y se prevé que el tiempo de su duración no puede depender de la duración de las medidas que se apliquen contra las personas jurídicas, ya que lo que se busca es salvaguardar los derechos de los trabajadores y dicha salvaguarda puede no conseguirse en el plazo que dure la medida impuesta, y no neutralizar el peligro objetivo de que las personas jurídicas puedan ser utilizadas nuevamente como instrumentos. Asimismo, la Autoridad de Trabajo tiene que remitir semestralmente al Juez un informe detallado del estado de la intervención, de manera que pueda ordenar se levante la intervención cuando los objetivos de la misma se hayan cumplido.



## Conclusiones

1. La actividad punitiva del Estado peruano, en tanto Estado Democrático de Derecho, tiene que estar sometida a determinados principios y límites. Como quiera que la Constitución Política del Estado se constituye en el eje central de nuestro Ordenamiento jurídico, tanto la actividad sancionadora del Estado como los referidos límites al *ius puniendi* tienen que encontrar amparo en la Carta Magna. Así, la necesidad de respetar las reglas mínimas de convivencia y la participación libre de los ciudadanos en una sociedad democrática por un lado, y el respeto al principio de humanidad, de culpabilidad, de proporcionalidad, de subsidiariedad y carácter fragmentario (en definitiva, un Derecho penal de mínima intervención), de exclusiva protección de bienes jurídicos y de legalidad, por otro lado, representan un feliz equilibrio que justifica la intervención punitiva de un Estado Democrático de Derecho.
2. El Derecho penal económico es una rama del Derecho penal, por lo que los límites a los que está sujeto el segundo son válidos también para el primero. Asimismo, al ser el Derecho penal de la empresa una rama del De-

recho penal económico, su intervención tiene que respetar los límites a los que está sometido el género al cual pertenece. En tal sentido, el Derecho penal económico y el Derecho penal de la empresa tienen que estar inspirados en la cláusula de mínima intervención y estar orientados político-criminalmente a la tutela del Orden socio económico que la Constitución reconoce.

3. La participación en el mercado a través de una persona jurídica genera beneficios que nadie discute y que se reflejan en las posibilidades de participar con éxito en el mercado. Al mismo tiempo, las referidas posibilidades que conceden las empresas de competir con éxito en el mercado, su organización en función al principio de jerarquía y a la división del trabajo y la regulación legal a la que están sujetas permiten que puedan ser utilizadas con fines delictivos al facilitar la comisión de delitos y/o el encubrimiento de los individuos responsables.
4. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, como tema de investigación, ha de ser ubicado dentro de los linderos del Derecho penal de la empresa toda vez que las conductas que bajo dicho tema se agrupan tienen por común denominador presentarse en el ámbito de los delitos económicos a partir de la actuación de un sujeto individual para una empresa.
5. En nuestro Sistema jurídico-penal tiene plena vigencia el *societas delinquere non potest*, ya que no existe precepto penal alguno que proclame la responsabilidad penal de las personas jurídicas y pueda ser coherentemente aplicado. Además, nuestro Código Penal ha establecido reacciones contra las personas jurídicas bajo el *nomen iuris* «consecuencias accesorias», por lo que habrá que descartar, desde un plano formal, la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

6. Dogmáticamente se ha venido sosteniendo que las personas jurídicas no tienen capacidad de acción, capacidad de culpabilidad ni capacidad de pena, por lo que se afirma no pueden ser sancionadas por el Derecho penal. Sin embargo, la misma dogmática se ha encargado de ensayar y proponer conceptos de acción, culpabilidad y pena que permiten analizar y afirmar la capacidad de acción, capacidad de culpabilidad y capacidad de pena de las personas jurídicas. Esta situación es motivada por el normativismo que en la actualidad atraviesa la dogmática penal, en virtud del cual la dogmática tiene que adecuar sus conceptos a las exigencias político-criminales que la *praxis* demande, de suerte que la decisión de incorporar al catálogo de reacciones penales la responsabilidad penal de las personas jurídicas habrá de ser tomada en sede de política-criminal.
7. En nuestro concepto las personas jurídicas no *pueden* ser sancionadas toda vez que la sanción (penal o extrapenal) ha de recaer sobre alguien o sobre algo que haya podido ser motivado por las normas y, en consecuencia, comportarse de una manera distinta a la que originó la imposición de la sanción. Como quiera que las decisiones y acuerdos en el ámbito de una empresa son adoptados por las personas naturales que representan a la empresa (son las personas naturales las que *materialmente* actúan y, en todo caso, se imputan los efectos de estas conductas a las personas jurídicas), resulta contradictorio imponer una sanción a alguien o a algo —una empresa— si es que aquel o aquello sobre lo que recae la sanción no ha tenido la posibilidad de ser motivado ni de actuar de otra manera.

