



ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL CÓDIGO
PENAL PERUANO DURANTE EL AÑO 2017-2018**

Línea de investigación:

Procesos jurídicos y resolución de conflictos

Tesis para optar el grado académico de Maestra en Derecho Penal

Autora:

Laruta Quispe, Marlui Romina

Asesora:

Pacora Grados, Edith Josefina
(ORCID: 0000-0003-4586-0779)

Jurado:

Ramirez Miranda, Durga Edelmira

Vargas Rubio, Carlos Eleuterio

Mendoza La Rosa, Carlos Alfonso

Lima - Perú

2023



Reporte de Análisis de Similitud

Archivo:

[1A LARUTA QUISPE MARILU ROMINA MAESTRÍA 2022.docx](#)

Fecha del Análisis:

29/04/2022

Analizado por:

Astete Llerena, Johnny Tomas

Correo del analista:

jastete@unfv.edu.pe

Porcentaje:

6 %

Título:

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURIDICA EN EL CODIGO PENAL PERUANO DURANTE EL AÑO 2017 – 2018.

Enlace:

<https://secure.arkund.com/old/view/129024279-401833-266936#FY/LCglxDEX/pesgbdM86q+ICxIUZuFsZin+u6eQC825SZp8y+cs11uVJq0FSmmdUDSIKYZiK UzJjQAZyEAGcgLkpE6XU+KLMcwZ5pQEfuAHfuCDkwJmgMtREvSknh0TKwJmiud0qXXihpab0UDG XIUKBGV2DgYcHCKCkdwAyeoynAZKSYuQYSksAmLsAdrpN+lnPv72F/79ji2Z7nWS7VaW/bJN8NGn 2G/Pw==>



Mg. Moraima Angelica Lagos Castillo
Jefe de Grados y Gestión del Egresado



ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURIDICA EN EL CODIGO

PENAL PERUANO DURANTE EL AÑO 2017-2018

Línea de investigación:

Procesos jurídicos y resolución de conflictos

Tesis para optar el grado académico de

Maestra en Derecho Penal

Autora:

Laruta Quispe, Marlui Romina

Asesor:

Pacora Gados, Edith Josefina

(ORCID: 0000-0003-4586-0779)

Jurado:

Ramirez Miranda, Durga Edelmira

Vargas Rubio, Carlos Eleuterio

Mendoza La Rosa, Carlos Alfonso

LIMA – PERU

2023

Tabla de Contenidos

Resumen.....	10
Abstract.....	11
I. Introducción	12
1.1. Planteamiento del problema.....	12
1.2. Descripción del problema	19
1.3. Formulación del Problema.....	21
1.3.1. Problema general	21
1.3.2. Problemas específicos.....	22
1.4. Antecedentes	22
1.4.1. Antecedentes internacionales.....	22
1.4.2. Antecedentes nacionales	22
1.5. Justificación de la investigación	25
1.6. Limitaciones de la investigación.....	27
1.7. Objetivos.....	27
1.7.1. Objetivo general.....	27
1.7.2. Objetivos específicos	27
1.8. Hipótesis	28
1.8.1. Hipótesis General.....	28
1.8.2. Hipótesis Específica 2.....	28
II. Marco teórico	29

	4
2.1. Marco conceptual.....	29
III. Método	209
3.1. Tipo de investigación.....	209
3.2. Población y muestra.....	209
3.3. Operacionalización de variables	211
3.4. Instrumentos.....	218
3.5. Procedimientos.....	218
3.6. Análisis de datos	219
IV. Resultados.....	220
V. Discusión de resultados.....	267
VI. Conclusiones.....	275
VII. Recomendaciones	276
VIII. Referencias.....	279
IX. Anexos	289

Lista de tablas

Nº	Tabla	Pág
1	Operacionalización de las variables de la hipótesis general (V1)	205
2	Operacionalización de las variables de la hipótesis general (V2)	206
3	Operacionalización de las variables de la hipótesis específica 1 (V1)	208
4	Operacionalización de las variables de la hipótesis específica 1 (V2)	209
5	Operacionalización de las variables de la hipótesis específica 2 (V1)	210
6	Operacionalización de las variables de la hipótesis específica 2 (V2)	211
7	¿Las personas físicas y jurídicas se encuentran obligadas igualmente al cumplimiento de las leyes y protección de los bienes jurídicos?	214
8	¿Considera usted que deberían formularse controles internos y externos que prevengan la posibilidad del uso o actuación de la persona jurídica en la comisión de ilícitos penales?	216
9	¿Es posible fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica en cuyo interior se cometió un delito?	219
10	¿Legislar la responsabilidad penal de las personas físicas, pero no legislar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, vulnera o no el principio de igualdad frente a la ley?	221
11	¿Considera usted que reconocer la capacidad de actuación de la persona jurídica también debe conllevar el reconocimiento de responsabilidad penal en caso participe en la afectación de un bien jurídico?	224

- 12 ¿Considera usted razonable decir que hay ausencia de acción y de voluntad en la persona jurídica cuando en los ámbitos del derecho civil, comercial, administrativo y tributario se reconoce plenamente la capacidad de actuación de la persona jurídica? 226
- 13 ¿Considera usted que si la persona jurídica puede participar en las relaciones jurídicas y puede asumir obligaciones y ejercer derechos, entonces se puede decir que sí tiene una capacidad de actuación que genera un impacto o consecuencias para terceros? 228
- 14 ¿El que la persona jurídica no posea la misma subjetividad y capacidad de actuación que sí tiene la persona física, es suficiente argumento para sustentar que no puede ser objeto de sanción penal si se comprueba su participación en un hecho ilícito? 229
- 15 ¿Considera usted que el Derecho penal debería reconocer explícitamente que la persona jurídica que participa, tolera u ordena actos ilícitos, debe ser declarada responsable por la comisión de delitos? 231
- 16 ¿La no regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas afecta el rol de prevención del Derecho Penal? 232
- 17 ¿Considera usted que si en el ámbito civil, comercial, administrativo y tributario se reconoce la capacidad de actuación y responsabilidad de la persona jurídica, ello también debería ocurrir en el ámbito del Derecho penal? 233

- 18 ¿Considera usted que frente a los casos de participación de personas jurídicas en delitos el Derecho penal debe fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas? 235
- 19 ¿Si se comete un delito en el interior de la persona jurídica, debe castigarse únicamente a la persona física que actuó en nombre de la persona jurídica, o la sanción penal también debe alcanzar a la persona jurídica en cuyo interior se cometió el delito? 237
- 20 ¿Es posible imputar el delito cometido por la persona física a la persona jurídica de la cual forma parte? 238
- 21 ¿Considera usted que una sanción penal a la persona jurídica debe ser compatible con su naturaleza de ente jurídico cuya existencia nace de un acto administrativo? 240
- 22 ¿Considera usted que si se demuestra que la persona jurídica no adoptó los medios de prevención ni de reacción frente a la comisión de un delito en su interior, debería ser objeto de una respuesta penal cuando se compruebe su participación en un delito? 241
- 23 ¿Considera usted que la clausura, disolución y cierre pueden constituir sanciones razonables en caso se demuestre la participación de la persona jurídica en un ilícito penal? 243
- 24 ¿Si una persona jurídica no adopta medidas para prevenir y/o enfrentar una comisión de delito en su interior debe ser objeto de una respuesta penal en caso que se produzca un delito por inacción de sus órganos de administración y gestión? 245

- 25 ¿Considera usted que si un protocolo establece un conjunto de procedimientos obligatorios para prevenir la comisión de ilícitos haciendo uso de la persona jurídica, su incumplimiento puede conllevar la responsabilidad penal de la persona jurídica y de los funcionarios que omitieron su ejecución? 246
- 26 ¿Considera usted razonable establecer un protocolo de prevención de delitos, que obligue a todas las personas jurídicas desde el instante de su inscripción en el registro? 248
- 27 ¿Considera usted que el incumplimiento de los procedimientos y exigencias establecidos en un protocolo de prevención puede constituir una prueba de la responsabilidad penal tanto de la persona jurídica como de quienes omitieron su cumplimiento? 250

Lista de Figuras

N°	Figura	Pág
1	Figura 1	214
2	Figura 2	216
3	Figura 3	219
4	Figura 4	221
5	Figura 5	224
6	Figura 6	226
7	Figura 7	227
8	Figura 8	229
9	Figura 9	230
10	Figura 10	232
11	Figura 11	233
12	Figura 12	235
13	Figura 13	237
14	Figura 14	238
15	Figura 15	240
16	Figura 16	241
17	Figura 17	243
18	Figura 18	244
19	Figura 19	246
20	Figura 20	248
21	Figura 21	249

Resumen

Uno de los principales problemas del principio “delinquere non potest” consiste en que limita la respuesta penal a las personas físicas que integran la persona jurídica y por consiguiente, deja intacta la estructura jurídica empleada para cometer delitos de mayúsculo impacto social tales como la corrupción, lavado de activos, etc. A dichos efectos la investigación asumió como objetivo demostrar la capacidad penal de la persona jurídica y a tales efectos se usó una metodología descriptiva explicativa, en la cual se hizo consulta de fuentes bibliográficas, documentales y se hizo uso de la encuesta para recabar información de los órganos fiscales encargados de perseguir el delito. Los resultados alcanzados son los siguientes: Primero el reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica; segundo, a validez de la defectuosa organización como criterio de imputación a la persona jurídica y como tercer resultado la necesidad de implementar un protocolo de prevención del delito en la persona jurídica y su uso como prueba en el proceso. Las conclusiones de la investigación fueron: Primero, que la capacidad de actuación de la persona jurídica en el ámbito penal se justifica por su capacidad de actuación en el ámbito jurídico; segundo, que existe una situación de impunidad en el delito, consecuencia de la vigencia del principio “delinquere non potest” y como tercera conclusión, la implementación de medidas punitivas contra la persona jurídica debe respetar su naturaleza de ente nacido de un acto administrativo.

Palabras Clave: Persona jurídica, delinquere non potest, responsabilidad penal, protocolo de prevención.

Abstract

One of the main problems of the “delinquere non potest” principle is that it limits the criminal response to the natural persons that make up the legal person and therefore leaves intact the legal structure used to commit crimes with a major social impact such as corruption, money laundering, etc. For these purposes, the investigation assumed the objective of demonstrating the criminal capacity of the legal person and for such purposes an explanatory descriptive methodology was used, in which bibliographic and documentary sources were consulted and the survey was used to gather information from the organs prosecutors in charge of prosecuting the crime. The results achieved are the following: First, the recognition of the criminal responsibility of the legal entity; second, the validity of the defective organization as a criterion for imputation to the legal person and as a third result the need to implement a crime prevention protocol in the legal person and its use as evidence in the process. The conclusions of the investigation were: First, that the legal entity's capacity to act in criminal matters is justified by its capacity to act in the legal field; second, that there is a situation of impunity in the crime, a consequence of the validity of the principle "delinquere non potest" and as a third conclusion, the implementation of punitive measures against the legal entity must respect its nature as an entity born from an administrative act.

Keywords: legal person, delinquere non potest, criminal responsibility, prevention protocol.

I. Introducción

Uno de los principales problemas del principio “delinquere non potest” consiste en que limita la respuesta penal a las personas físicas que integran la persona jurídica y por consiguiente, deja intacta la estructura jurídica empleada para cometer delitos de mayúsculo impacto social tales como la corrupción, lavado de activos, etc.

1.1. Planteamiento del problema

En el Siglo XXI encontramos que las principales amenazas a las que hace frente la sociedad y el Estado contemporáneos son: el narcotráfico, el terrorismo, la trata de personas, los delitos tributarios, los delitos contra el medio ambiente, la corrupción de funcionarios, los delitos contra el libre mercado, etc., manifestaciones delictivas que precisamente son perpetradas mediante la estructura jurídico-legal que representa la persona jurídica, merced a lo siguiente: a) La presencia del entramado legal-formal de la persona jurídica, el cual consiste en los actos, procedimientos y trámites mediante los cuales la persona jurídica aparece como un sujeto actuante en el orbe jurídico con un aparente respeto al sistema legal; y b) El cobijo o abrigo en el interior de la persona jurídica de una estructura o jerarquía paralela a la estructura formal de la persona jurídica, la cual hace uso de la actividad, instalaciones, personal y recursos de la persona jurídica a efectos de perpetrar ilícitos, los que son disfrazados y confundidos con los demás actos legales que efectúa la persona jurídica como parte de su finalidad y/o objeto. Dicha jerarquía paralela es la que ejerce un poder de facto en la persona jurídica, el cual es empleado para la comisión de delitos.

Asimismo, cabe señalar que el referido contexto dogmático-normativo que niega la responsabilidad penal de la persona jurídica ha sido superado en otros sistemas jurídicos, los cuales han adoptado el principio del reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica y

en la base de dicha evolución yace la constatación de la naturaleza evolutiva del Derecho penal y de sus categorías fundamentales, las cuales se corresponden a las determinaciones históricas propias de una sociedad en constante evolución y desarrollo. Tanto el propio concepto de acción como la culpabilidad han sido objeto de aportes y contribuciones de modo tal que actualmente es posible analizar y determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica basándonos en la dimensión normativa que despliega la persona jurídica en sus relaciones internas y externas. Ya sea que la persona jurídica adopte una decisión administrativa interna y/o medidas específicas para alcanzar sus fines, o ya sea que tenga que entrar en contacto con terceros (proveedores, administración estatal, entidades comerciales, etc.), la persona jurídica siempre se encuentra en condiciones de poder supervisar la forma de actuación de sus funcionarios e integrantes y la manera como acatan las orientaciones y exigencias que provenientes desde el conjunto del sistema jurídico, vinculan por igual tanto a las personas físicas como jurídicas.

En base a ello puede sustentarse que la adopción de la responsabilidad penal de la persona jurídica -tal como ocurre en la dogmática y legislación comparada-, requiere del previo reconocimiento de la posibilidad de establecer dicha responsabilidad no sobre la imputación subjetiva -imposible por la ausencia de capacidad de dolo en la persona jurídica-, sino por el incumplimiento del deber de establecer los correspondientes mecanismos destinados a prevenir que las instalaciones, actividades y personal de la persona jurídica sean orientados y/o puestos al servicio de actividades delictivas. Ello resulta más evidente si se comprueba que la principal consecuencia de la tesis del "*delinquere non potest*" es la impunidad de la persona jurídica, la cual al no ser asumida como penalmente responsable puede entonces emplear a las personas físicas como "fusibles" reemplazables después de cumplir el designio criminal, de modo tal que mientras

los individuos son sancionados penalmente, la persona jurídica continúa su existencia en el sistema jurídico beneficiándose económicamente del quehacer ilícito de sus integrantes.

Como puede comprobarse fácilmente, mientras que a la persona física que integra la persona jurídica le es perfectamente aplicable el análisis de la acción, culpabilidad e imputabilidad, no ocurre lo mismo tratándose de las personas jurídicas, razón por la cual debe formularse el correspondiente marco conceptual que permita ofrecer una respuesta idónea frente a la criminalidad de las corporaciones.

En términos específicos podemos señalar que la implementación del principio de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Sistema Jurídico peruano conllevaría lo siguiente:

1. El reconocimiento de la existencia en la esfera de la persona jurídica del deber de prevención, el cual consiste en el establecimiento de los controles que permitan detectar y enfrentar toda actuación ilícita y/o delictiva en el interior de la persona jurídica.
2. La responsabilidad penal de la persona jurídica, generada por el defecto en la organización al no adoptar los mecanismos y procedimientos necesarios e idóneos para prevenir la comisión de delitos en su interior.
3. El reconocimiento del carácter sancionador penal y principal de las consecuencias accesorias reguladas en el artículo 105 del Código Penal peruano.
4. La derogación de la regla del actuar por otro establecida en el artículo 27 del Código Penal y su reemplazo por una norma que castigue la actuación de los testaferros.

5. El derecho del Estado peruano de establecer en el trámite de la inscripción de las personas jurídicas la obligatoriedad de la incorporación de un protocolo de prevención de ilícitos.

Respecto al porqué sería necesaria la incorporación en el trámite de inscripción de las personas jurídicas, del protocolo de prevención de ilícitos, pueden alegarse las siguientes razones:

-El acto constitutivo de una persona jurídica consagra la validez de su estatuto como una auténtica y verdadera “Constitución”, que ordena, reglamenta y delimita las atribuciones, competencia y funciones correspondientes a las esferas de actuación propias de los órganos de dirección, administración y gestión de la persona jurídica.

-Fruto de la experiencia generada en el combate a las diversas formas de criminalidad que emplean a la persona jurídica como instrumento del delito, es posible identificar los roles, procedimientos y órganos que se vinculan a la actividad criminal cuando ésta decide hacer uso del entramado legal de la persona jurídica para perpetrar delitos.