Acorde con ello, consideramos que *dogmáticamente* las personas jurídicas no tienen capacidad de acción y, con-

secuentemente, tampoco capacidad de culpabilidad ni capacidad de pena.

8. Al ser el Derecho administrativo sancionador –al igual que el Derecho penal– una manifestación del *ius puniendi* del Estado, tiene que estar sometido a determinados límites, principios y garantías. En tanto el Derecho administrativo sancionador impone sanciones, consideramos que tiene que verificar como mínimo la concurrencia de un presupuesto exigible para aquella imposición: que sobre quien recaiga haya podido motivarse con las normas y comportarse de manera distinta. Por ello, sostenemos que el Derecho administrativo sancionador –al igual que el Derecho penal– *dogmáticamente* no puede sancionar a las personas jurídicas, esto es, su actuación bajo el título de sanciones habrá de recaer únicamente sobre personas naturales.

Las diferencias cuantitativas que se reconoce existen entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador –no se reconocen diferencias cualitativas– no son suficientes para aceptar que el Derecho penal se encuentra vedado para sancionar personas jurídicas y el Derecho administrativo sancionador, que pertenece al mismo Derecho sancionador, sí pueda hacerlo.

9. *Político-criminalmente* se viene exigiendo responsabilizar penalmente a las personas jurídicas en atención a los elevados e irreparables perjuicios que ocasiona la delincuencia empresarial, a las dificultades probatorias que se presentan cuando se comete un delito en la actuación para una empresa imposibilitando la identificación del sujeto individual responsable, a la carencia de instrumentos del Derecho penal para reprimir y prevenir la comisión de delitos empresariales, a la actitud criminal de grupo y al reducido o nulo efecto preventivo

del Derecho penal para los delincuentes económicos. Estas exigencias bien pueden ser satisfechas sin tener que recurrir a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, principalmente mediante la especialización de los agentes de control, el recurso a penas eficaces que recaigan sobre personas naturales y que reduzcan o neutralicen las causas de la delincuencia empresarial y la aplicación de «consecuencias accesorias» que recaigan sobre personas naturales y jurídicas, que sin ser medidas de naturaleza penal, resultan idóneas para combatir la delincuencia económica.

10. Se ha de exigir a las «consecuencias accesorias» aplicables a las personas jurídicas ser lo suficientemente efectivas como para no cuestionarnos la decisión legislativa de no hacer responsables penalmente a las personas jurídicas. En tal sentido, las «consecuencias accesorias» que puedan recaer sobre las empresas no sólo tienen que estar dirigidas a neutralizar o disminuir las causas que originaron la comisión de delitos en actuaciones para una persona jurídica, sino que tienen que neutralizar o disminuir efectivamente dichas causas. Acorde con lo mencionado anteriormente, las «consecuencias accesorias» no son sanciones, son medidas cuya naturaleza jurídica es distinta en cada caso.
11. En el ámbito de la delincuencia empresarial, las actuaciones para una empresa encuentran sentido en las facilidades que genera el participar en el mercado a través de una persona jurídica, en las dificultades probatorias en orden a identificar al sujeto individual responsable y, sobre todo, en los cuantiosos beneficios patrimoniales que genera este tipo de delincuencia. En buena cuenta, las personas jurídicas son peligrosas objetivamente ya que dependiendo de la forma como estén organizadas, a

qué actividad se dediquen y con qué fines hayan sido creadas, pueden resultar peligrosas objetivamente bajo la dirección de determinadas personas.

12. La peligrosidad objetiva de las personas jurídicas se pone de manifiesto a través de las acciones de las personas naturales que las representan. Consecuentemente, las «consecuencias accesorias» tienen que neutralizar la peligrosidad objetiva, principalmente, tienen que ser capaces de impedir que se disfruten las ganancias mal habidas a consecuencia de la comisión de delitos económicos. Dentro de esta lógica, hemos de reconocer que la persona jurídica es utilizada como un instrumento por las personas naturales que delinquen, de suerte que la persona jurídica habrá de ser tratada por el Derecho penal como tal, esto es, las medidas que se le impongan tienen que apuntar a neutralizar la peligrosidad objetiva que representa una empresa en manos de quien ya la utilizó para contravenir el Orden Público.

13. La regulación que de las «consecuencias accesorias» ofrece la ley penal vigente no permite afirmar que éstas cumplan eficazmente con los objetivos que se les demandan. El decomiso o pérdida de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencias de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes tiene naturaleza indemnizatoria y es de carácter subsidiario, toda vez que el referido decomiso o pérdida se verifica en cuanto sea necesario para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de los sujetos activos personas naturales solamente si sus bienes resultaren insuficientes, deviniendo en ocioso en tanto que la institución del tercero civil responsable cumple ya con dicho

cometido. Por otro lado, el art. 105 CP. presenta serias dificultades de interpretación, lagunas e incoherencias en su redacción.

14. La naturaleza jurídica de las medidas que se agrupan bajo el título «consecuencias accesorias» que recaigan sobre las personas jurídicas no se corresponde con la naturaleza jurídica de las sanciones. El decomiso de instrumentos y efectos del delito responde a la peligrosidad de las cosas cuando se encuentran a disposición de determinadas personas, siendo su finalidad la de impedir que tales objetos peligrosos se utilicen en el futuro para la comisión de nuevos delitos; el decomiso de las ganancias responde a la no tolerancia de una situación patrimonial ilícitamente adquirida; la pérdida de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes se verifica en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquellos, si sus bienes fueran insuficientes, siendo por ellos de naturaleza indemnizatoria y de carácter subsidiario y las medidas aplicables a las personas jurídicas responden a la necesidad de que éstas no vuelvan a ser utilizadas como instrumentos para cometer, favorecer o encubrir un delito, es decir, a su peligrosidad objetiva.
15. Se propone una modificación integral del Capítulo II del Título VI del Libro I del Código Penal en orden a permitir un tratamiento adecuado de las personas jurídicas en tanto que son utilizadas como instrumentos y pueden ser objetivamente peligrosas en la comisión o favorecimiento de un delito económico o en el encubrimiento de los individuos responsables de dichos delitos. Acorde

con ellos, las medidas que recaen sobre las personas jurídicas han de tener como presupuesto la constatación de un hecho antijurídico, no necesitando que dicho hecho sea culpable.

## Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho Penal Económico. Consideraciones Jurídicas y Económicas*. IDEMSA, Lima. 1997.

ACHENBACH, Hans. «Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el derecho alemán». En: *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Bosch, Barcelona. 1995. J.M. Silva Sánchez (ed. española).

– «Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad». En: *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50° aniversario. Schünemann (com), Silva Sánchez (trad). Tecnos, Madrid, 1991.

AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*. Arayú, Buenos Aires. 1955.

AMELUNG, Knut. «Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de

Roxin». En: *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario. Schunemann (com), Silva Sánchez (trad). Tecnos, Madrid, 1991.

BACIGALUPO, Enrique. «Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)». En: *Comentarios a la Legislación Penal*. V. Cobo (dctor).

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, Margarita PÉREZ MANZANO y Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*. 2º ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid. 1993.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho europeo actual». En: *Cuadernos de Derecho del Poder Judicial*. Madrid.

- «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español». En: *Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto*. Bosch, Barcelona. 1996.
- *Derecho Penal Económico. Aplicado a la Actividad Empresarial*. Civitas, Madrid. 1978.
- «De nuevo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas». En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid. 1981.
- «El derecho penal económico. Un estudio de derecho positivo español». En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid. 1973.

- «La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal». En: *Libro Homenaje al Prof. Antón Oneca*. Estudios Penales. 1982. Aparecido también en *Cuadernos de Política Criminal*. 5, 1978.
- «Derecho penal económico: Desarrollo económico, protección penal y cuestiones político criminales». En: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*. (Jornadas en Homenaje al Prof. Tiedemann), Madrid. 1995. Aparecido también en: *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Mazuelos (comp.) San Marcos, Lima. 1996.

BARBERO SANTOS, Marino. «Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto». En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1973.

- «Los delitos contra el orden socio-económico: presupuestos». En: *La Reforma Penal. Cuatro Cuestiones Fundamentales*. Madrid. 1982.
- «¿Responsabilidad penal de las empresas?». En: *Estudios de Derecho Penal Económico*. Arroyo/ Tiedemann (ed). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca. 1994.
- «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?». En: *Doctrina Penal*. Año 9, 1986.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ y José Ramón SERRANO PIEDE-CASAS. *Manual de Derecho Penal. Parte General. III. Consecuencias Jurídicas del Delito*. Praxis. Barcelona. 1994.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y Luis ARRO-

YO ZAPATERO, Nicolás GARCÍA RIVAS, Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ y José Ramón SERRANO PIEDECASAS. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Praxis. Barcelona. 1996.

BRAMONT ARIAS, Luis Felipe. «Delitos económicos y bien jurídico». En: *Ius et Veritas*. Nº 5. 1993.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Ariel, Barcelona. 1986.

– *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Ariel, Barcelona. 1989.

– «La responsabilidad penal de las personas jurídicas». En: *El Derecho Penal Hoy*. Homenaje al Profesor Baigún. Maier/Binder (com). Del Puerto, Buenos Aires. 1995.