-La necesidad de establecer si la comisión del acto delictivo en el interior de la persona jurídica ha sido consecuencia de un acto individual de la persona física, de una conspiración de un grupo de sujetos, o si se trata de la verdadera y principal actividad de la persona jurídica, y que por tanto conlleva la actividad conjunta y coordinada de diversos órganos y sujetos ubicados en puestos claves dentro de la estructura de la persona jurídica.

-La necesidad de diferenciar aquellos actos de la persona jurídica cuyo involucramiento con las actividades delictivas tiene un carácter eventual y azaroso, de aquellos que tienen

una clara finalidad de favorecimiento y/o encubrimiento de las actividades delictivas en el seno de la persona jurídica.

-La necesidad de facilitar el ejercicio del derecho de defensa de los procesados, de modo tal que la imputación se circunscriba a ciertos aspectos específicos que deben ser materia de debate, evitando así que el proceso se dilate al discutir aspectos no esenciales ni relacionados con la imputación.

-Legitimaría la implementación de la técnica del levantamiento del velo societario a efectos de identificar aquellos supuestos específicos en los que se haya evidenciado un defecto en la organización de la persona jurídica, permitiendo apreciar al mismo tiempo si ello tuvo un carácter incidental o deliberado.

-Permitiría superar los defectos y deficiencias que la doctrina y jurisprudencia señalan al artículo 27 del Código penal, norma que al no regular los casos de los testaferros genera un bolsón de impunidad en el interior de la persona jurídica.

En suma: en caso de la identificación de un ilícito perpetrado por las personas físicas que integran la persona jurídica, la suscripción del protocolo de prevención del delito facilitaría el análisis de la actuación de la persona jurídica.

-De acuerdo con ello, los intentos de encamisar a la persona jurídica dentro del orbe fáctico ontológico correspondiente a la persona física además de generar falsas e inútiles explicaciones, dilata la respuesta que debe ser ofrecida frente a la criminalidad que despliegan dichas asociaciones y corporaciones.

-La naturaleza del Derecho –y en especial, del Derecho Penal- es el control social, el cual se afina en categorías y formulaciones que son consecuencia de las correspondientes etapas históricas.

-La aparición y construcción del Derecho Penal liberal durante los Siglos XIX y XX tuvo su origen en la necesidad de delimitar la violencia estatal frente a la persona física, lo cual llevó a la formulación de las correspondientes categorías que asegurasen la legitimidad de la respuesta punitiva frente al individuo. Frente a la creciente participación de las asociaciones y corporaciones en el fenómeno de la criminalidad en el Siglo XXI, es pertinente la innovación y reformulación de la dogmática penal a efectos de ofrecer una respuesta realista y eficaz, por lo cual es insostenible la pretensión de procesar a la realidad abstracta normativa de un ente que nace de un acto administrativo, mediante categorías concebidas para analizar la conducta de la persona física dotada de conciencia, voluntad y libertad.

-Por tanto, los rasgos de la persona física tales como conciencia, voluntad y libertad no pueden ser trasvasados automáticamente al debate respecto a la realidad y dinámica de la asociación ó corporación.

-El rasgo principal y característico de la persona física es la libertad en sentido axiológico. Las corporaciones no poseen libertad porque no son capaces de asumir una postura axiológica por sí mismas. Pero, sí tienen sobre sí el deber de efectuar todo aquello que tienda a la realización de su objeto. Así, la capacidad de celebrar actos jurídicos que poseen las corporaciones, no es parangonable con el sentido de libertad propio de la persona física.

La capacidad de actuación de la persona jurídica está delimitada de dos maneras: internamente se guía por su estatuto y externamente por los deberes y competencias específicas que le asignan las leyes. Por tanto, la vulneración de un bien jurídico penal por parte de la persona jurídica requiere en términos de análisis: a) La identificación de la norma estatutaria interna que ha sido vulnerada, y b) La determinación de si el conjunto de reglas internas garantiza al sistema jurídico y a los terceros de buena fe que la persona jurídica no lesionará ni los intereses de aquél ni los derechos de éstos.

Así, la introducción de dicho protocolo permitirá superar uno de los principales escollos en el combate contra la criminalidad: la exculpación de la persona jurídica alegando su irresponsabilidad y el reemplazo del órgano por otro garantizando la continuidad de la corporación que delinque. Si se comprueba que no ha adoptado reglas internas para prevenir el delito, entonces la persona jurídica sí puede ser sancionada.

El protocolo establece las obligaciones de control o de cuidado que debe asumir la persona jurídica para prevenir que en su funcionamiento se genere la comisión de ilícitos en su interior, tales como las siguientes situaciones:

- Un directivo da órdenes para poner en circulación bienes peligrosos para la salud y el medio ambiente.
- Un gerente da órdenes para trasladar bienes de origen ilícito hacia almacenes de la empresa, dando instrucciones específicas para evadir el control de las autoridades.
- Un funcionario aprueba la adquisición de bienes usando el nombre de la empresa a pesar de conocer que los fondos no forman parte del patrimonio de la empresa.

-Un gerente da instrucciones a sus subordinados para que consignen información falsa en la declaración tributaria, a efectos de evadir el pago de impuestos.

-La plana directiva de una empresa aprueba la política de reducción de costos en medidas de seguridad en el transporte de sustancias tóxicas, a sabiendas que ello incrementa la posibilidad de la generación de un desastre durante el transporte.

Por ello consideramos que el establecimiento del protocolo de prevención de ilícitos en el interior de la persona jurídica, contribuiría a superar el contexto y la tendencia señalada, que favorece la impunidad de la actuación de personas jurídicas que vulneran la ley y los bienes jurídicos de las personas

1.2. Descripción del problema

La realidad legal, política y social del escenario peruano se vieron alterados a consecuencia del escándalo de corrupción “Lava Jato”, escándalo que puso a la luz la existencia de una red de corrupción de políticos peruanos, generada y operada en el interior de una persona jurídica que supuestamente estaba dedicada a labores de construcción de puentes, edificios y carreteras, pero que en la práctica instauró una sistemática y bien organizada práctica de sobornos para la adjudicación de obras públicas.

Sin embargo, según se reconoce en el actual estado de la dogmática y legislación penal, la problemática de la presencia de la persona jurídica en el Derecho Penal implica las siguientes cuestiones:

a) La diferenciación entre la actuación de la persona jurídica como un ente cuya existencia nace de un acto administrativo, y la actuación de las personas físicas que la integran.

- b) La dependencia que tiene la persona jurídica de la actividad de las personas físicas que la integran, a efectos de poder alcanzar sus fines y poder desenvolverse cotidianamente en el tráfico jurídico y/o mercantil.

- c) La imposibilidad de la persona jurídica –consecuencia de su naturaleza de ente normativo-administrativo-, de alcanzar la conciencia y voluntad propias de la persona física, por lo cual no es posible reconocerle capacidad de acción como ocurre con la persona física.

- d) La imposibilidad de efectuar sobre ella un análisis subjetivo semejante al que se realiza sobre cada persona física que perpetra un delito, a efectos de poder determinar la existencia de la culpabilidad.

- e) La vigencia del principio que excluye la responsabilidad penal de la persona jurídica por los ilícitos que se perpetran en su interior, lo cual se fundamenta en las consideraciones previamente señaladas.

Dicho escenario de índole dogmática y normativa genera importantes y trascendentales consecuencias en el orden social, debido a un dato incontestable: el creciente despliegue que efectúa el crimen organizado en la sociedad contemporánea se efectúa mediante el uso de la estructura legal que representa la persona jurídica, a efectos de poder perpetrar un conjunto de delitos y de aprovechar los frutos de la actuación delictiva. En otras palabras, la persona jurídica es instrumentalizada ya sea para la comisión directa de ilícitos penales, o para el lavado de fondos provenientes de otros ilícitos previos. El contexto dogmático y legal señalado constituye un factor que entorpece los esfuerzos de combate a la creciente actividad delictiva del crimen organizado y

al creciente uso de la formalidad inherente a la persona jurídica a efectos de evadir el cumplimiento de las leyes.

Además de ello, podemos señalar una consideración de orden general: En la medida en que en el Siglo XXI una de las principales fuentes de criminalidad lo constituye la actividad de las asociaciones y corporaciones, lo más pertinente y lógico es en términos dogmáticos el establecer categorías y conceptos que permitan la reacción social frente a dichas asociaciones, por lo cual carece de sentido el tratar de aplicarles enfoques y perspectivas que son pertinentes para el caso de las personas físicas, pero que carecen de utilidad alguna para hacer frente a la criminalidad de dichas asociaciones y corporaciones.

Por ello resulta de la mayor importancia determinar la relación existente entre el reconocimiento legal de la aptitud y/o desenvolvimiento de la persona jurídica y la configuración que el propio sistema legal diseña en relación a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

El análisis de dicha cuestión no consiste en un mero interés de orden doctrinario, esto es, se trata de arribar al esclarecimiento de cuestiones de orden práctico tales como: a) El análisis de la relación entre el establecimiento del paradigma de la no responsabilidad de la persona jurídica y la consecuente situación de no represión de los delitos que al amparo de dicho paradigma se genera; y b) Determinar si la generación de ilícitos penales en la Persona jurídica conlleva el conjunto de medidas previstas en el artículo 105 del Código penal.

1.3. Formulación del Problema

1.3.1. Problema general

¿De qué manera el reconocimiento de la capacidad de actuación de la Persona jurídica incide en el reconocimiento de la responsabilidad penal de la Persona jurídica?

1.3.2. Problemas específicos

Problema Específico 1

¿Cuál es la relación entre el principio delinquere non potest y la impunidad de los delitos en que participa la persona jurídica?

Problema Específico 2

¿En qué medida la comisión de ilícitos penales en la Persona jurídica genera la sanción penal prevista en el artículo 105 del Código penal?

1.4. Antecedentes

1.4.1. Antecedentes internacionales

Gracia (2004) en la revista “Estudios de Derecho penal”, donde el autor destaca que tanto las personas naturales como las jurídicas reciben por igual los mandatos y prohibiciones que provienen de las normas legales y que, a fin de cuentas, las personas jurídicas sí tendrían capacidad de acción por lo cual sí pueden ser destinatarias de las normas. Asimismo, en la medida en que el sistema legal orienta la aplicación de las normas a las personas jurídicas es porque ellas también pueden generar los efectos previstos en las leyes, es decir pueden generar acciones y omisiones.

1.4.2. Antecedentes nacionales

Entre los antecedentes nacionales de la presente investigación tenemos a Arroyo (2016) en su investigación “Principios jurídicos doctrinarios que sustentan la punibilidad de los

administradores de hecho de las personas jurídicas, para incluirlos en el artículo 27 del Código penal peruano”, tesis de maestría donde la autora llega a las siguientes conclusiones:” Primera. Los principios jurídico doctrinarios que sustentan la punibilidad de los administradores de hecho de las personas jurídicas son el “Societas delinquere non potest”, el de “actuar en nombre de otro”, el de “legalidad penal” y el de taxatividad (...); Segunda.

La responsabilidad de los administradores de hecho de las personas jurídicas será por aquellas conductas de connotación penal que en nombre y representación de éstas realicen como autor aunque los elementos especiales que fundamenten la penalidad del tipo no concurren en él, pero si en su representada, aún ante la falta de representación formal o su representación defectuosa; Tercera. El principio de “actuación en lugar de otro” es el principio en que se sustenta la punibilidad de los administradores de las personas jurídicas en que sustenta la impunidad de la persona jurídica en delitos especiales y que podría ampliarse su ámbito de aplicación a los administradores de hecho, esto es a quienes no existe propiamente una relación de representación; y Cuarta. El sustento fáctico para que los administradores de las personas jurídicas sean comprendidos con responsabilidad penal en la actuación de la persona jurídica, es el hecho que éstos ejercen poderes de decisión, mandan en la persona jurídica ejerciendo actos de administración en su beneficio”

También existen trabajos previos que inciden en el tema de las facultades, funciones y realidad de las prácticas que implementan las instituciones bancarias, así como de los problemas generados en dicho ámbito. Al respecto tenemos a Alfaro (2002) en su publicación “Manual de Derecho penal económico”, donde el autor lo que hace es agrupar a los diferentes delitos regulados

en el Código penal, de acuerdo a la importancia o trascendencia que los mismos tienen en el ámbito económico y por ello desarrolla el análisis típico correspondiente a cada modalidad de delito.

Mención especial merecen los trabajos de Garcia (2002) en su investigación “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, un texto importante porque desarrolla las implicaciones dogmáticas y teóricas relativas a la imputación de responsabilidad penal a las entidades comerciales. En dicho texto el autor hace un cotejo entre las diversas opciones que en sede dogmática se han formulado respecto a la responsabilidad penal de las empresas.

Peña (2005) en la revista “Derecho penal peruano” donde el autor afirma que la responsabilidad de la persona jurídica corresponde a una responsabilidad por omisión, la cual consiste en la responsabilidad de sujetos que si bien no han intervenido activamente en el delito, sin embargo por su función social podían y debían haberlo evitado en tanto se reconoce en ellos la existencia del denominado deber de garante. El autor afirma que es porque existe ese deber de garante que los directivos de la persona jurídica que hayan conocido los hechos delictivos y debiendo evitarlo lo no hayan hecho, ello conlleva la responsabilidad de la persona jurídica. Al desarrollar la idea del rol de garante el autor afirma que dicho criterio no puede aplicarse a todos los casos, sino que debe servir como un criterio interpretativo porque además no en todos los casos el individuo tiene el deber de garante, sino que dicho deber se vincula a ciertos cargos. Una generalización del deber de garante afectaría al principio de Presunción de inocencia.

Hurtado & Prado (2011) en su publicación “Manual de Derecho Penal. Parte General”, donde los autores señalan la actual opción legislativa nacional de establecer la no punibilidad de la persona jurídica ha sido abandonada en el sistema legal del cual fue adoptada (España) y que

finalmente el sistema jurídico peruano también debe asumir la responsabilidad penal de la persona jurídica como paradigma.

Los autores citados presentan el principal argumento del porqué finalmente sí es posible hablar de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el sistema jurídico peruano: en el artículo 90 del Código penal existen las razones fácticas y normativas que justifican el emplazamiento y la incorporación formal de una persona jurídica en el proceso penal. Así, el requisito primordial es la aplicación potencial al ente colectivo de alguna de las consecuencias accesorias previstas en los artículos 104 y 105, con lo cual se está reconociendo a la persona jurídica la condición procesal de parte pasiva. En base a ello los autores sostiene que es posible el debate respecto de la responsabilidad penal de la persona natural imputada y de la persona jurídica a la cual se le atribuye vinculación con el hecho punible materia de investigación o juzgamiento. Además de ello se encuentra que tanto las sanciones a las personas jurídicas como a las personas físicas se establecen en el mismo proceso penal.

También tenemos los trabajos de Abanto & Olaechea (2015) en la publicación “Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal: homenaje a Klaus Tiedeman”, quienes presentan en una obra colectiva los aportes de connotados juristas en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus propuestas dogmáticas, efectuando al mismo tiempo el diagnóstico del estado de la cuestión a nivel comparado. Sin duda alguna se trata de una importante obra de consulta en relación al tema de investigación.

1.5. Justificación de la investigación

Nuestra investigación se justifica en las siguientes consideraciones:

1. Permitirá determinar el impacto que el principio “delinquere non potest” genera en el principio de igualdad frente a la ley y en el rol de prevención del Derecho penal.
2. Permitirá perfeccionar el sistema jurídico penal a efectos que pueda ofrecer una respuesta eficaz frente al fenómeno de la criminalidad de las asociaciones y corporaciones.
3. Permitirá formular un procedimiento de prevención y de control de la actuación de las personas jurídicas.
4. Permitirá la renovación del enfoque dogmático vigente, al aplicar los aportes doctrinarios que legitiman el sancionamiento de las personas jurídicas que perpetran delitos.
5. Permitirá la adaptación del sistema jurídico nacional a las tendencias contemporáneas que legitiman el establecimiento de penas a las personas jurídicas en Derecho comparado.
6. La investigación permitirá analizar el vínculo o relación entre la actuación de una persona física que comete delito, con la persona jurídica de la cual forma parte, a efectos de asegurar el castigo de la criminalidad que es perpetrada en el interior de la persona jurídica.
7. Permitirá analizar de acuerdo a los aportes dogmáticos y doctrinarios, la pertinencia e idoneidad de implementación en el sistema jurídico penal de la culpabilidad por defecto en la organización como criterio fundamentador de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

1.6. Limitaciones de la investigación

Una primera limitación para la investigación es la existencia de una tradición académica según la cual la persona jurídica no puede cometer delito, lo cual puede generar predisposición en relación al objeto de la presente investigación. Dicha percepción fruto de la cultura académica aún vigente, sostiene que la persona jurídica no es capaz de voluntad ni posee capacidad de actuación con relevancia penal, a pesar de la existencia de notorios casos de corrupción en los que se ha comprobado la participación de empresas transnacionales en esquemas de contratación con el Estado donde han proliferado diversos delitos en agravio del Estado.

Por otro lado, no hay acceso a las cifras con la información detallada respecto a los casos de denuncias, procesamiento y sentencia impuestas a personas jurídicas por los ilícitos en que haya participado, situación que también en parte se explica por el factor ya señalado de cultura jurídica.

También debemos indicar que existe la posibilidad que la implementación de la propuesta fundamentada la presente investigación, puede suscitar el rechazo de operadores jurídicos educados en la tradición del delinquere non potest.

1.7. Objetivos

1.7.1. Objetivo general

Establecer si el reconocimiento de la capacidad de actuación de la Persona jurídica incide en el reconocimiento de la responsabilidad penal de la Persona jurídica.

1.7.2. Objetivos específicos

Objetivo Específico 1

Determinar si la vigencia del principio delinquere non potest genera la impunidad de los delitos en que participa la persona jurídica.

Objetivo Específico 2

Establecer si la comisión de ilícitos penales en la Persona jurídica genera la sanción penal del artículo 105 del Código penal.

1.8. Hipótesis

1.8.1. Hipótesis General

El reconocimiento de la capacidad de actuación de la Persona jurídica conlleva el reconocimiento de la responsabilidad penal de la Persona Jurídica.

1.8.2. Hipótesis Específica 2

La vigencia del principio delinquere non potest promueve la impunidad de los delitos en que participa la persona jurídica.

La comisión de ilícitos penales en la Persona jurídica conlleva la sanción penal del artículo 105 del Código penal.

II. Marco teórico

2.1. Marco conceptual

2.1.1. Los fundamentos del control penal

2.1.1.1. El Derecho Penal y el Control social

En principio, el control social es el conjunto de medios de que dispone la sociedad a efectos de empujar a quienes no actúan de acuerdo a sus normas y pautas de actuación socialmente aceptables, a ajustar su conducta a las reglas imperantes en la sociedad, según precisa López (2004) de la siguiente manera:

El control social es (...) el conjunto de los recursos de que dispone una sociedad determinada para asegurarse la conformidad de los comportamientos de sus miembros a un conjunto de reglas y principios establecidos, así como las formas organizadas con que la sociedad responde a sus transgresiones. En otras palabras, el control social es el conjunto de medios o instrumentos utilizados en una sociedad para asegurarse un orden social determinado. (p. 24)

El Derecho penal constituye una respuesta especializada y altamente formalizada cuya finalidad es organizar la respuesta violenta del Estado frente al incumplimiento de sus preceptos y decisiones, esto es, se trata de reprimir aquellas conductas que reflejan oposición al conjunto de valores sociales que han sido reconocidos en las normas del Estado, de acuerdo a lo que precisa Bustos (1994) en los siguientes términos:

El derecho penal constituye una forma específica de control social formal y su elemento consubstancial que es la pena, una reacción social formal específica frente a una conducta desviada también específica que ha sido calificada como delito. Por lo tanto, en la medida que el derecho penal es una reacción social formal constituye también una parte, ciertamente importante, del complejo proceso en virtud del cual una conducta y una persona en un determinado momento y lugar se transforman en delito y delincuente. (pp. 35-36)

De acuerdo con ello puede afirmarse que:

-El Derecho Penal constituye una manifestación especializada del control social.

En relación a esta dimensión de control social institucionalizado, López (2004) señala que el control social social penal es un subsistema en el sistema global del control social” (p.24); o, en palabras de Hassemer, el sistema jurídico-penal es una *parte del control social* altamente formalizada.

Por tanto, existe una traslación desde el ámbito social hacia el ámbito penal de aquellos intereses y valores sociales que se asume son los más importantes. El Derecho penal tiene como principal función el garantizar la vigencia de las reglas de conducta y valores que una sociedad considera trascendentales para la convivencia.

-El Derecho Penal constituye un ejercicio de violencia institucionalizada, esto es, implica la existencia de instituciones y personal especializado y cuya actividad gira alrededor de su formulación y aplicación. La existencia y actuación del Derecho penal requiere de un conjunto de procedimientos, de personal, de bienes y servicios destinados a garantizar el éxito de su misión.

-La finalidad de la existencia y funcionamiento del Derecho penal es la preservación de las pautas, valores y normas sociales frente a conductas que las desafían o ponen en riesgo. El control social existe para ejercer disuasión en aquellos cuya conducta desafía al consenso social respecto a los valores e intereses considerados primordiales para el grupo. Respecto a esto, Hurtado y Prado (2011) precisan que:

Cuando el legislador decide incriminar un comportamiento determinado realiza, inspirado en criterios de política criminal, una apreciación sobre su carácter perjudicial. Éste se pone de manifiesto porque la acción contradice lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, el mismo que está orientado a proteger los intereses individuales y colectivos. Así, la incriminación y la consecuente punición refuerzan, de manera mediata, los mandatos y prohibiciones jurídicas y, de modo inmediato, los intereses o bienes jurídicos esenciales contra los ataques más graves. (p. 397)

-La actuación del Derecho penal conlleva a la formulación del respectivo bagaje científico, a efectos de sentar las bases dogmáticas que orientan a la interpretación y aplicación de la norma penal. El Derecho penal por tanto, es expresión de la cultura de una sociedad, y es en el ámbito de la cultura jurídica que se definen las principales orientaciones e instituciones relativas al control penal.

-La actuación del Derecho penal requiere de la previa identificación de aquellas conductas que son calificadas como delito después de un proceso en el cual se determina su peligrosidad o amenaza tanto para los bienes individuales como colectivos. Implica por tanto, un proceso de selección en el que deben identificarse: a) las conductas que serán objeto de represión; b) los instrumentos que serán empleados; y c) los grupos hacia los que será dirigida la violencia penal.

Precisamente, al constituir una manifestación de reacción social violenta e institucionalizada, es que el Derecho penal debe estar en condiciones de exhibir las siguientes características:

1.-Eficacia.- Independientemente del sesgo o tónica en relación a los intereses que se califican como imprescindibles o trascendentes para el grupo social, la respuesta penal debe ser eficaz, esto es, debe permitir a la sociedad alcanzar los objetivos que se propone alcanzar mediante su empleo. Un sistema de represión que no lograra niveles aceptables de eficacia significaría que simplemente se estarían despilfarrando recursos materiales y humanos sin que ello signifique para el grupo social un nivel aceptable de seguridad en los intereses y valores que intentan ser protegidos.

2.-Debe efectuar un proceso de selección atendiendo a las nuevas formas delictivas, esto es, debe mostrar una capacidad de adaptación a la evolución que experimenta el fenómeno criminal a través del tiempo. Por ejemplo, la sociedad del Siglo XXI conoce de la aparición del fenómeno de la globalización, el Internet, el Bitcoin, etc., factores que favorecen la aparición y crecimiento de nuevas formas de criminalidad y cuyos protagonistas ya no lo constituyen exclusivamente las personas físicas –dotadas de un limitado ámbito de actuación en términos económicos y jurídicos, sino las personas jurídicas, cuyas dimensiones y recursos les facilitan la realización de actos delictivos de gran impacto social y cuya capacidad de actuación les permite incluso evadir los controles estatales.

Ello refleja la necesidad de que el Derecho penal debe ponerse a punto para poder encarar con posibilidades de éxito las prácticas criminales realizadas mediante la cubierta legal de la Persona jurídica.

3.- Debe anclar sus conceptos, principios y desarrollos normativos en la Constitución Política. Esto es, debe generar una respuesta violenta legitimada no solamente en su eficacia, sino en su referenciación y fundamentación en el texto y discurso constitucional. La mejor forma de garantizar la existencia y funcionamiento de un control social violento que no ahogue a la sociedad a la cual pretende proteger es que el desarrollo de los mecanismos de represión sea una prolongación de principios, valores y límites que la propia sociedad desarrolla en el texto fundacional del Estado.

Un Derecho Penal desapegado de la Constitución Política, corre el riesgo de convertirse en un Derecho autista y proclive a las tentaciones de un ejercicio incontrolado de la violencia, y atento a toda posición o discurso que asuma el simplista recurso de criminalizar todo cuanto constituya un desafío a la autoridad. En suma, un Derecho Penal divorciado de las bases constitucionales constituye la herramienta perfecta para la destrucción del Estado Social y Democrático de Derecho.

2.1.1.1.1. El ius poenale y el ius puniendi

En sede doctrinaria Polaino (2008) reconoce que el “*Ius poenale*” constituye el conjunto de normas jurídicas públicas (el Derecho positivo) que define a determinadas acciones como delitos e imponen las penas correspondientes, esto es, asocian al hecho del crimen la consecuencia legítima de la pena. En cambio, el “*Ius puniendi*” consiste en la facultad o potestad del Estado de imponer sanciones jurídico-penales (penas o medidas de seguridad), por la comisión de delitos. Es decir, se trata de la competencia de hacer valer su fin constitucional de órgano legitimado para solucionar los conflictos del ámbito criminal y que conforme a una escala de valores, reconoce y

se identifica con un cierto ordenamiento punitivo. Así, la única legítima autoridad es el Estado bajo el modelo del Estado de Derecho.

Es así que tenemos como conclusión general el que el Derecho Penal constituye un asunto exclusiva y esencialmente estatal, esto es, se inscribe en la esfera de lo público y se encuentra en manos de la organización política creada por la Constitución.

Asimismo, en tanto la respuesta penal conoce dos momentos: a) la formulación de las reglas que configuran los delitos y las correspondientes sanciones (penas), y b) la imposición de la sanción por la perpetración del delito, se constata que si en el ámbito de la formulación de las normas (el “*Ius poenale*”), se encuentra un déficit u omisión en relación al ámbito en el cual debe actuar la represión penal, entonces de forma anticipada se está limitando las posibilidades de protección que supuestamente se busca alcanzar mediante el “*Ius puniendi*”.

Por otro lado, en el nivel del “*Ius poenale*” se ha optado por excluir como sujeto activo de los delitos a las personas jurídicas, con ello ya se está delimitando un ámbito en el cual éstas no van a recibir el impacto de la violencia penal, es decir, se genera un espacio o ámbito de punibilidad en tanto el sistema normativo opta por reconocer únicamente como sujeto activo del delito a las personas naturales, a pesar que en el contexto contemporáneo son innumerables los casos en los que bienes jurídicos individuales y colectivos han sido vulnerados mediante la actuación de entes jurídicos a los cuales se les niega en Derecho Penal una capacidad de actuación, que sin embargo sí es reconocida en otras ramas o ámbitos del Derecho.

2.1.1.1.2. La política criminal

La política criminal constituye el enfoque bajo el cual se organiza y desenvuelve todo aquello que representa el Derecho penal como respuesta punitiva del Estado frente al fenómeno criminal. Las decisiones estratégicas se adoptan en este ámbito, según García (2008), de acuerdo a los siguientes alcances:

En la política criminal puede identificarse dos fines esenciales. Por un lado, esta disciplina apunta a establecer la mejor forma de erradicar o disminuir la criminalidad (...), teniendo en consideración los factores de severidad y certeza del castigo. Por otra parte, la política criminal somete a valoración los medios utilizados para la represión penal (...) desde el punto de vista del respeto a las garantías jurídico-penales o también conocidos como principios político-criminales. (pp. 22-23)

En líneas generales se puede señalar que la política criminal se ocupa de lo siguiente:

-Establecer las bases y dirección que debe asumir el Derecho Penal para cumplir exitosamente su rol de protección de la sociedad.

-Efectuar el análisis correspondientes con vistas a poner en coordinación los tipos penales con lo que constituye la realidad concreta de las prácticas criminales, evitando la “legislación en vacío”, esto es, la formulación de tipos que no corresponden a una auténtica necesidad o demanda de protección.

-Determinar los tipos y los efectos que deben generar las sanciones establecidas por el Derecho Penal.

-Establecer los límites hasta donde es posible extender el Derecho Penal, a efectos de evitar la tentación de emplear el Derecho penal con exceso, lo cual se traduciría en una restricción de las libertades ciudadanas.

Es así que la decisión de establecer los límites y los lineamientos que adopta la legislación penal obedecen a una perspectiva asumida por la política criminal. Por ello, si la sociedad se encontrase frente a un creciente y sostenido aumento de la criminalidad protagonizada por las personas jurídicas, necesariamente las decisiones adoptadas en sede de política criminal deben procurar establecer los fundamentos idóneos para que el Derecho Penal pueda hacer frente a dicha forma de criminalidad. De ahí que es válido que si en un momento determinado se haya adoptado el principio “*Delinquere non potest*”, frente a un nuevo contexto se reemplace dicho principio por el “*Delinquere potest*”, cambiando en consecuencia la perspectiva frente a las personas jurídicas y su capacidad de actuación en el Derecho en general y a su relevancia en el Derecho Penal.

Dicha idea es tributaria del reconocimiento del rol e influencia que ejerce la política criminal sobre las determinaciones del Derecho Penal. Al respecto, García (2008) efectúa la siguiente precisión:

[...] la política criminal puede determinar la reforma del Derecho penal positivo vigente para mejorarlo y hacerlo más eficaz y acorde con la evolución social (por ejemplo, la inclusión de nuevos tipos penales, ampliación de los supuestos típicamente previstos, aumento de la severidad de la pena, etc.). (p. 23)

2.1.1.1.3. Las funciones del Derecho Penal

Según el consenso en la dogmática penal el principal rol o función del Derecho penal es la protección de los bienes y valores que son consustanciales a la convivencia humana y que se consideran imprescindibles para la vida social. “Esencialmente, se trata de una función de garantía, lo cual implica una función⁶ de prevención de futuros delitos” (Polaino 2008, pp. 149, 150). Ello confirma que el Derecho Penal atiende a proteger aquello que la sociedad considera más importante, finalidad y objetivo que según Polaino (2008) consiste en lo siguiente:

La protección de bienes jurídicos es el contenido de la función, y la prevención de delitos es el objeto final de la misma. Desde esta perspectiva, el bien jurídico, en tanto objeto de protección típica, se convierte en un concepto esencial del Derecho penal, consubstancial a su propia existencia. (p. 150)

De acuerdo con ello, tenemos que:

a) El Derecho Penal tiene un carácter instrumental-utilitario. Está para garantizar objetivos que son formulados en la fase previa del establecimiento de los lineamientos de política criminal.

b) El Derecho Penal descansa en gran medida en una labor de intimidación, esto es, plasma la dimensión coercitiva del Derecho en su grado sumo.

c) El Bien jurídico además de constituir el elemento central pues alrededor de él se construyen los tipos penales, también demanda una respuesta idónea y completa, es decir, debe existir una razonable proporcionalidad entre la entidad de la afectación al Bien jurídico y la entidad de la dosis de violencia a administrar, y además ningún sujeto cuya actuación se identifique como lesiva o amenazante para ciertos Bienes jurídicos, puede quedar eximido del tipo penal. Por ejemplo, si que por cuestiones de política criminal o de enfoque dogmático un cierto tipo de sujetos

no va a recibir la violencia punitiva a pesar de desenvolver conductas lesivas al Bien jurídico, entonces en dicha situación se está institucionalizando la degradación del rol preventivo del Derecho penal, y por consiguiente su efecto protector será limitado.

2.1.1.2. Las teorías de la pena

Se reconoce que la pena constituye una forma que tiene el Estado de confirmar su propia existencia. Asimismo, en la línea de fundamentar o legitimar el daño que implica la aplicación de la pena, se han formulado teorías acerca del fin de la pena. En tanto que expresión de violencia institucionalizada, la pena para su plena vigencia y eficacia requiere de una necesaria fundamentación del porqué y el para qué de su empleo. En razón a ello se ha señalado que la legitimidad del Derecho penal descansa en las siguientes bases:

- El perjuicio generado debe ser mayor al que se causa.

Una exigencia que plasma un mínimo ético consiste en que el daño que se plasma en la comisión delictiva, siempre va a ser mayor que el daño que se va a inferir mediante la pena. La razón de ser de la pena siempre será el constituir una reacción racional frente al perjuicio al bien jurídico. Obviar ello podría conducir a situaciones en las cuales la violencia de la pena podría eventualmente superar a la entidad del perjuicio causado, manifestando así un uso excesivo e irracional de violencia, situación intolerable proviniendo del Estado Social y Democrático de Derecho.

- La pena debe ser efectiva para evitar tales perjuicios.