– «Perspectivas actuales del derecho penal económico». En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Nº 1. Lima. 1993.

– «Los bienes jurídicos colectivos». En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Nº 11. Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asua.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*. Tirant lo Blanch, Valencia. 1995.

CARO CORIA, Carlos. «La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma penal de 1991». En: *Themis*. Revista de Derecho. Nº 24. 1992.

– «Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sisté-

mico de Jakobs». En: *Themis*. Revista de Derecho. Nº 35. 1997.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. I. Introducción: Teoría Jurídica del Delito*. 3 ed. Tecnos, Madrid. 1988.

– «Límite entre el derecho penal y el derecho administrativo». En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid. 1971.

– «El finalismo hoy». En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1993 - I.

COBO DEL ROSAL, Manuel y T.S. VIVES ANTÓN. *Derecho Penal. Parte General*. 3º ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1993.

CÓRDOBA RODA, Juan. «Delincuencia económica y responsabilidad de los representantes mercantiles en derecho español». En: *Estudios Penales y Criminológicos*. Universidad Santiago de Compostela. 1987.

CHIPOCO CÁCEDA, Carlos. Proyecto de Ley «Reforma del Código Penal. Tipificación de Uso de Información Privilegiada».

DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. «Notas acerca de la potestad sancionatoria de la Administración Pública». En: *Ius et Veritas*. Año V, Nº 10. Edición de Aniversario.

DE DOELDER. «La punibilidad de las personas jurídicas en Holanda». En: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*. (Jornadas en Homenaje al Prof. Tiedemann), Madrid. 1995.

- DE FARIA COSTA, José. «La responsabilidad penal de la empresa y de sus órganos (o una reflexión sobre la alteralidad de las personas colectivas a la luz del derecho penal)». En: *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Bosch, Barcelona. 1995. J.M. Silva Sánchez (ed. española).
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. «Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica». En: *Actualidad Penal*, 6. 1997.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. «De los delitos societarios». En: *Comentarios al Código Penal de 1995*, Volumen I. Vives Antón (coord), Valencia. 1996.
- FELLINI, Zulita. «Tutela del honor de las personas jurídicas en la legislación argentina». En: *El Derecho Penal Hoy*. Homenaje al Profesor Baigún. Maier/Binder (com). Del Puerto, Buenos Aires. 1995.
- FERNÁNDEZ ALBOR. «Delincuencia económica y responsabilidad de los representantes de sociedades mercantiles en Derecho español». En: *Estudios Penales y Criminológicos*, X, Fernández Albor (ed) 1987.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo. «Bien jurídico y principio de culpabilidad». En: *El Derecho Penal Hoy*. Homenaje al Profesor Baigún. Maier/Binder (com). Del Puerto, Buenos Aires. 1995.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María Dolores. «Los límites al ius puniendi». En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XLVII.
- FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Parte Gene-*

ral. Tomos I y II. Abeledo Perrot, Buenos Aires. 1990.

GARCÍA, Luis y Patricia LLERENA. *Criminalidad de Empresa. Responsabilidad penal de los directivos de sociedades comerciales y de entidades financieras*. Ad Hoc, Buenos Aires. 1990.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Estudios Penales*. Bosch, Barcelona. 1984.

– «Reflexiones criminológicas y político-criminales sobre la criminalidad de «cuello blanco»». En: *El Derecho Penal Hoy*. Homenaje al Profesor Baigún. Maier/Binder (com). Del Puerto, Buenos Aires. 1995.

– *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Espasa Calpe, Madrid. 1988.

GARCÍA RADA, Domingo. *Sociedad Anónima y Delito*. Studium, Lima. 1985.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Introducción al Derecho Penal Español*. Universidad Complutense – Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid. 1979.

– «¿Tiene algún futuro la dogmática jurídico penal?». En: *Estudios de Derecho Penal*. 3 ed. Civitas, Madrid. 1990.

GÓMEZ BENITES, José Manuel. *Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General: Teoría del Delito*. Civitas, Madrid. 1992.

– «Notas para una discusión sobre los delitos con-

tra el orden socio-económico y el patrimonio en el proyecto de 1980 de Código Penal». En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, II. 1980.

- «Sobre la teoría del bien jurídico (aproximación al ilícito penal)»: En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. 1983, 69.

GRACIA MARTÍN, Luis, Miguel Angel BOLDOVA PASAMAR y M. Carmen ALASTUEY DOBON. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*. Gracia Martín (coord). Tirant lo Blanch, Valencia. 1996.

GRACIA MARTÍN, Luis. *El Actuar en Lugar de Otro en el Derecho Penal*, I y II. Universidad de Zaragoza, Zaragoza. 1986.