Alrededor de la formulación de la pena deben generarse los correspondientes procedimientos y mecanismos que aseguren su eficacia, en la medida en que una pena que no es ejecutada constituye una respuesta nula, esto es, un clima de impunidad que significa ni más ni menos que los bienes jurídicos han sido lesionados sin consecuencia alguna. En tanto la pena existe para asegurar las pautas, valores y normas sociales es necesario asegurar su eficacia, pues de no ser así ello iría en desmedro de aquello que se quiere proteger.

- No debe existir otra medidas más económica en términos de daño social, que sea igualmente efectiva.

La respuesta que se ofrece frente al hecho y al autor del delito, debe serlo después de un proceso previo en el que se haya descartado la necesidad y/o utilidad de otras formas de reacción que tengan eficacia similar a la pena y cuya implementación aparezca como menos dañina. Ello pone de manifiesto que la pena es legítima en la medida en que su existencia y ejecución signifiquen o conlleven algún grado de beneficio y/o utilidad, y dicho proceso de legitimación abarca a dos dimensiones o facetas en la actuación del Derecho penal y la pena, tal como lo refiere Serrano-Piedecabras (1999) del siguiente modo:

Se puede hablar de una doble legitimación de la pena: por un lado, la pena se legitima en la medida en que es un instrumento necesario para la consecución del fin general de protección de bienes jurídicos (nivel general de justificación del Derecho Penal y de la pena); por otro, como no toda pena sirve a la consecución del fin válidamente, tanto los fines instrumentales respecto del fin general como la pena concreta a imponer deben pasar

además por el filtro de un sistema valorativo determinado (nivel particular de justificación de la pena en el caso concreto). (pp. 56-57)

De acuerdo con esto tenemos que:

-Existen dos marcos de referencia en relación a los cuales se justifica la existencia y actuación de la pena: a) un marco general vinculado a la preservación de los bienes jurídicos; y b) un marco particular vinculado a su aplicación al caso particular.

-El marco general de referencia por su propia naturaleza se vincula con los fines y principios sobre los que se asienta el Estado, los cuales se encuentran en la Constitución Política y en los tratados internacionales. Es un marco axiológico o valorativo desde cuyo discurso normativo se proyectan las orientaciones que deben inspirar al despliegue de violencia institucionalizada que conocemos como Derecho penal.

-El marco particular de referencia se vincula con los efectos que la pena genera en el destinatario específico de la violencia, esto es, su eficacia en relación a la expectativa de disminución de la disidencia o vulneración de los bienes jurídicos.

2.1.1.2.1. Las teorías retributivas

Según señala Bustos (1964) el conjunto de teorías que se conocen como teorías retributivas o absolutas, sostienen que la pena es una forma de retribuir al delincuente el daño que ha ocasionado. Es decir, es una forma de afirmar que a la violencia se debe responder con otra violencia que resulta así justificada y controlada por el Estado. Debe ser así porque la retribución es un objetivo necesario dado el daño que ha ocasionado el delincuente con su acción. En suma,

de acuerdo a las teorías absolutas, las mismas sostienen que la violencia de la pena es la lógica respuesta a la violencia perpetrada con el delito.

La posición retributiva apunta a la legitimación de la pena en base a la idea de “devolver” al delincuente lo que éste ha inferido a la sociedad, tal como lo refieren Hurtado y Prado (2011) del siguiente modo:

Las teorías absolutas (*absolute Straftheorien*), niegan que la pena cumpla con alguna función utilitaria específica. Su imposición sólo busca que el responsable del acto prohibido expíe su falta. De modo que el daño que implica la pena constituya la retribución del daño producido por el delincuente. (p. 29)

En suma, podemos señalar en relación a estas teorías que las mismas:

- Su alcance se circunscribe a la relación entre el hecho delictivo y la pena, esto es, el análisis e interpretación de la pena tiene lugar en tanto constituye una reacción frente al delito.
- El componente axiológico legitima a la pena como respuesta natural frente al delito.
- La pena tiene una función de restablecimiento o reparación del orbe social y jurídico que ha sido conculcado por el delito.
- La pena en todos los casos debe plasmar una función retributiva, cuestión percibida como justa desde que se comprueba el daño que el delincuente ha ocasionado a la víctima, a la sociedad o al orden jurídico.

2.1.1.2.2. Las teorías de la prevención

Mientras que el conjunto de las tesis absolutas incidían sobre la pena en sí, en el conjunto de las teorías relativas la pena no se justifica en sí mismo, sino en el rol o función que debe cumplir dentro del contexto de las relaciones sociales en general. La pena, por tanto, debe entrar en correspondencia con fines u objetivos que se formulan por otras instancias que participan del control social.

En relación a las teorías de la prevención general la doctrina penal Creus (1993) formuló la idea de la prevención general positiva y prevención general negativa. En el primer caso se trata de un conjunto de efectos coordinados o congruentes entre sí cuyas consecuencias son entre otras, la motivación social, el efecto de aprendizaje, el ejercicio de la confianza del Derecho que se presenta en la población por la acción de la justicia, y el efecto de confianza que surge cuando la ciudadanía comprueba que el derecho es aplicado. Es así que la tesis de la prevención general:

-Tiene la pretensión de legitimar la pena en función a la utilidad social de la misma.

La pena ya no es vista como un fin en sí mismo ni como una consecuencia ineluctable sino como una herramienta de ingeniería social, esto es, se convierte en un factor o componente de construcción de un orden social.

-Establece una vinculación entre la existencia de la pena y las necesidades de la sociedad en relación a aquello que debe protegerse y aquello que debe ser objeto de disuasión.

-La pena se convierte en un elemento de socialización de la comunidad con la idea de justicia y el Derecho como referentes explícitos en su formulación y aplicación.

-Su destinatario es el conjunto social, esto es, atiende a la generalidad de individuos como destinatarios del discurso, se trata por tanto de un mensaje dirigido indistintamente a todos los integrantes de la sociedad a efectos de lograr su adhesión a los valores o pautas sociales o por lo menos obtener de ellos una actitud de acatamiento.

La prevención general negativa no trata de inducir una activa conducta del sujeto en defensa de los intereses sociales o bienes jurídicos, sino que apunta a generar en la colectividad la abstención u omisión de las conductas que son objeto del reproche penal.

Así, ya sea que se trate de la vertiente positiva o negativa, la prevención general contribuye a reforzar el consenso social de respeto a los bienes jurídicos y normas sociales, lo cual requiere que el control penal se estructure de forma tal que el mensaje sea consistente, homogéneo y eficaz, esto es, si el discurso es hacia la generalidad de individuos, la norma penal debe mostrar aptitud de motivar al grupo social hacia el respeto a los bienes jurídicos.

Asimismo, en relación a la orientación de las tesis de prevención especial, es dirigida al individuo en sí, quien al haber cometido un delito debe recibir un conjunto de medidas que lo inhiban de volver a cometerlo. Por tanto, puede señalarse que la finalidad con respecto a la teoría de la prevención general positiva es la misma, y lo que varía es el ámbito de sus alcances o influencia. Al respecto, Bramont (1998) refiere que “mientras que la prevención general se dirige hacia todos los miembros del grupo, ésta se dirige únicamente al delincuente individualmente considerado, con el fin de reprimir sus tendencias hacia el delito, y apuntando a su reinserción. A tales efectos la tesis de la prevención especial se dirige hacia los siguientes individuos” (p.55):

a. Frente al delincuente ocasional.

Como se trata de un delincuente que todavía no ha optado abiertamente por el delito como forma cotidiana de vida, la pena aquí puede ser una especie de "recordatorio" o advertencia que inhiba al delincuente de posibles ulteriores comisiones delictivas.

b. Frente al delincuente de estado.

En ese caso como nos encontramos frente a delincuentes que ya han recorrido parte del itinerario de la llamada carrera criminal –lo cual manifiesta una clara vocación por el delito-. En tal caso se señala que la pena debe ejecutarse de forma adecuada, buscando la corrección y la resocialización.

c. Frente al delincuente habitual.

En este caso el discurso de la prevención se dirige al delincuente que ya no puede ser corregido. En este caso la única opción que le queda al grupo social es el aislar al delincuente, porque es la única forma de proteger al grupo del peligro que representa este delincuente con las características de avezado e incorregible.

Es así que para el jurista germano Von Liszt (1976) la función de la pena resulta siendo la prevención especial frente al delincuente o por medio de la intimidación, la corrección y la inocuización. Para Von Liszt el Derecho penal constituye un instrumento de lucha contra el delito, y debe ser un ataque a las causas empíricas del delito, las cuales se reflejan en la personalidad del delincuente. El fin último es la protección de los bienes jurídicos, tal como lo precisa Mir al precisar que para Von Liszt la función de la pena y del Derecho penal era la protección de bienes jurídicos mediante la incidencia de la pena en la personalidad del delincuente con la finalidad de evitar ulteriores delitos.

Asimismo, Serrano-Piedecasas (1999) señala que para las tesis de la prevención la pena es o bien la consecuencia necesaria de la inclinación humana a atacar a los demás (o sea la idea de prevención general), o bien debe hacer frente a la deformación individual que precisamente la comisión del delito refleja (la idea de la prevención especial). Con tales argumentaciones resulta imprescindible tratar de llegar a resolver el problema de si la pena posee eficacia preventiva en la realidad en la cual se aplica, o si solamente sirve la pena para la respuesta jurídico penal a los casos concretos.

En conclusión, tenemos que respecto a las tesis de la prevención especial:

-Debe necesariamente considerar las circunstancias que rodean al delincuente, a efectos de poder determinar la respuesta que a la luz del caso particular aparezca como la más idónea.

-Por su punto de partida implica el descarte de la pura represión como medida exclusiva de respuesta penal. La única forma de aspirar al éxito en el objetivo de prevención es mediante la combinación de la represión con otras medidas complementarias.

-Va más allá de la aplicación de la violencia y reivindica la posibilidad de recuperación del delincuente implementando a tales efectos el paradigma resocializador.

En suma, la apreciación general de las tesis de la prevención de acuerdo a lo que señalan Hurtado y Prado (2011), se ha formulado del siguiente modo:

Las teorías relativas de la pena (*relative Strafreorien*), como las absolutas, no constituyen un todo homogéneo. Coinciden en el hecho de atribuir a la pena una utilidad social, así como en justificarla por su finalidad preventiva. De esta forma, se alejan de

manera radical de la perspectiva retributiva de la pena. Al contrario, le atribuyen como función principal la de evitar la comisión de delitos, en la medida en que le reconocen un efecto disuasivo tanto respecto a terceros (prevención general), como al propio delincuente evitando que reincida (prevención especial). (p. 30)

2.1.1.2.3. La tesis del funcionalismo normativista de Gunther Jakobs

En principio, la concepción de la pena del germano Gunther Jakobs, según refiere Polaino (2008), es consecuencia de su noción de delito:

Un delito es, para Jakobs, una(sic) acto que defrauda una expectativa social (a saber: que el autor se comporte como un ciudadano fiel al Derecho) y, a la vez, es una expresión de sentido: el autor muestra su disconformidad con la norma, o sea, manifiesta que, de modo general, a él la norma no le compete, que no rige para él, y por eso presenta un contraproyecto de pauta normativa. La pena, que igualmente es una expresión de sentido, tiene la misión de “poner las cosas” en su sitio jurídico: reafirma la vigencia de la norma, esto es, afirma que la norma quebrada sigue estando vigente, y ha de ser seguida. (p. 76)

Es así que siguiendo lo que refiere Polaino (2008), la pena para Jakobs debe ser concebida como un instrumento de aseguramiento contrafáctico y cognitivo de la vigencia de la norma. Es contrafáctico porque se dirige contra un hecho que quebranta la norma y es cognitivo porque produce en la conciencia de los ciudadanos la confianza en la vigencia de la norma quebrantada.

Aunque se reconoce que dicha concepción es compatible con el sistema democrático, al mismo tiempo Polaino (2008) señala que se le han formulado los siguientes cuestionamientos:

-Aunque es cierto que la pena genera un efecto reafirmativo en el orden jurídico quebrantado y al hacer ello se restablece la identidad normativa de la sociedad, sin embargo ello no constituye ni el fin inmediato ni exclusivo de la pena, por lo cual no agota la justificación material del Derecho penal.

-La exigencia de que las normas sean válidas, que se apliquen a la realidad y que mantengan su vigencia no es exclusivo del Derecho penal, sino que también se da en todo sistema normativo, el cual busca mantener un cierto *status quo*.

-Asumir que el fin perseguido por la propia norma, es algo discutible porque ello conllevaría a que la vigencia de la norma sería el propio fin de la norma, o sea, el objeto de protección del Derecho sería el propio Derecho. Sin embargo, la protección del ordenamiento jurídico es más una consecuencia de la aplicación de la norma que el fin de ésta.

-Se desatienden aspectos importantes como la prevención de los delitos o los posibles efectos de la pena sobre el penado (lo que se conoce como prevención especial). (pp. 78, 79)

Finalmente, como conclusión general Polaino (2008) asume lo siguiente:

La tarea de protección de bienes jurídicos *no es incompatible* con el mantenimiento de la vigencia de la norma: Protección de bienes jurídicos (función primordial y legitimante del Derecho penal) y *protección de la vigencia de la norma* son dos actividades que juegan en un plano diferente: la primera legitima el sistema punitivo, la segunda configura la estructura del sistema jurídico (y, por tanto, social). (p. 111)

2.1.1.3. Los límites al *Ius puniendi* estatal

El *Ius puniendi* estatal posee los siguientes límites en su ejercicio:

1. El Principio de lesividad o de ofensividad/Principio protector

El jurista nacional Briceño (1998) señala respecto al principio de lesividad lo siguiente:

El principio de lesividad o de ofensividad señala que no puede hablarse de hecho punible (delito) sin que, desde luego, haya lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado (*nullum crimen sine iniuria*). En efecto, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos trabaja como límite material del *ius puniendi* (poder punitivo del Estado). (p. 60)

Es así que dentro de la mencionada perspectiva, tenemos que el Principio de lesividad legitima el uso de la violencia penal, poniendo en coordinación el orbe normativo con el orbe social. La violencia penal debe intervenir para la protección de los intereses más trascendentales o importantes para el grupo social. A consecuencia de este principio puede sostenerse que si en alguna formulación no se identifica claramente aquello que se pretende proteger, entonces el Derecho Penal no debe intervenir. Asimismo, se revela el carácter instrumental del Derecho Penal. La justificación del Derecho Penal no reside en sí mismo, sino en su rol protector, lo cual se pone de manifiesto en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal:

Artículo IV.-Principio de lesividad

La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

En el centro de la actividad del Derecho Penal se encuentra el concepto del Bien Jurídico, que precisamente constituye aquello que debe ser protegido, tal como lo refiere Peña Cabrera (2012):

El bien jurídico debe expresar la lesión de un derecho participativo del individuo en los procesos de interacción social (personalísimo), los derechos difusos de la sociedad, por preservar estándares de vida de calidad (colectivos) y el correcto funcionamiento en la prestación de los servicios públicos (institucionales). (p. 66)

Mediante el concepto del Bien jurídico se puede identificar a los sujetos o ámbitos que deben ser protegidos mediante la intervención penal -La persona humana, la sociedad y el Estado-, en una gradación que necesariamente sigue la importancia que cada uno de dichos ámbitos representa de un modo globalmente considerado, y que a su vez debe permitir organizar al legislador la respuesta punitiva, estableciendo las mayores punibilidades para aquellas conductas que lesionan los derechos individuales, y reservar las menores penas para las infracciones que afectan a los intereses estatales.

Asimismo, la fuente desde donde se recaban las nociones y características de los bienes jurídicos no puede ser otra que la Constitución Política, puesto que es en la misma que la sociedad reconoce, identifica y tutela aquellos intereses que deben formar parte del pacto político y también fundamentan a la existencia de la comunidad. Es por ello que según el jurista Roxin, citado por López (2004):

El concepto de bien jurídico solo puede obtenerse por derivación de la Constitución y, por ello, afirma que los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son

útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. (p. 21)

2. El Principio de intervención mínima

Según lo precisa Rojas (2013), el Principio de intervención mínima se expresa con la idea de que solo cuando sea absolutamente necesaria la pena, debe producirse la intervención penal. En otras palabras, frente a una conducta antijurídica el Derecho Penal nunca puede convertirse en la primera opción por parte del legislador. Se debe procurar antes de la intervención penal la puesta en acción de previos mecanismos de prevención y sanción correspondientes tanto al orden social como a otras ramas del Derecho. Al respecto, Briceño (1998) refiere:

Según este principio el Derecho penal ha de ser la “*ultima ratio*”, el último recurso a emplear a falta de otros medios ofensivos o lesivos. Tal como ha quedado expuesto, puede afirmarse que el principio de intervención mínima presenta una doble exteriorización: el carácter fragmentario y la naturaleza subsidiaria (*ultima ratio*). (p. 83)

Asimismo, el Principio de intervención mínima está profundamente vinculado con la propia naturaleza del Derecho Penal como mecanismo de prevención de nuevos ilícitos. La propia idea de prevención remite a una respuesta que al mismo tiempo que reduce la probabilidad de la lesión de los Bienes jurídicos, con ello también disminuye las posibilidades de intervención del sistema jurídico-punitivo. Al mismo tiempo, El principio de intervención mínima exige identificar aquellos ámbitos o actividades en los que necesariamente la violencia penal debe intervenir porque así lo requiere la naturaleza de las cosas, esto es, la índole de unas prácticas que deben ser

combatidas por exigencia del actual modelo político-ideológico, tal como lo refiere Peña Cabrera (2012) en los términos siguientes:

Dicho criterio rector del *ius puniendi* estatal ha de ser entendido en su cabal acepción, en el sentido de que una intervención mínima del Derecho penal, no puede ser a su vez significar un relajamiento de las funciones tuitivas y preventivas del instrumento punitivo, amoldado a las necesidades de la sociedad actual, de un ámbito de modernidad sociológica que trasluce la aparición de nuevos riesgos, que requieren ser contenidos y sancionados por el Derecho penal, según los dictados de un “Estado Social y Democrático de Derecho”; lo que queremos decir, en todo caso, es que a una sociedad moderna le corresponde un “Derecho penal moderno”, orientado sobre fines estrictamente *preventivos*. (p. 66)

En suma, el Principio de Intervención mínima no puede ser interpretado ni concebido como una reducción de la intervención penal, sobre todo en el caso de la sociedad actual, en que han aparecido nuevas modalidades de criminalidad que superan de modo exorbitante las antiguas formas de criminalidad –cometidas exclusivamente por sujetos individuales de modo aislado y episódico-. Así, el Principio de intervención mínima es compatible y complementario con las exigencias que se derivan de la función preventiva de la pena. La intervención mínima no postula la renuncia a la violencia penal, sino exige el agotamiento de los previos mecanismos de defensa existentes tanto en el orbe social como jurídico, antes de recurrir a ella.

3. El Principio de fragmentariedad

El principio de fragmentariedad plasma una situación evidente: el Derecho Penal no puede atender a la totalidad de las conductas ni proteger a todos los intereses. Necesariamente deben

entrar en juego otros ámbitos del Derecho para ocuparse de los intereses particulares a ellos. El Derecho Penal se ocupa, por tanto, sólo de parte de las conductas antijurídicas. Esto es explicado por Rojas (2013) de la siguiente manera:

Por el principio de fragmentariedad se hallan al margen de la injerencia penal los comportamientos lesivos que atentan contra la moral, los ilícitos administrativos, disciplinarios, civiles, laborales, etc., incluso los ilícitos políticos las infracciones constitucionales que no encuentren espacios reguladores específicos en el Código Penal y leyes punitivas especiales. (pp. 18-19)

Asimismo, según precisa Briceño (1998), se tiene que por el carácter fragmentario es que el orden punitivo únicamente sanciona pedazos o fragmentos, partes de lo que constituye el conjunto de actividades antijurídicas, es decir, aquellas ofensas que constituyen ataques que por su gravedad son merecedores de una respuesta penal. Sancionar todas las afectaciones a los bienes jurídicos además de ser propio de un Estado policiaco, sería excesivo para la pacífica convivencia humana.

Por tanto, si el Derecho Penal va a ocuparse de partes de las conductas antijurídicas, únicamente determinados bienes jurídicos importantes, necesarios e indispensables para la viabilidad de las interacciones y la cohesión del sistema social y político ingresan al ámbito penal. Por consiguiente, el Derecho Penal debe seleccionar cuáles de las conductas antijurídicas van a ser objeto de la intervención punitiva (Rojas, 2013, p.19).

En términos específicos, este principio tiene tres manifestaciones: a) mediante la tipificación de ciertas modalidades de ataque al bien jurídico; b) la aplicación de criterios selectivos

de antijuridicidad más estrictos que los aplicables a los restantes sectores del ordenamiento jurídico; y c) la prescindencia de criminalizar comportamientos meramente inmorales (Reátegui, 2009).

Sin embargo, hay una dimensión que no puede ser obviada: del mismo modo que el Derecho Penal debe seleccionar aquellos sectores o pedazos de antijuridicidad sobre los cuales debe intervenir, una vez decidida la intervención, la misma debe ser en condiciones de plenitud, tanto en términos de describir exhaustivamente el área fáctica seleccionada como en relación a los sujetos que perpetran la conducta antijurídica. Así, seleccionar un cierto tipo de criminalidad con evidente impacto y relevancia social, pero limitando la intervención a un cierto tipo de sujetos y dejando fuera del marco de intervención penal a otros sujetos perpetradores de ilicitud, significaría un recorte del espacio en el cual el Derecho Penal debe actuar en procura de la mayor protección posible a los intereses amenazados y/o vulnerados.

4. El Principio de subsidiariedad

Según precisa Villavicencio (2006), el principio de subsidiariedad destaca que sólo debe recurrirse al Derecho Penal cuando han fallado todos los demás controles sociales. El Derecho Penal debe ser el último recurso que debe emplear el Estado, debido a la gravedad que revisten sus sanciones. Los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del Derecho o por otras formas de control social.

De acuerdo con esto tenemos que:

-El Principio de subsidiariedad es necesario por la naturaleza del Derecho Penal. Si es que se ha decidido optar por una respuesta punitiva, la misma no puede convertirse en respuesta

frente al conjunto de infracciones y desacatos a las normas sociales que se presentan cotidianamente. Mediante el Principio de subsidiariedad el Derecho Penal es reservado como el último recurso al cual acudir cuando los anteriores controles hayan fracasado. En otras palabras, el Derecho penal puede ser empleado únicamente ante la inoperancia de las demás instancias de control extrapenal (Peña, 2012, p.78).

-De no existir el Principio de subsidiariedad la sociedad corre el riesgo de legitimar un Estado-Policía donde la violencia punitiva no diferenciaría entre las distintas formas de agresión a los bienes jurídicos ofreciendo una respuesta similar a situaciones disímiles, lo cual en sí mismo constituye una salida injusta.

-El Principio de subsidiariedad coloca al Derecho Penal como lo que es: uno de los tantos instrumentos de control social, pero reconociendo al mismo tiempo su carácter exacerbado y esencialmente violento, por lo cual antes de su intervención se procura la intervención de los controles sociales previos, existentes tanto en otras ramas del ordenamiento o en la propia sociedad.

-Es consecuencia del carácter fragmentario del Derecho Penal

Como consecuencia del carácter fragmentario del Derecho penal se deriva el principio de subsidiariedad frente a otros medios de control jurídico y social. Ello significa que –como refiere Rojas (2013), al ser el Derecho penal un medio secundario (fragmentario) de solución de conflictos ante la existencia de otras vías o alternativas jurídicas –tales como la civil, administrativa, etc.-, solo en defecto de tales vías y cuando concurren los presupuestos del tipo penal, se legitima entonces su intervención.

5. El Principio de culpabilidad

La doctrina ha precisado que “el Derecho penal del hecho consiste en la regulación por la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente y la sanción es una respuesta al hecho individual y excluye cualquier consideración de la vida del autor o respecto a alguna expectativa negativa del mismo” (Roxin, 1999, p.176). Esto es importante, toda vez que precisamente la noción de culpabilidad no se construye sobre la vida pasada o presente del delincuente, sino sobre el hecho delictivo y su relevancia e impacto social.

Este principio es reconocido en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Penal:

Artículo VII.- Principio de Responsabilidad Penal

La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

El Principio de culpabilidad por ello, permite delimitar o circunscribir la respuesta penal únicamente al marco de los hechos, lo cual constituye una garantía al delincuente, lo cual explica Peña Cabrera (2012) en los siguientes términos:

Comporta una garantía fundamental que impide que se sancione al autor por resultados imprevisibles o por obra del destino (*causalidad o el azar*), importa en realidad la vinculación personal del autor con el injusto penal; lo preceptuado se colige con la prohibición consagrada en el art. VII del Título Preliminar del CP, que proscribire toda forma de responsabilidad objetiva; por lo tanto, el resultado lesivo producido o el *riesgo*

no permitido generado, debe haber sido abarcado por la esfera subjetiva del agente. (p. 67)

Así, sólo en la medida en que el sujeto aparezca como el autor material e ideológico del hecho delictivo es que los resultados del mismo le pueden ser achacados y por tanto, se justifica la imposición de la pena, tal como lo explica Peña Cabrera (2012):

El principio de culpabilidad, importa un principio político-criminal de primera línea, en cuanto determina normativamente las exigencias y/o presupuestos que deben concurrir para que se le pueda imponer legítimamente una pena a la persona del autor o partícipe; aglutina una serie de elementos que se adscriben en un Derecho penal democrático, que sólo puede punir aquellos comportamientos lesivos que provengan de una libertad de actuar (autodeterminación personal), de una conducta configurada a sentido o una conducta que importe la infracción de una norma de cuidado. (p. 68)

A consecuencia de la estructura político-jurídica del Estado, el principio de culpabilidad se desprende del mismo para establecer la exigencia de parámetros mínimos que deben estar presentes para poder imponer una pena. Así, en principio el acto que lesiona el Bien jurídico debe constituir una actuación que manifieste una clara y/o deliberada intención o motivación en el sujeto respecto de la vigencia del Bien jurídico, de modo tal que si no es posible determinar elementos que demuestren la libertad y conciencia a favor de la destrucción del Bien jurídico, no se puede sostener que el sujeto activo del delito sea culpable del evento delictuoso. Asimismo, la imposición de la pena requiere del sujeto el conocimiento de la existencia y alcances de una norma de cuidado,

puesto que a nadie se le puede exigir una motivación y/o determinación respecto a algo que le es desconocido o que no ha podido internalizar o comprender de modo razonable y según la normal expectativa correspondiente al común de los sujetos.

Ello se encuentra reconocido en el artículo 11 del Código penal:

Artículo 11.- Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley.

Por otro lado, contemporáneamente puede sostenerse que el principio de culpabilidad no puede aplicarse únicamente a las personas naturales, sino que también puede abarcar a las personas jurídicas cuya actuación e incursión en actividades criminales, es fruto de un previo y razonado proyecto de actuación criminal, a cuyo servicio se subordinan los recursos económicos y las actividades que efectúan dichas entidades. En otras palabras, el Principio de culpabilidad puede involucrar no solamente a la persona física, sino también a entidades cuya existencia jurídica comienza con la inscripción en un registro y cuya capacidad de actuación se encuentra delimitada por el orbe jurídico general y particular correspondiente a la respectiva forma organizativa que haya adoptado. Negar ello conduce a una situación en la cual una persona física pueda ser eventualmente vinculada al hecho delictivo en el que ha participado como parte de una entidad de la cual forma parte, y al mismo tiempo se da la negativa a reconocer una evidente vinculación fáctica e ideológica de la entidad con el mismo evento delictivo. Ello se traduce en una eventual condena a la persona natural y la impunidad de la persona jurídica, situación que desde una perspectiva lata, resulta a todas luces injusta y por tanto, debe ser superada.

En suma, una culpabilidad que indaga en la historia de un protagonista y que omite la consideración del otro protagonista del evento delictivo, constituye una formulación incompleta y parcial. Como hemos visto, la noción de culpabilidad se construye alrededor de la idea de la libertad de actuación y conciencia del sujeto respecto a la existencia de intereses y derechos que deben ser respetados. Sin embargo, la particular naturaleza de los entes jurídicos conduce hacia la evidencia de una actuación respecto a la cual aparecen como caracteres: a) la libertad de actuación; b) un ámbito de actuación previamente determinado tanto por las normas de orden general como las relativas a su específica forma organizativa; c) el uso de los trámites y procedimientos legales que también le son reconocidos a la persona natural; y d) una elección de medios y actos, consecuencia de una decisión adoptada por quienes aparecen jurídicamente como sus órganos directivos y la consiguiente implementación y/o ejecución de dicha voluntad mediante instrucciones u órdenes impartidas a quienes aparecen como sus órganos subordinados.

De acuerdo con ello, el Principio de culpabilidad debe ampliar sus alcances para reconocer a los entes jurídicos como formas organizativas a las que es posible achacar las consecuencias de un plan y/o diseño favorable a la comisión de conductas ilícitas y antijurídicas.

6. El Principio de proporcionalidad

Según lo señala Briceño (1998), este principio señala que la pena debe ser proporcional al hecho punible (delito) perpetrado. Dicha proporcionalidad es en relación al hecho cometido y su finalidad es la determinación de una respuesta razonable frente al delito. Respecto a ello Briceño (1998) explica que “Puede afirmarse que la proporcionalidad complementa las exigencias del principio de culpabilidad penal con la finalidad, por supuesto, de garantizar la indispensable proporción entre el hecho punible y la pena o consecuencia jurídica” (p.113).

Este principio se halla previsto en el Artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, del siguiente modo:

Artículo VIII. Principio de proporcionalidad de la pena.

La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. (...).

Tenemos así que la proporcionalidad permite efectuar el tránsito desde el reconocimiento de la entidad del daño inferido hasta el instante de la imposición de la pena. Es mediante la aplicación del principio de proporcionalidad que el órgano judicial efectúa la traducción del evento fáctico del delito para encontrar su significado y alcances en el ámbito punitivo. Asimismo, queda en claro que la exigencia de proporcionalidad permite delimitar los alcances de la culpabilidad del delincuente, en tanto garantiza que la pena no podrá ir más allá de ella.

También queda en claro que el principio de proporcionalidad permite organizar la respuesta penal de modo tal que en el texto de la ley se establece un marco general de punibilidad –mediante los períodos mínimos y máximos de pena– dentro del cual el órgano judicial debe determinar la correspondiente al hecho cometido.

Por otro lado, el principio de proporcionalidad conlleva la exigencia de una investigación exhaustiva del significado histórico del delito, ubicándolo en términos externos (fenomenológicos) e internos (psicológicos). Si precisamente en la dogmática penal se ha construido los conceptos del dolo, culpa, nexos causales es por la necesidad de indagar tanto en el orbe fáctico como en el mundo interno del delincuente, para después del análisis correspondiente, construir la respuesta punitiva que resulte proporcional al significado del hecho delictivo. En relación a ello Peña Cabrera (2012):

El principio de proporcionalidad en sentido general, significa modular la sanción punitiva, tomando en referencia el grado de afectación producido en el bien jurídico, no sólo desde un aspecto material (antijuridicidad), sino también desde la esfera interna del agente (dolo o culpa). Importa la correspondencia que debe subyacer entre la intromisión en la esfera de libertad individual con la gravedad del delito y el juicio de reproche culpable. (p. 81)

2.1.1.4. Los Principios constitucionales aplicables al control penal

La Constitución Política delimita el ejercicio del Derecho Penal mediante los siguientes límites:

1. El Principio de legalidad

Constitución Política 1993

Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

(...)

d. 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.

Código Penal 1991

Título Preliminar

Artículo II.- Principio de Legalidad

Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

Respecto al principio de legalidad García (2009) ha precisado que el mismo establece que la intervención penal del Estado, tanto al configurar los hechos punibles (delitos y faltas) como al determinar las consecuencias jurídicas (penas y medidas de seguridad), debe regirse por el imperio de la ley.

Asimismo, de este principio se derivan las siguientes consecuencias:

-Tanto el hecho punible como la pena o medida de seguridad deben haber sido previamente establecidas en una ley escrita. Por tanto, se rechaza a la costumbre, a la jurisprudencia y a los principios generales del Derecho como fuentes del Derecho penal, y establece a favor del ciudadano la garantía de conocer de modo previo cuáles son las conductas criminalizadas por el legislador (García, 2009, p.12).

-La exigencia de certeza de la ley o taxatividad, de modo tal que los hechos punibles deben ser tipificados de modo claro y preciso, descartando la ambigüedad o indeterminación del texto punitivo. Asimismo, las consecuencias jurídicas del delito deben ser fácilmente comprensibles por el ciudadano promedio. Ello a su vez conduce a que en la descripción típica de la norma penal deben consignarse todos los elementos e ingredientes que deben

caracterizar y acompañar al comportamiento. Por tanto, en el tipo penal deben identificarse nítidamente los sujetos activo y pasivo del delito, la acción u omisión jurídico y material y los componentes normativos y subjetivos, cuando el legislador asuma que deben coexistir en la conducta típica (García, 2009, p.12).