- «Los instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal». En: *Actualidad Penal*, 1993.
- «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas». En: *Actualidad Penal*, 1993.
- «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas». En: *Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto*. Bosch, Barcelona. 1996.
- «La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el derecho penal español». En: *Hacia un Derecho Penal*

*Económico Europeo*. (Jornadas en Homenaje al Prof. Tiedemann), Madrid. 1995. Aparecido también en: *Actualidad Penal*. N° 16, 1993.

HASSEMER, Winfrid y Francisco MUÑOZ CONDE. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia. 1989.

HASSEMER, Winfrid. «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos». En: *Pena y Estado*. Función simbólica de la pena. 1991, 1.

– «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico». En: *Doctrina Penal*, 1989, 2.

HERRERO HERRERO, César. *Los Delitos Económicos. Perspectiva jurídica y criminológica*. Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica, Madrid. 1992.

HIRSCH, Hans Joachim. «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas». En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993 - III.

HURTADO POZO, José. *Droit Pénal. Partie Générale I. Notions fondamentales el Loi pénale*. Editions Universitaires Fribourg Suisse. Imprimerie Sain-Paul, Fribourg. 1991.

– *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2 ed. EDDILI, Lima, 1987.

– «Impunidad de personas con patronos culturales distintos». En: *Derecho PUC*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. diciembre-1995.

JAEN VALLEJO, Manuel. *El concepto de acción en la dogmática penal*. Colex, Madrid. 1994.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Traducción de Joaquín Coello Contreras y José Luis Serrano Gonzalo de Murillo. Marcial Pons, Madrid. 1995.

– «El principio de culpabilidad». En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1992 -III.

– *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Traducción de Carlos Suárez Gonzales y Manuel Cancio Meliá. Civitas, Madrid, 1996.

– *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. Traducción de Bernardo Feijóo Sánchez y Manuel Cancio Meliá. Civitas, Madrid, 1996.

JESCHECK, Hais Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General I y II*. Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Bosch, Barcelona. 1981.

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de derecho penal. 4 ed.* Losada, Buenos Aires. 1977.

KAISER Günther. *Introducción a la Criminología*. 2º Ed. Traducción de José Antonio Rodríguez Núñez; dirección de José Rodríguez Devesa. Dykinson, Madrid. 1988.

LASCURAÍN SÁNCHEZ. «Fundamentos y límites del deber de garantía del empresario». En: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*. (Jornadas en Homenaje al Prof. Tiedemann). Madrid. 1995.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Editorial Universitas S.A., Madrid. 1996.

- «La relación de merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito». En: *Causas de Atipicidad y de Justificación en Derecho Penal*. Luzón Peña y Mir Puig (coord). Aranzadi, Pamplona. 1995.
- «Alcances y función del Derecho Penal». En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. XLII - I.
- «Prevención General, Sociedad y Psicoanálisis». En: *Cuadernos de Política Criminal*. 16, 1982.

MALAMUD GOTI, Jaime. *Persona Jurídica y Penalidad*. Depalma, Buenos Aires. 1981.

- «Las penalidades a sociedades y sus directivos por el hecho del agente (dos modelos del derecho comparado: La República Federal Alemana y los Estados Unidos)». En: *Doctrina Penal*. 1980. Año 3. Nº 9 a 12.

MANZANARES, José Luis y Javier CREMADES. *Comentario al Código Penal*. La Ley-Actualidad, Madrid. 1996.

MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal. Parte General*. 7º ed. Actualizada por Karl Heinz Gössel y Heinz Zipf. Traducción de Jorge Bofill Genzsch. Astrea, Buenos Aires. 1995.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. «Las consecuencias acceso-

rias en el nuevo Código Penal». En: *Revista Penal*, 1. 1997.

MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan TERRADILLOS BASOCO. *Consecuencias Jurídicas del Delito*. 3<sup>o</sup> ed. Civitas, Madrid. 1996.

MATEO RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. *Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente*. Colex, Madrid. 1995.

MAZUELOS COELLO, Julio. «Derecho penal económico y de la empresa». En: *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. San Marcos, Lima. 1996.

– «El bien jurídico penal». En: *Control Social y Derecho Penal*. San Marcos, Lima. 1995.

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*. Año VII, número 13.

– «Actuar en nombre de otro y realidad judicial. La problemática del artículo 27<sup>o</sup> del Código Penal y su aplicación por parte de los agentes de control social formal». En: *Benites, Mercado & Ugaz, Abogados*. Informe N<sup>o</sup> 12. 1995.

– «Alcances de una nueva regulación procesal en materia ambiental». En: *Benites, Mercado & Ugaz, Abogados*. Informe N<sup>o</sup> 20. 1996.