-Que no puede haber hecho punible ni pena, ni medida de seguridad sin ley previa. Se prohíbe la aplicación retroactiva de la ley en el ámbito penal, excepto si es favorable al reo (García, 2009, p.12).

De acuerdo con lo referido, tenemos que el principio de Legalidad constituye la primera garantía para los justiciables, estableciendo que sólo en la ley pueden configurarse los delitos y penas, impidiendo así que el Estado pueda *de motu proprio*, establecer su propio catálogo de infracciones o sanciones, como lo precisa García (2009):

Actualmente, resulta inaceptable un poder absoluto del Estado sobre los particulares. Por esta razón, el principio de legalidad, cumple un importante rol de garantía para los ciudadanos y se constituye como un límite formal a la función punitiva estatal, pues le está prohibido imponer penas de conductas que no hayan sido previamente calificadas en la ley como delictivas. (p. 13)

En ello se plasman las siguientes circunstancias y principios:

-El principio del origen democrático del poder.- Toda expresión represiva tiene por origen a la voluntad popular, la cual se expresa en la ley. Se respeta a la ley en tanto la misma constituye la expresión de la voluntad soberana del pueblo y por tanto, es la única fuente

con capacidad de vincular al grupo social al acatamiento a sus preceptos. Es la ley y no el Estado la que puede demandar de los sujetos el respeto a sus determinaciones.

-La consagración del imperio de la ley por sobre el imperio de la voluntad del hombre.

En aquellas épocas en las que las funciones del Estado se encontraban reunidas en una sola persona, era ésta quien tenía el poder de dictar la ley y de ejecutarla. En otras palabras, las sanciones emanaban de un poder absoluto y por tanto, incontrolado y arbitrario. En dicha etapa histórica la noción de justicia consistía ni más ni menos aquello que dictaminaba un sujeto ubicado en la cúspide del poder político. Es decir, se trataba de un contexto donde la arbitrariedad era institucionalizada.

En cambio, de acuerdo al actual paradigma político del Estado Social y Democrático de Derecho, toda actuación del poder en general y toda potestad sancionatoria en particular, debe tener su origen y fundamento en la ley. Así, si una conducta no está descrita en la ley y si ésta no prevé la sanción frente a su desacato, entonces no es posible imponer castigo alguno, ni tampoco siquiera argüir la existencia de un infractor.

Así, sólo en la ley se puede configurar la conducta que merece reproche punitivo.

-El principio/derecho de la seguridad jurídica.

En la actual fase histórica de la humanidad las estructuras políticas correspondientes a las formaciones estatales, supraestatales e internacionales reconocen la necesidad de poder ofrecer a los ciudadanos elementos mínimos que otorguen estabilidad, de modo tal que los sujetos puedan anticipar la posible respuesta del ordenamiento frente a la ocurrencia de un hecho o actuación de

la persona. El principio de legalidad es consecuencia del paradigma de la seguridad jurídica. En otras palabras, es la expresión de la seguridad jurídica en el ámbito punitivo, como lo precisa García (2009) en los siguientes términos:

El principio de legalidad como garantía, precisa claridad, taxatividad en el establecimiento de los comportamientos prohibidos y de las penas. Claridad y taxatividad son insoslayables condiciones de la seguridad jurídica, y para lo cual se exige, además, que se haya resuelto previamente qué conductas constituyen delitos y cuáles no, y qué sanciones son aplicables en cada caso concreto. Esta determinación debe llevarla a cabo el legislador, y evitar así, que los ciudadanos queden en manos de los jueces o del gobierno. (p. 14)

2. La Prohibición de la tortura

La Constitución Política de 1993 establece en el artículo 2 numeral 24, o siguiente:

h. Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.

Si el ordenamiento político y jurídico expresado en la Constitución reconoce en la persona humana a su punto de partida y fundamento, con ello se atiende a que ninguna respuesta legal sancionatoria –y menos la respuesta penal-, puede patrocinar, auspiciar, tolerar u ordenar la lesión, alteración y/o destrucción de la realidad física y biológica de la persona.

Es así que desde el reconocimiento constitucional de la intangibilidad del ser humano es imposible tolerar las prácticas consistentes en torturas u ocasionar sufrimientos y/o padecimientos físicos a la persona. Dichas prácticas constituyen atrocidades y actos crueles que rebasan la idea de consideración de la persona.

En términos más específicos, se reconoce que la tortura constituye un atentado contra la dignidad de la persona humana, y quebranta profundamente el principio de humanidad. Asimismo, en términos prácticos la víctima de tortura no está motivada a decir la verdad, sino a decir aquello que satisfaga a los torturadores y así se detenga el suplicio al que es sometida (Castillo, 2002, p.364).

En otras palabras, la tortura no tiene utilidad alguna en la labor de investigación y búsqueda de la verdad, y más bien se ha empleado a efectos de construir una verdad *ad-hoc*, útil solamente a los torturadores y con vistas a legitimar persecuciones injustas.

Asimismo, en la medida en que el artículo 1 de la Constitución ordena el respeto a la dignidad de la persona, dicho dispositivo se proyecta hacia la exclusión de toda disposición normativa, práctica social o institucional que de forma directa o indirecta acepte, tolere o justifique o pretenda convalidar jurídicamente el empleo de la tortura o destrucción del ser físico de la persona humana.

3. El Principio de lesividad

El Título Preliminar del Código Penal contempla el Principio de lesividad del siguiente modo:

Artículo IV.- Principio de lesividad

La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

De acuerdo con el principio de lesividad, la pena únicamente puede ser impuesta cuando se haya constatado una previa lesión o amenaza a los bienes jurídicos a los que la ley extiende su reconocimiento y protección.

Por tanto, tenemos que:

-El primer límite a la imposición de la pena lo constituye la existencia de los bienes jurídicos. Si no se comprueba una lesión a un bien jurídico, ni una amenaza a su vigencia, no existe necesidad alguna de recurrir a la pena.

-Los bienes jurídicos que justifican la recurrencia a la pena, necesariamente deben serlo por estar así reconocidos como tales. Con ello se impide que la pena pueda ser instrumentalizada para reclamar la protección de intereses que no se consideran relevantes ni trascendentes para el grupo social. Respecto a la cuestión del contenido de los bienes jurídicos, Roxin (1999) ha precisado que:

Los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. (p. 56)

Tenemos por tanto que los bienes jurídicos constituyen aquellos factores o elementos que favorecen o promueven el desarrollo del individuo en el marco general de respeto a su existencia.

Por tanto, si no se trata de alguna circunstancia favorecedora o garantizadora tanto de la persona individual o de su derecho al libre desarrollo, entonces no puede reclamarse que nos encontremos frente a una situación o circunstancia que merezca ser protegida mediante la noción de Bien jurídico.

-Así, tenemos que para la construcción de la pena es necesaria una previa comprobación de que la conducta que será incorporada en el supuesto de hecho de la norma, debe retratar de modo objetivo e inconfundible aquella contravención que resulta nociva ya sea para el individuo o para el bien común.

Por otro lado, la doctrina García (2009) ha precisado las funciones que cumple el principio de lesividad:

-Función sistematizadora.- Los códigos penales al consagrar diversos hechos punibles, los van describiendo y clasificando de acuerdo a los bienes jurídicos, cumpliendo entonces una función de sistematización del Derecho penal vigente.

-Función de orientación para la interpretación de la ley.- Cuando se logra precisar cuál es el bien jurídico protegido con la represión de cierto delito, la interpretación teleológica o finalista permite excluir del tipo penal ya sea las conductas que no lesionan o no ponen en peligro al interés jurídico tutelado por la ley, o aquellas que a pesar de ser típicas conllevan la exclusión de la antijuridicidad por cuando su contrariedad al ordenamiento jurídico, es sólo aparente.

-Función delimitadora.- Esta función es tanto respecto al juez como al legislador. Para el primero porque demarca su ámbito de intervención y para el segundo, pues debe considerar

el bien jurídico como fundamento para la medición de la pena, atendiendo a los principios legales y al peligro o lesión sufrida.

En otras palabras, merced al principio de lesividad el Estado puede ordenar la respuesta punitiva atendiendo a la importancia y trascendencia de los Bienes jurídicos afectados, en la razonable creencia en que no todos tienen el mismo valor o trascendencia y por tanto, su vulneración no merece la misma respuesta punitiva. El principio de lesividad permite atemperar la respuesta penal a efectos que se verifique: a) la existencia de la lesión, b) el tipo del bien jurídico afectado, y c) la pena que debe establecerse, de acuerdo al daño ocasionado.

El principio de lesividad por tanto, permite prevenir una respuesta desproporcionada o excesiva, y dentro de dicho marco la respuesta penal será válida y legítima.

4. El Principio de proporcionalidad de la pena

Código Penal 1991:

Artículo VIII.- Principio de proporcionalidad de la pena

La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes.

De acuerdo con el principio de proporcionalidad, la imposición de la pena tiene como límite los alcances de la responsabilidad del sujeto activo. Ello implica una idea de pena sinalagmática, esto es, una correspondencia objetiva y razonable entre el daño causado por el sujeto activo del delito y la pena que le debe ser impuesta por dicho hecho.

Ello también implica que la pena no es por la razón de ser del sujeto, sino por el hecho. La pena se impone atendiendo a la trascendencia e impacto que han generado el delito en la órbita de los intereses y derechos de la víctima y en relación a los valores e intereses del grupo social, que con el delito se han visto afectados, como precisa García (2009) de la siguiente manera:

Las medidas represivas adoptadas para conjurar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico deben ser proporcionales a éste, a la gravedad del delito cometido, el contenido de injusto, al mal causado y a la mayor o menor responsabilidad del autor. (p. 22)

De acuerdo con ello podemos concluir que:

-El principio de proporcionalidad de la pena es un principio necesario para impedir que la respuesta punitiva resulte exacerbada y por tanto, injusta. Si la pena va más allá del significado o trascendencia del hecho, lejos de ser una respuesta adecuada, resulta convirtiéndose en un pretexto para ir más allá de la culpabilidad del sujeto activo del delito, y constituyendo por tanto una respuesta carente de justificación.

-El principio de proporcionalidad posee una dimensión ética, en la medida en que no solamente se le dice al sujeto activo del delito que debe hacerse responsable por sus actos, sino que también envía un mensaje al Estado y a la Administración de justicia: no se puede ir mas allá del daño ocasionado, porque toda respuesta penal que vaya mas allá de lo proporcional o razonable, en sí misma ya es una expresión de injusticia.

-Ello también nos indica que del mismo modo que un exceso resultaría en una injusticia en contra del autor del hecho delictivo, una pena defectuosa también sería una manifestación de injusticia en contra de la víctima y en contra de la sociedad interesada en la paz y en el

respeto a sus valores e intereses. Así, por el principio de proporcionalidad de la pena ésta no puede ir por encima ni por debajo de lo que corresponde imponer atendiendo al daño ocasionado a la víctima y al impacto del delito en la sociedad. O sea, tan perniciosa es una pena abrumadoramente desproporcionada como aquella que sea ínfima o ridícula en relación a los intereses en juego. Por el Principio de proporcionalidad es posible cuestionar las penas exageradamente largas tanto como aquellas que exhiben un notorio rasgo de impunidad, al establecer penas muy por debajo de lo que el texto y la *ratio legis* de la norma han establecido.

-Así, tenemos que los criterios que permiten aquilatar adecuadamente la respuesta penal a efectos de que sea proporcional, son: a) la gravedad del delito, b) el contenido del injusto, c) el mal ocasionado, y d) el grado de responsabilidad del autor.

5. El Principio Ne Bis In Idem

De acuerdo a este principio una vez que un sujeto ha recibido una pena por la comisión de un acto ilícito, no puede ser sometido nuevamente a otro proceso por los mismos hechos por los que ha sido sancionado. Claramente, se trata de una previsión con vistas a impedir que se efectúe una persecución carente de finalidad, puesto que si el *ius puniendi* estatal ya se ha desplegado respecto a un hecho delictivo y ha impuesto la pena correspondiente, no existe razón alguna para someter al individuo a la violencia del Estado. En términos más específicos, según señala Rubio (2010), de acuerdo con este principio no se puede recibir dos sanciones por la misma infracción, y para que se configure debe comprobarse la existencia de una triple identidad:

la identidad del sujeto, la identidad del hecho y la identidad del fundamento.

Por tanto, es posible que un sujeto reciba una sanción penal y una sanción administrativa por los mismos eventos, y ello no vulnera al Principio “*Ne Bis In Idem*”, puesto que el fundamento de la sanción penal reside en la lesión de un Bien jurídico y el fundamento de la sanción administrativa reside en la vulneración de un deber funcional.

Es decir, existe autonomía de las responsabilidades civil, penal y administrativa. Al respecto, Morón (2001) ha precisado que dicha autonomía genera las siguientes consecuencias:

- 1.- Un mismo acto puede generar consecuencias en los ámbitos administrativo, civil y penal.
- 2.- El procesamiento de un hecho en el ámbito jurisdiccional y administrativo, puede ser efectuado hasta agotar dichas instancias.
- 3.- Se configura una especialización de modo tal que la calificación de la responsabilidad administrativa es competencia de la Administración, y la calificación de la responsabilidad civil y penal le corresponde al Poder Judicial.
- 4.- Lo que resuelva cualquiera de las vías civil, penal o administrativa, no tiene incidencia en la posibilidad de establecer sanciones basadas en los mismos hechos, en las otras instancias. (pp. 552-554)

Asimismo, la autonomía de los ámbitos jurídicos referidos es reconocida en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (Ley

27785), que en las Disposiciones Finales distingue entre los diversos ámbitos de responsabilidad, del siguiente modo:

DISPOSICIONES FINALES

(...)

Novena.- Definiciones básicas

Constituyen definiciones básicas para efectos de esta Ley, las siguientes:

Responsabilidad Administrativa Funcional.- Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen (...).

Responsabilidad Civil.- Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado. (...)

Responsabilidad Penal.- Es aquella en la que incurren los servidores o funcionarios públicos que en ejercicio de sus funciones han efectuado un acto u omisión tipificado como delito.

Asimismo, la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley 27444), confirma la autonomía de las responsabilidades del siguiente modo:

Artículo 243.- Autonomía de Responsabilidades

243.1 Las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación.

243.2 Los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo disposición judicial expresa en contrario.

Por otro lado, la doctrina ha destacado que el Tribunal Constitucional ha establecido que el elemento de la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido de este Principio, dado que no puede admitirse la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, es decir, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido (Morón, 2008, p.672).

De acuerdo con ello, en caso de existir más de un interés protegido, ello determina la posibilidad de establecer sanciones adicionales, las cuales se imponen en el ámbito específico en el cual el otro interés sea protegido. Así, en caso que se establezca que la conducta antijurídica, a pesar de lesionar un bien jurídico, haya merecido el reproche más de una vez, ocurre que mientras la sanción penal busca proteger un cierto interés, la sanción administrativa impone una sanción formal a quien incumple con ella. Por tanto, la concurrencia de ambos órdenes no lleva a la exclusión por aplicación del principio *Ne Bis in Idem* (Morón, 2008).

Por tanto, al mismo tiempo que el principio *Ne Bis In Idem* impide que el individuo sea sometido a una persecución exacerbada e irracional del Derecho penal, delimita los órdenes o ámbitos jurídicos concurrentes en un evento antijurídico, estableciendo que en la medida en que cada uno de ellos posee su propio fundamento, es perfectamente posible la actuación paralela de los mismos sin que por ello las pretensiones particulares en que se manifiesta la persecución, aparezcan como irracionales o arbitrarias.

2.1.2. La actividad criminal relacionada a la persona jurídica

2.1.2.1. Las teorías sobre la naturaleza de la persona jurídica

Sobre la naturaleza de la persona jurídica se han formulado en líneas generales, dos grandes posiciones:

2.1.2.1.1. La teoría de la ficción

Esta teoría propugnada por Von Savigny, sostiene 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 solo el individuo tiene capacidad de derecho. Verdaderamente, 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, a estos seres ficticios se les llama personas jurídicas, es decir, personas que no existen sino para fines jurídicos”. Es así que de acuerdo con el criterio de Von Savigny, la ficción viene a constituir un instrumento técnico que solo el legislador puede emplear, es decir, en su entender fuera de la persona natural, no existe otra entidad titular de derechos y obligaciones, por lo que la ficción considera a una asociación de personas o a un conjunto de bienes como una unidad, dándole el tratamiento de una persona y, por lo tanto, la considera como sujeto de derecho. Asimismo, es importante precisar que, “Pese a la personificación del ente jurídico en el sujeto físico, no debemos olvidar la imposibilidad de tratar a la agrupación de la misma manera que a la persona física, pues las agrupaciones de hecho tienen capacidad legal pero no capacidad para actuar” (García, 2009, p.68).