MILITELLO, Vincenzo. «La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia». En: *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho*

*Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Bosch, Barcelona. 1995. J.M. Silva Sánchez (ed. española).

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación*. Centro de Estudios Judiciales, Madrid. 1993.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 4º ed. PPU, Barcelona. 1996.

– «Introducción a las Bases del Derecho Penal». Bosch, Madrid. 1982.

– «Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *Ius puniendi*». En: *Estudios Penales y Criminológicos*, 1991, XVI.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia. 1993.

MUÑOZ CONDE, Francisco. «La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles». En: *Cuadernos de Política Criminal*. 1977.

– «Derecho penal y control social (sobre la función motivadora de la norma jurídica penal)». En: *Derecho Penal y Control Social*. Fundación Universitaria de Jerez, Jerez de la Frontera. 1985.

– «La norma jurídica penal (crítica a al teoría sistémica del Derecho Penal)». En: *Derecho Penal y Control Social*. Fundación Universitaria de Jerez, Jerez de la Frontera. 1985.

– «Delincuencia económica: Estado de la cuestión y propuestas de reforma». En: *Hacia un Derecho*

*Penal Económico Europeo* (Jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann). Madrid. 1995.

– «La ideología de los delitos contra el Orden Socio Económico en el proyecto de la Ley Orgánica de Código Penal». En: *Cuadernos de Política Criminal*. 1982.

– «Cuestiones dogmática básicas en los delitos económicos». En: *Revista Penal*, 1. 1997.

NIETO MARTÍN, Adán. «Ordenamiento comunitario y derecho penal económico español. Relaciones en el presente y en el futuro». En: *Actualidad Penal*. N° 34. 1995.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2° ed. Tecnos, Madrid. 1994.

NOVOA MONTREAL, Eduardo. «Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico». En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1982.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho Penal. Parte General*. Marcial Pons, Madrid. 1992.

– «Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal económica». En: *Estudios Jurídicos en Honor del Prof. Octavio Pérez-Vitoria*. Barcelona. 1983.

PAGANO, José León (h.). *Derecho Penal Económico*. Depalma, Buenos Aires. 1983.

PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal I. Estudio Programático de la Parte General*. 2° ed. Grijley, Lima. 1996.

PÉREZ MANZANO, Margarita. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas». *Actualidad Penal*. Volumen 1. 1995.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Todo sobre el Código Penal*. Tomo 1 y 2. Idemsa, Lima. 1996.

RIGHI, Esteban. «Las garantías y la represión de la delincuencia económica». En: *Cuadernos de Política Criminal*. 1979, 7-9.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María y Alfonso SERRANO GÓMEZ. *Derecho Penal. Parte General*. 16° ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1993.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. «¡Societas delinquere non potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión». En: *La Ley. Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Año XVII, N° 4136, 03 de octubre de 1996.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2° ed. por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas, Madrid. 1997

– *Política Criminal y Estructura del Delito en Base a la Política Criminal*. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazabal Malareé. PPU, Barcelona. 1992.

– *Problemas básicos de Derecho Penal*. Traducción Diego Luzón Peña. Madrid. 1976.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. «El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-pena-

les». En: *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Estudios en honor de Claus Roxín en su 50º aniversario. Schunemann (com), Silva Sánchez (trad). Tecnos, Madrid, 1991.

– «Los diferentes aspectos de bien jurídico». En: *Nuevo Pensamiento Penal*, 1975, 4.

RUSCONI, Maximiliano Adolfo. «Personas jurídica y sistema penal: hacia un nuevo modelo de imputación?». En: *El Derecho Penal Hoy*. Homenaje al Profesor Baigún. Maier/Binder (com). Del Puerto, Buenos Aires. 1995.

SCHÜNEMANN, Bern. «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política-criminal acerca de criminalidad de empresa». En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1988.

– «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea». En: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo* (Jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann). Madrid. 1995.

– «La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo». En: *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Estudios en honor de Claus Roxín en su 50º aniversario. Schunemann (com), Silva Sánchez (trad). Tecnos, Madrid, 1991.

SERRANO MAILLO, Alfonso. «Las personas jurídicas frente al derecho penal español». En: *Doctrina Penal*. Año 14, 1991 - 1.

SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. «Sobre la respon-

sabilidad penal de las personas jurídicas» En: *Themis*, Revista de Derecho. 1997, N° 35.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximaciones al Derecho Penal Contemporáneo*. Bosch, Barcelona. 1992.

- «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español». En: *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Bosch, Barcelona. 1995. J.M. Silva Sánchez (ed. española).

SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino. Tomo II*. Tipografía Editoria Argentina, Buenos Aires. 1956.