Por tanto, siguiendo dicha lógica, si es que la llamada persona jurídica en realidad obedece a una decisión de la ley de tratar algo según una naturaleza que en realidad no le corresponde, entonces propiamente, no nos encontraríamos frente a una verdadera persona, pues dicha consideración únicamente alcanza a las personas físicas. Por consiguiente, no se puede tratar a las personas jurídicas como si fueran capaces de responsabilidad, la cual en cambio sí es reconocible en la persona natural. Se asume que si es por una concesión o gracia del ordenamiento que se les otorga cierta capacidad de actuación, sin embargo ello no equivale al reconocimiento de una auténtica y verdadera capacidad jurídica.

2.1.2.1.2. Teoría de la realidad

A diferencia de la teoría de la ficción, el criterio de la realidad resulta una tesis favorable a la constitución de un sistema penal de la responsabilidad jurídica. Si partimos de la premisa de que es considerado sujeto de derecho quien goza de la protección legal de sus intereses y fines, reconociéndose como titular de una capacidad autónoma de obrar, se logra concluir, como bien afirma Longhi, que “un primer concepto de agrupación coincide con la calidad de persona antropomorfa”. Incluso se enfatiza el hecho de que existen objetivos, fines y metas que por su estructura y complejidad, superan la capacidad de lo individual y, por lo tanto, solo pueden ser alcanzados por una organización especial, es decir, por los entes corporativos o colectivos. Bajo este argumento, la persona física no sería la única a tomarse en cuenta como ente existente en el ordenamiento jurídico, y en la misma línea de opinión, los entes colectivos no deben ser considerados únicamente como una proyección de la persona natural, sino como una específica y autónoma realidad en el mundo de las relaciones humanas (García 2009).

En otras palabras, lo que llamamos persona jurídica constituyen entidades con capacidad de actuación que supera a la de la persona individual, por lo cual desde una perspectiva jurídica es posible reconocer conjuntamente tanto a la persona natural como a los entes llamados personas jurídicas, como entidades autónomas y con reconocida capacidad de actuación.

En términos más explícitos, según refiere García, este conjunto de teorías concibe a las empresas como sujetos sociales autónomos y, en consecuencia, “se trata de desarrollar una concepción racional de la regulación penal sobre las empresa partiendo de que los peligros no solo provienen del titular de la corporación sino del sistema empresarial en sí mismo, pues la amenaza penal directa contra los bienes jurídicos protegidos proviene, en la mayor parte de los casos, de comportamientos de personas situadas en el plano directivo y no de los órganos de la persona jurídica y de otras personas con funciones de dirección (García, 2009).

Por tanto, se tiene que:

-Si desde la realidad y noción de la persona natural (física) tenemos que el itinerario de vida anterior nos remite a la determinación de un modo de vida respetuoso de la ley o peligroso y/o amenazante para la vigencia de los bienes jurídicos, tratándose de las empresas se trata de hurgar en las relaciones internas de la empresa, esto es, inquirir en la actuación de quienes conforman la plana directiva y la estructura jerárquica de la empresa, a efectos de determinar si existen patrones o formas de actuación que son favorables o proclives a la actuación lesiva de los bienes jurídicos. Pero, García llama la atención no solamente sobre los posibles riesgos que provengan del titular de la empresa, sino del propio sistema empresarial, lo cual nos refiere a prácticas empresariales o hábitos de actuación en los grupos empresariales, con tendencia a generar conductas lesivas de bienes jurídicos. Ahora bien, si se identifica en dicho ámbito de “los peligros”,

aunque los mismos puedan manifestarse en la actuación de los mencionados directivos y funcionarios, no hay que olvidar que lo que le otorga trascendencia y relevancia no es tanto la opción individual que hayan asumido los directivos sino el que finalmente, mediante la presencia de la persona jurídica con sus recursos y ámbito de actuación, es que se genera un riesgo tanto para la comunidad, como para las personas individuales como para la vigencia del orden público y la protección de los bienes jurídicos.

También se encuentra que en sede de doctrina especializada se ha señalado la existencia de las siguientes posiciones teóricas: a) la teoría organicista biológica, según la cual se equipara a las personas colectivas con los seres humanos y afirman que la voluntad colectiva es análoga a la de la persona humana; b) la teoría voluntarista, según la cual la persona jurídica no constituye una realidad orgánica o biológica, sino que es una especie de voluntad colectiva cuantitativamente diferente de las voluntades individuales; c) la teoría del organismo social, de acuerdo a la cual lo que existe es una institución corporativa la cual posee como elementos: la idea de la obra por realizar por el grupo social, un poder de gobierno organizado para la realización de dicha idea y la manifestación de comunión de los miembros del grupo y de los órganos de gobierno, y que pueden ser en la idea de la obra o en la de los medios a emplear; d) la teoría del patrimonio adscrito, la que sostiene que las asociaciones, las fundaciones y el Estado son ejemplos de patrimonios sin dueño, y que están adscritos a un fin, por lo que se trata de patrimonios de afectación, lo cual no conlleva la creación de un sujeto de derecho o persona moral y que la noción de la personalidad moral en realidad fue una creación de los teóricos modernos; e) teoría de la persona jurídica colectiva, la que sostiene que la persona jurídica constituye un punto de imputación, por lo cual los actos de

una persona jurídica son actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total (Ramos, 2012).

De acuerdo con el aporte mencionado consideramos necesario precisar que:

a) La concepción de lo que se llama hoy en día persona jurídica ha oscilado entre una inicial equiparación o asimilación con la realidad identificable en la persona natural, hasta el reconocimiento de un patrimonio adscrito a un fin negando así toda posibilidad de asimilación a la persona natural. Por consiguiente, la noción de lo que constituye la llamada “persona jurídica” no es una realidad acabada e inobjetable, sino que al igual que el conjunto de la doctrina e instituciones jurídicas, responde a un proceso evolutivo y de renovación de acuerdo a las circunstancias y contextos signados por el marco histórico e ideológico en que dicho proceso se presenta.

b) Independientemente de la relevancia y/o preeminencia que se preste a ciertos elementos tales como el elemento personal o el elemento patrimonial, lo que sí es decisivo en la existencia y dinámica de las llamadas “personas jurídicas” es la independencia del patrimonio de la entidad, en relación al patrimonio de quienes la integran, configurando así dos esferas perfectamente delimitadas.

c) También destaca en el proceso evolutivo reseñado por la doctrina, el reconocimiento de la actividad de las llamadas “personas jurídicas”, la misma que gira alrededor de un objeto específico y que, por tanto, requiere no solamente de la autorización del sistema jurídico como requisito para el reconocimiento legal, sino también una labor de supervisión y contralor permanente, a efectos de asegurar que las labores y/o actividades realizadas por

las llamadas “personas jurídicas” se atienen al cumplimiento de las exigencias legales impuestas por el sistema jurídico. Ello a su vez es indicativo de una cuestión obvia: en tanto las “personas jurídicas” se encuentran en capacidad de realizar actividades dentro de la legalidad, también pueden incurrir en actividades ilegales. (pp. 128-132)

2.1.2.2. La delincuencia cometida por la persona jurídica

La doctrina refiere que a partir de la Revolución Francesa se imprime el principio de culpabilidad que establece que nadie puede tener culpabilidad o responsabilidad por un hecho que no es propio. Esto es, la responsabilidad es personal, pero esta persona debe ser física. Por eso la determinación de la responsabilidad de colectividades se debe hacer de manera individual, siendo la responsabilidad penal distinta a la civil porque no es hereditaria ni es transferible, sino que es propia y personal. Asimismo, se ha precisado que en la actualidad se habla de una nueva realidad que se presenta, sobre todo en el ámbito de los delitos socioeconómicos y laborales, contra el medio ambiente, tributario que tienen una característica distinta a los tradicionales, pues hoy en día existen una cantidad de delitos que se cometen en el ámbito de la empresa. Así, se tiene que el “Max Plank Institute” refiere que el 80% de los delitos socioeconómicos se realizan en el ámbito de una empresa. Ello significa que al hablar de delitos socioeconómicos estamos hablando de delitos de empresa o cometidos en el ámbito empresarial. Por eso, últimamente se hace referencia tanto a la denominada “criminalidad de empresa”, es decir, la criminalidad cometida desde el ámbito empresarial, como a la “criminalidad como empresa”, en realidad, la criminalidad organizada que también tiene una proliferación en el ámbito de los delitos socioeconómicos, teniendo a la empresa o a la persona jurídica como núcleo en este tipo de actividades (Zúñiga, 2010).

De acuerdo con ello se señala:

-Desde los días de la Revolución Francesa la culpabilidad vincula directamente al individuo con su propia conducta, por lo cual la culpabilidad únicamente era adscribible a la persona natural o física.

-Contemporáneamente se ha constatado la aparición y crecimiento de un nuevo tipo de delitos, los llamados delitos socioeconómicos, los cuales tienen como preferido protagonista no a la persona individualmente considerada, sino a las empresas.

-La criminalidad que despliegan y en que participan las empresas se proyecta de dos maneras: 1. La criminalidad de empresa, entendida como aquellas conductas criminales que se perpetran desde la propia empresa; y 2. La criminalidad como empresa, que corresponde a lo que modernamente se llama crimen organizado. De cualquier modo, en ambos ámbitos encontramos la presencia destacada de la empresa.

En relación a la realidad de la presencia de la empresa y su impacto en el actual contexto, la doctrina ha destacado que los esquemas tradicionales de la teoría del delito diseñados sobre la base del comportamiento de una persona individual, han empezado a convertirse en cuestiones trasnochadas en el ámbito de una criminalidad moderna. Hoy en día hablar de criminalidad organizada es hablar de la vinculación que tiene con la criminalidad de empresa, es decir, cómo la empresa se ha convertido en un elemento común de la criminalidad organizada, debido a lo cual se da esa proliferación de este tipo de criminalidad al albur del libre mercado. En la actualidad se habla del blanqueo o de corrupción a nivel privado, lo que ocasiona que a veces esa línea entre criminalidad de empresa y criminalidad organizada sea muy delgada y difícil de dilucidar en tanto

existen elementos comunes en ambas formas de criminalidad, como es el caso de la organización que en una es lícita y en la otra ilícita. En consecuencia, esa línea de distinción puede ser clara en el ámbito teórico, pero no tanto en algunos casos de la realidad (Zúñiga, 2010).

En otras palabras, en el mundo contemporáneo del Siglo XXI:

-La realidad permite comprobar la decrepitud e inoperancia de las categorías conceptuales y enfoques afincados alrededor de la persona individual, la cual ya no puede ser vista como la única protagonista capaz de asumir el rol del sujeto activo del delito. En el mundo actual las empresas tanto del orbe legal como del submundo de la ilegalidad han mostrado especial aptitud y capacidad para desplegar conductas que son mucho más lesivas y letales para los bienes jurídicos individuales e institucionales, que las desarrolladas por las personas físicas o individuales.

-Se ha comprobado que muchas veces las empresas que operan en el marco del sistema legal, desarrollan conductas de ilegalidad. También se ha detectado que organizaciones criminales apelan al uso de las empresas que se desenvuelven en el ámbito de la legalidad para efectuar el trasvase y legalización de sus bienes obtenidos ilícitamente. En otras palabras, se ha comprobado una relativa intercambiabilidad, interacción y complementariedad entre la criminalidad de empresa y la criminalidad organizada.

Asimismo, en términos más específicos, en Europa la “Europol” trabaja con once indicadores, referenciados como las características que deben concurrir para distinguir la criminalidad organizada de la criminalidad de empresa. Dichos indicadores son los siguientes:

1. Más de dos personas; 2. Distribución de funciones; 3. Permanencia, que es el elemento clave que distingue la organización criminal de una mera autoría y participación o actos

preparatorios que den origen a una conspiración. Esto es lo que define la organización criminal: la existencia de una estructura permanente material y personal destinada a la comisión de delitos; 4. Control interno de sus miembros; 5. Ser sospechosos de la comisión de delitos graves, a nivel internacional. Se insiste en la gravedad para poder perseguir este tipo de delitos que son en verdad adelantamientos de la intervención de las formas clásicas, ya que en el ámbito clásico solo se delinque una vez que se lesiona un bien jurídico o se produce una tentativa, pero cuando se habla de organizaciones criminales que están preparando delitos u organizaciones que tienen por misión preparar delitos estamos hablando de un adelantamiento de las formas clásicas de la intervención.

Por lo tanto, una forma de respetar el principio de proporcionalidad en este caso es refiriéndose a delitos graves, considerados a nivel internacional como tales a aquellos sancionados con una pena no menor a cuatro años; 6. Actividad internacional, lo que es propio de las organizaciones criminales modernas que cada vez más incursionan en el mercado mundial e internacional y cuya grandeza radica precisamente en copar nuevos mercados; 7. Violencia; 8. Uso de estructuras comerciales o negocios donde la empresa es el núcleo de estas formas empresariales cada vez más modernas; 9. Blanqueo de dinero, que constituye un elemento clave en toda forma de organización criminal para aprovecharse de las ganancias ilícitas; 10. Presión sobre el poder político, que significa la búsqueda de la impunidad o que ese nuevo mercado que pretende abrir la organización criminal sea posible con el contubernio o corrupción del poder político; y 11. Ánimo de lucro que es lo que en verdad une a la organización como empresa y la organización criminal. (Zúñiga, 2010, pp.59-60)

Por consiguiente:

-Consideramos que los referidos indicadores constituyen baremos que deben ser integrados en una apreciación conjunta que refiere tanto a la forma de organización que adopta la agrupación, como a las conductas específicas que desarrolla, y la naturaleza o índole del compromiso bajo el cual dichas actividades se despliegan.

-Un elemento crucial es la existencia de un “Estado mayor” o “Comité criminal”, esto es, un grupo central dentro de la organización, un círculo restringido de sujetos con poder de decisión y con la capacidad de poder impulsar a los demás componentes de la organización a efectos de que se ejecuten las órdenes emitidas por quienes hagan las veces de cabecillas de la organización.

-Otro elemento central lo constituye la presencia del designio criminal el cual discurre desde la adopción del acuerdo antijurídico hasta su comunicación desde la cúspide de la organización hasta el específico operador/ejecutor de la orden, lo cual puede darse en un variado lapso de tiempo, pudiendo abarcar incluso meses. Por ejemplo piénsese en la decisión de infiltrar la estructura política de una región o Estado, para lo cual se destinan previamente recursos ilegales para las respectivas coimas, y al mismo tiempo se instruyen a los directivos representantes de la empresa para que entren en contacto con las autoridades estatales ya sea a nivel local, regional o nacional, a efectos de mediante reuniones ya sea oficiales o clandestinas, logren la corrupción del funcionario a efectos de que éste pueda facilitar el robo de los recursos estatales mediante el establecimiento de bases direccionadas en las licitaciones o la emisión de reglamentos y normativa que favorezcan a la organización y que obliguen al resto de la estructura burocrática local, regional o nacional a acatar dichas directivas.

-La legalización de las actuaciones delictivas en que han incurrido tanto los operadores de la organización como las autoridades estatales implicadas, de modo tal que jurídicamente las

normas se convierten en un escudo de protección para los corruptos, evitando la actuación de las instancias de control (Procuraduría, Contraloría, Superintendencia, Ministerio público y PNP) y consagrando así una situación de impunidad.

Asimismo, en doctrina se ha precisado que en toda teoría de la organización se encuentran los siguientes elementos:

- Asociación de dos o más personas.
- Objetivos comunes.
- División del trabajo.
- Estructura, que es lo que le da permanencia a la organización. Está formada por medios personales y medios materiales.
- Códigos de conducta comunes.
- Sistema de toma de decisiones. Hablándose de una organización jerárquica está claro que la toma de decisiones se realiza en el vértice de la organización. Ahora bien, en cualquier clase de organización, siempre hay un sistema de toma de decisiones.
- Tendencia a la autoconservación. Lo que distinguiría a la organización de una mera forma de autoría y participación o de una banda es la capacidad que tienen ciertas estructuras de permanecer más allá de los mismos medios personales que son fungibles de alguna manera. Entonces, una organización criminal es la que permanece más allá de sus propios miembros. (Zúñiga, 2010).

De acuerdo con ello tenemos que en la organización la permanencia de la misma conlleva al reconocimiento de la fungibilidad y/o intercambiabilidad de los integrantes de la misma, precisamente porque lo importante es la permanencia de la organización, de modo tal que sus actividades y directivos no se vean en situación de riesgo o amenaza por las posibles consecuencias legales derivadas de la actuación de algunos de los integrantes de la organización.