STRATENWERT, Günther. *Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible*. 2 ed. Traducción de Gladys Romero. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid - Edersa, Madrid. 1982

SUAY RINCÓN, José. «El derecho administrativo sancionador como derecho garantizador y como alternativa al derecho penal». En: *Revista del Foro Canario*, 1993-1.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho Penal de la empresa*. Trotta, Madrid. 1995.

- «El ilícito ecológico: sanción penal - sanción administrativa». En: *El Delito Ecológico*. Trotta, Madrid. 1992.
- «Función simbólica y objeto de protección del dercho penal». En: *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*. 1991, 1.

- «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal». En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. 1981, Nº 63.
- «Los delitos societarios». En: *Estudios Sobre el Nuevo Código Penal de 1995*. Del Rosal (ed). Tirant lo Blanch, Valencia. 1997.

TIEDEMANN, Klaus. *Poder Económico y Delito (introducción al derecho penal económico y de la empresa)*. Ariel, Barcelona. 1985.

- *Lecciones de Derecho Penal Económico. (Comunitario, español y alemán)*. PPU, Barcelona. 1993.
- «El crimen económico». En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Delitos Económico y empresa*. Lima. 1987, Nº 24.
- «Punibilidad y responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y de sus órganos». En: *Revista Jurídica de Buenos Aires*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. 1988.
- «La criminalidad económica como objeto de investigación». En: *Cuadernos de Política Criminal*. 1983.
- «Consideración crítica de la propuesta del Anteproyecto de nuevo Código Penal sobre los delitos económicos y concursales desde el derecho comparado». En: *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*. Noviembre-diciembre, 1984.

- TOLEDO Y UBIETO, Emilio. «Las actuaciones en nombre de otro». En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984.
- «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos». En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, N° 43 I.
- TORIO LÓPEZ, Angel. «Los delitos del peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)». En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981.
- VALERA GARCÍA, Valeria. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un debate necesario en el derecho español y alternativas». En: *Actualidad Penal*. Volumen 2, 1995.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Cuzco, Lima. 1991.
- *Introducción a la Criminología*. Cuzco, Lima. 1997.
- VIVES ANTÓN, T.S. y COBO DEL ROSAL. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia. 1993.
- VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. tomo II. 20° ed. Traducción de Luis Jiménez de Asua. Reus, Madrid.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. 3 ed. castellana. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 1987.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. V. Ediar, Buenos Aires. 1980.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. «Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*». En: *Cuadernos de Política Criminal*, 1980, 11.

– «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas». En: *Cuadernos de Política Criminal*, 1994, 53.

– «Una vez más sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas (doce años después)». En: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo* (Jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann). Madrid. 1995.

– *Otra vez la vuelta a Von Liszt*. Introducción a «La Idea del Fin en el Derecho Penal. Programa de Marburgo, 1882». Comares, Granada. 1995.

*La responsabilidad penal de las personas jurídicas,*  
se terminó de imprimir en el mes de abril de 1999  
en los talleres gráficos de Editorial e Imprenta  
DESA S.A. (Reg. Ind. 16521),  
General Varela 1577,  
Lima 5, Perú

## PUBLICACIONES RECIENTES

EDITH ARANDA DIOSES

*Del proyecto urbano moderno a la imagen trizada.* Talara: 1950-1990. 1998. 215 p.

FERNANDO ARMAS ASIN

*La formación de la Iglesia en los Andes.* 1999. 586 p.

RICHARD BURGER

*Excavaciones en Chavín de Huantar.* 1998. 460 p.

MIGUEL GIUSTI

*Alas y raíces.* 1999. 338 p.

PETER KAULICKE (Editor)

*Max Uhle y el Perú Antiguo.* 1998. 363 p.

WILLIAM MEJIAS-LOPEZ (Editor)

*Marcel Bataillon y la América colonial en su historia y literatura.*  
Vol. I. 1998. 470 p.

ANTONIO PEÑA JUMPA

*Justicia comunal en los Andes.* 1998. 389 p.

MIGUEL PIAGGIO

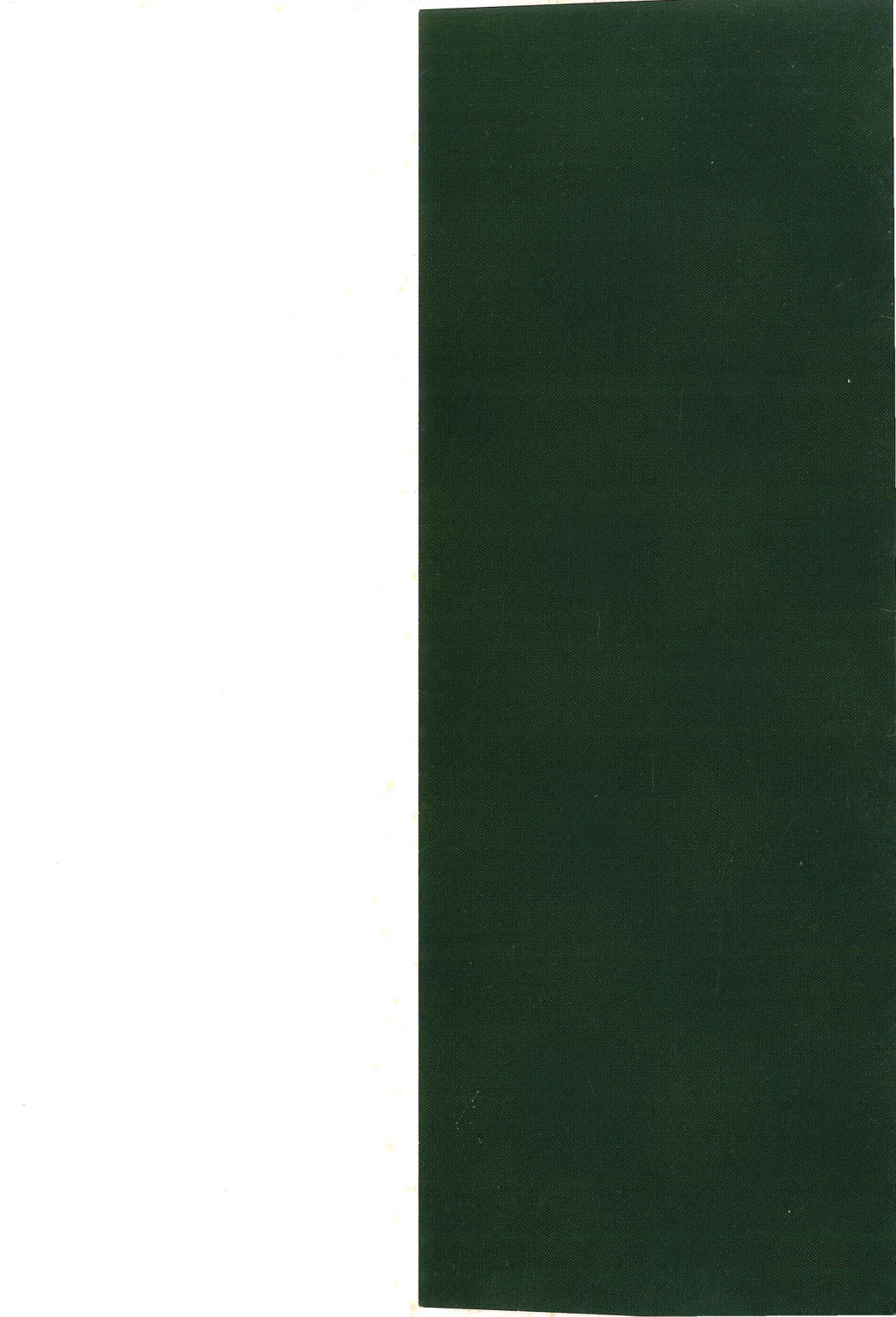
*Física con ejercicios.* Vol. III. 1998. 469 p.

MIGUEL ANGEL ZAPATA

*Metáfora de la experiencia: la poesía de Antonio Cisneros.* 1998.  
445 p.







Bajo el amplio y frondoso objeto de estudio del Derecho penal económico se debate ampliamente la problemática de "La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", sin embargo, ningún autor peruano se había ocupado del tema en una monografía de largo aliento.

En este libro, el autor analiza la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde una necesaria perspectiva dogmática y político-criminal, lo que le permite adentrarse en los argumentos que se han venido esgrimiendo tanto a favor como en contra de dicha responsabilidad y en consecuencia, tomar postura por el *societas delinquere non potest*. Ello no obstante, no le exime de proponer soluciones a la problemática de que las personas jurídicas sean utilizadas por sus miembros como instrumentos para favorecer o encubrir la comisión de delitos.

En esta línea, estudia pormenorizadamente el Capítulo del Título VI del Libro I del Código Penal dedicado a las denominadas "Consecuencias Accesorias", que tienden a neutralizar la peligrosidad objetiva de las personas jurídicas y tienen como presupuesto la constatación de la comisión de un hecho antijurídico, proponiendo luego un conjunto integral de propuestas cuyo objetivo es mejorar sustancialmente su tratamiento legal y su fuerza preventiva.

Corresponde a la dogmática penal nacional apreciarlo e iniciar un necesario intercambio científico, de cara a las necesidades político criminales vinculadas a la delincuencia socioeconómica y al más adecuado conocimiento de las instituciones penales diseñadas por el Código Penal.