Asimismo, ello determina que propiamente hablando, la empresa aparece como un microcosmos, esto es, un pequeño conglomerado cuya actuación interna es similar a la de cualquier burocracia estatal, con sus correspondientes compartimientos, instancias, oficinas, dependencias y divisiones administrativas, cada una de las cuales tiene un rol o papel específico que desempeñar.

Desde dicha perspectiva podría afirmarse que existe una alta similitud o compatibilidad entre la organización de la moderna empresa y la correspondiente a una organización criminal, más aun si se constata que en el mundo legal-formal ambas actúan procurando el acatamiento formal a las reglas legales.

Asimismo, se comprueba la existencia de una cadena mando, con la correspondiente “correa de transmisión” desde la cúpula directiva hasta la oficina encargada de implementar la medida adoptada. Esto evidencia que no necesariamente la persona encargada de ejecutar el acto específico conoce de las implicaciones de ilegalidad de aquello que está llevando a cabo. Sólo se limita a cumplir una parte de la estrategia delictiva global, creyendo que se trata de otra orden de pago legal o de un pago a proveedor. Por ejemplo, el ordenar a la tesorería que gire las respectivas órdenes de pago no significa que el tesorero se encuentre obligado a conocer personalmente ni entrar en contacto directo con los receptores de pago.

2.1.2.3. La peligrosidad de la persona jurídica

La doctrina reconoce que la persona jurídica puede ser en sí misma peligrosa, más allá de sus propietarios o administradores, y la prevención requiere de medidas para controlar esa “peligrosidad objetiva o de la cosa”, del ante colectivo, expresada a través de las acciones antijurídicas (injusto penal) de las personas físicas que actúan a favor o por cuenta de la persona jurídica. Si ésta se presta a ser utilizada para la realización de actividades delictivas, allí radica la peligrosidad objetiva de la agrupación, por ejemplo si una empresa contamina el ambiente natural podría no ser suficiente la sanción para el administrador de la misma si el riesgo de la actividad se mantiene, en ese caso se impone proteger la calidad de vida mediante limitaciones o restricciones de la actividad económica de dicha empresa o en su caso, si existiese especial gravedad, a través de medidas que impidan la continuidad de la actividad empresarial (Caro, 2002).

Nosotros disentimos de la noción de la “peligrosidad objetiva” de la persona jurídica, por las siguientes consideraciones:

-Constituye una deformación y distorsión indebida de la noción de peligrosidad, la cual está afincada en el ámbito del derecho de daños en relación a aquellos bienes, productos y/o actividades que objetivamente hablando, conllevan un potencial lesivo para los intereses y derechos subjetivos de las personas. Por ejemplo: una operación quirúrgica conlleva un cierto nivel de riesgo, el vehículo constituye en sí mismo un bien riesgoso o peligroso, los residuos de las actividades industriales constituyen elementos con un potencial de afectación tanto a la salud pública o al medio ambiente.

- Sin embargo, al mismo tiempo debe reconocerse que contemporáneamente se ha comprobado que muchas de las afectaciones al medio ambiente, al derecho de los consumidores ya sea por productos defectuosos o por afectación a su patrimonio, ha sido perpetrado mediante el empleo o por parte de las personas jurídicas (empresas, entidades bancarias, empresas mineras, empresas de seguros, etc.). Por tanto, sí existe el dato de la participación de la persona jurídica en ilícitos y en graves daños, pero consideramos que gran parte de ese daño proviene del abandono por parte de la dogmática especializada como por parte del legislador, de una opción de reformulación y/o adaptación de los conceptos e institutos penales para poder regular adecuadamente aquellas actividades.

-Por consiguiente, para nosotros el verdadero peligro no proviene tanto de las prácticas en que incurren las entidades que denominamos persona jurídica y empresa, sino de la deficiencia del sistema legal y de la poca permeabilidad que ha mostrado un sector doctrinario en afrontar la nueva realidad de la criminalidad de empresa mediante los correspondientes mecanismos correctores.

Asimismo, en relación al mencionado riesgo de la participación de la persona jurídica en actividades ilícitas, se ha referenciado que el bagaje de medidas que prevé el art. 105 del Código Penal es bastante amplio, entre las más graves se hallan la disolución de la sociedad (inc. 2), la clausura de locales (Inc. 1) o la prohibición de actividades (inc. 4). De esa manera, el marco legal en vigor (sin necesidad de una reforma legislativa), prevé la posibilidad de que a través de una sentencia penal que condene al propietario o director de un canal de televisión, o cuando menos que determine la realización de actuaciones antijurídicas aunque la condena no se materialice porque, por ejemplo, el autor no ha sido identificado o se halla prófugo se decrete la disolución de

la empresa, la prohibición (temporal o definitiva) de realizar actividades en materia televisiva (etc.). En todo caso, no se prevé expresamente la cancelación de licencias, pero el efecto puede ser el mismo de recurrirse a las medidas más graves que contempla el artículo 105 del Código Penal (Caro, 2002).

Consideramos que ello significa que para efectos prácticos la legislación peruana ha establecido una respuesta que puede ser radical y definitiva frente a la persona jurídica que haya incursionado en actividades ilícitas o delictivas. Materialmente hablando, dichas opciones de sanción nos refieren a una respuesta que es compatible con la existencia de una auténtica pena a la persona jurídica implicada en la violación de la ley penal. Por sus efectos no consideramos que ello corresponda a una “medida accesoria”, sino que, por el contrario, constituyen una respuesta punitiva que guarda relación y coherencia con la particular naturaleza de la persona jurídica, la cual nace mediante un acto administrativo y cuya capacidad de actuación está delimitada por el conjunto de normas de orden legal y administrativo, por lo cual si una sanción consiste en la cancelación administrativa del registro de personas jurídicas, o la imposibilidad absoluta de seguir celebrando actos jurídicos o realizar aquellas actividades señaladas en el Estatuto y en la ley, entonces sencillamente lo que está ocurriendo es un destierro o desaparición de la persona jurídica, para todos efectos, en tanto y en cuanto queda incapacitada para seguir actuando en el tráfico jurídico.

2.1.2.4. La presencia de la persona jurídica en el Derecho Procesal penal

Se reconoce que la consideración de la persona jurídica como cosa u objeto peligroso no es incompatible con la conveniencia de considerarla parte en el proceso penal en la que no se discutirá el destino del objeto peligroso, sino los propios criterios de imputación de la

responsabilidad accesoria. La capacidad de imputación (de acción, culpabilidad y pena) tendría que ir de la mano con la capacidad procesal (para ejercer el derecho de defensa y otros). La “puerta de entrada” como parte procesal de la persona jurídica la da el artículo 90 del Nuevo Código Procesal Penal 2004 que establece que las personas jurídicas, siempre que sean pasibles de imponérseles las medidas previstas en los artículos 104 y 105 del Código Penal, deberán ser emplazadas e incorporadas en el proceso, a instancia del Fiscal. En el Derecho peruano, la persona jurídica es sujeto de derecho procesal expresamente. Es decir, la única condición que se exige es que se pueda aplicar, una vez finalizado el proceso, la figura del decomiso y las consecuencias accesorias (Reátegui, 2005).

Por consiguiente, se puede afirmar que la persona jurídica en el derecho penal constituye un sujeto procesal, y su participación apunta a la determinación de su responsabilidad penal, la cual finalmente se plasmará en el dictado de las llamadas consecuencias accesorias.

Materialmente hablando, tenemos entonces que desde una perspectiva procesal no se puede cuestionar que la persona jurídica sí posee responsabilidad penal, aunque ello no quiera ser reconocido por un sector doctrinario bajo el argumento de existencia del Principio “delinquere non potest”. Si realmente en el ordenamiento peruano se reconociera taxativamente que la persona jurídica no puede tener responsabilidad penal, sencillamente no podría ser citada como sujeto denunciado en el proceso penal, ni tampoco podría imponérsele ninguna medida de carácter sancionatorio en el ámbito penal. Pero, como ya se vio:

a) Existen las sanciones a las personas jurídicas, previstas en el artículo 105 del Código Penal.

b) Existen los derechos procesales que le corresponde ejercer a la persona jurídica demandada en un proceso penal.

Vistas así las cosas, podemos adelantar que materialmente hablando el alegar que está vigente el principio “delinquere non potest” porque no se encuentra que se imponga a la persona jurídica una pena al formularse como respuesta una “consecuencia accesoria”, constituye un argumento feble.

También se reconoce que una vez incorporada la persona jurídica al proceso, se requerirá a su órgano social que designe un apoderado judicial y estará vinculada luego a las mismas obligaciones y derechos que cualquier sujeto procesal. La persona jurídica tiene legitimidad pasiva a través del sujeto que sea su órgano natural de representación. Asimismo, la condición de parte procesal de la persona jurídica tiene que ver con la incorporación de las llamadas medidas preventivas contra las personas jurídicas, las que en realidad son las consecuencias accesorias del artículo 105 del Código Penal pero en vía procesal y con fines preventivos, ya que son medidas coercitivas reguladas en el artículo 313 del CPP 2004 (Reátegui, 2005, p.296)

Con esto tenemos que decae la objeción a la supuesta incapacidad de actuación de la persona jurídica, pues se reconoce que el apoderado judicial de la persona jurídica al tener la representación de la misma, se encuentra en condiciones de ejercer la totalidad y plenitud de los actos y derechos procesales que le corresponden a cualquier parte procesal. Especialmente, la actividad procesal de la persona jurídica puede conllevar a la imposición de medidas coercitivas, las mismas que están vinculadas a las ya mencionadas consecuencias accesorias, y cuya eventual

definitividad en una sentencia refleja que se trataría en realidad de auténticas medidas punitivas y no meras “consecuencias accesorias” como han sido rotuladas por el órgano legislador.

Asimismo, existe una situación problemática en el proceso donde interviene la persona jurídica como imputada: la dificultad de identificación de los sujetos que intervienen en el hecho típico, que en definitiva, son dificultades probatorias y no dogmáticas. Por ello, además de considerarla como “parte” –al igual como un imputado. En el proceso penal, se exige que se tenga los instrumentos probatorios adecuados –principio de libertad probatoria- para alcanzar la verdad histórica y aplicación de la ley sustantiva (Reátegui, 2005, p.296)

Uno de los principales efectos de la vigencia formal del “delinquere non potest” consiste en la tendencia a no considerar a la persona jurídica como responsable del delito, con lo cual la actividad probatoria relevante no origina corrientes jurisprudenciales que incorporen a la persona jurídica como responsable penalmente, situación que refleja la necesidad de establecer criterios de apreciación de la conducta que desenvuelve la persona jurídica tanto en su ámbito interno como en las relaciones que entabla en el ámbito externo. En la medida en que existen en el interior de la persona jurídica procedimientos y trámites específicos, con funcionarios y personal encargados de dicho cumplimiento y supervisión, por tanto, lo que se requiere es seleccionar un conjunto de elementos primordiales y necesarios en los actos en que participa o desarrolla la persona jurídica, los cuales al vincularse a una formalidad exigible por las autoridades, a nivel procesal se constituyen en pruebas idóneas que permiten:

a) Identificar si el acto de la persona jurídica se ha dado respetando tanto los procedimientos legalmente establecidos como el principio de legalidad.

b) Establecer si los funcionarios y/o empleados de la persona jurídica que han participado, han efectuado la labor que les correspondía y si dichos criterios de actuación han sido idóneos o no cumplen con las exigencias establecidas en la ley.

c) Determinar si en los actos materia del procesamiento, la persona jurídica empleó de modo previo y concomitante, un mecanismo y/o procedimiento de supervisión, el cual a su vez arroje como resultado la emisión de las correspondientes pruebas documentales o videográficas de la supervisión efectuada.

d) Identificar si mediante la actividad objeto de denuncia y proceso penal, habiendo recibido la persona jurídica un beneficio o incremento patrimonial, ha existido dentro de la estructura orgánica interna la respectiva instancia que haciendo uso del poder jerárquico y función estatutaria, haya oficiado a las autoridades fiscales y/o policiales a efectos de denunciar la probable comisión de un ilícito empleando a la persona jurídica como cubierta, o haciendo un uso ilegal de facultades y/o competencias administrativas delegadas por la empresa.

La doctrina también ha precisado que en relación a la pérdida de racionalidad del sistema penal -en tanto el contenido de las categorías fundamentales del Derecho Penal no queda igual cuando se quiere comprender penalmente a las agrupaciones delictuosas-, caben dos posibilidades, que pueden admitir soluciones paralelas: a) crear un Derecho Penal específico para las personas jurídicas, o b) reformular el arsenal dogmático de las categorías de la responsabilidad individual. Se reconoce que en cualquiera de las opciones no están en discusión si los instrumentos dogmáticos penales diseñados para sancionar a las personas naturales necesitan una reestructuración, que de hecho la necesitan, sino que la discusión estará básicamente centrada en si es que dicha reestructuración implicará una

renuncia a principios básicos y democráticos del Derecho Penal del Estado de derecho (Reátegui, 2005, p.297)

Frente a ello nosotros precisamente podemos precisar que el actual reconocimiento de la participación de la persona jurídica en el proceso penal peruano, con la correspondiente posibilidad de recibir la sanción –mediante la imposición de las llamadas “consecuencias accesorias”-, no ha significado ni la desaparición de los principios correspondientes al debido proceso (reconocidos en el artículo 139 de la Constitución Política), ni una afectación al Principio del Estado Social y Democrático entendido como formulación política. En el tiempo transcurrido no se ha identificado ninguna jurisprudencia ni fallo que niegue la participación de la persona jurídica en el proceso penal, a título de imputada, ni que descarte su participación mediante su respectivo representante.

Por consiguiente, podemos decir que en cierta medida nos encontramos frente a una situación re reconocimiento consumado de la responsabilidad penal de la persona jurídica, ya sea por el reconocimiento de su participación en el proceso penal, ya sea por el reconocimiento de la posibilidad de ser pasible de las llamadas “consecuencias accesorias”, las cuales por su gravedad, propiamente hablando, comportan más bien una respuesta punitiva de cruciales y radicales consecuencias para la existencia y actividad de la persona jurídica sobre la que recae dichas consecuencias.

También encontramos que Reátegui (2005) señala lo siguiente:

En todo caso, lo ideal sería crear un sistema de imputación penal de corte dogmático paralelo al sistema de imputación para las personas físicas. Es decir, parece que no resulta suficiente la creación solamente de un catálogo de penas teniendo como

destinatarios directamente a las personas jurídicas. Decir que para este “gran” imputado o “gran” condenado, el castigo debe satisfacer la necesidad de una penalidad mayor cuando menor se asienta la eficacia de la pena respecto a las personas físicas, es resolver parcialmente el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Eso sería una respuesta “político criminal eficaz” (como la propiciada por las corrientes positivista criminológicas de corte organicista, defensa de la ecología, desarrollo del Derecho económico, represión contra el crimen organizado: narcotráfico, lavado de dinero, mafia, corrupción pública, sin atender previamente a la herramienta que posibilita la aplicación de las leyes de manera certera y coherente: la dogmática jurídico-penal. (p. 298)

De lo que se trata entonces es de fundamentar dogmáticamente la dirección y alcances que deben adoptar los conceptos dogmáticos que fundamentan la responsabilidad penal, tanto como la capacidad de actuación, la imputabilidad, el injusto, etc. Sin embargo, nosotros asumimos que más que dicha labor de reconfigurar los alcances dogmáticos, se trata de asegurar la eficacia del combate a la criminalidad que se realiza mediante las personas jurídicas, con lo cual si bien es cierto no podemos contentarnos con sólo constatar la capacidad de procesamiento y sancionamiento de la persona jurídica –algo que ya ocurre en sede del derecho procesal penal peruano-, sino más bien se trata de configurar un instrumento normativo que permita la eficacia del combate a la criminalidad desarrollada mediante personas jurídica, y que en tal dirección, permita ofrecer una comprobación de si efectivamente la persona jurídica ha sido ajena o ha estado involucrada en la comisión del delito.

Por otro lado, existe una cuestión –no menor-, en relación a la necesidad de llevar adelante un proceso de adaptación de la dogmática penal a la nueva realidad de la delincuencia económica, una delincuencia cuyas particularidades la configuran como una grave y letal amenaza a la convivencia social y al orden democrático. Las implicaciones de dicho esfuerzo son señaladas por Reátegui (2005) de la siguiente manera:

La opción político-criminal -que no es del todo negativa- prevé que en la comisión de delitos económicos resulta más eficaz si la respuesta “punitiva” se dirige tanto a la persona física como a la persona jurídica, evitando el inconveniente de condicionar la imposición de la pena a la persona jurídica, a la previa averiguación y sanción de la persona física autora del delito, lo que en muchas ocasiones, por la complejidad de división de tareas, no se puede individualizar realmente, En otras palabras, de lo que se trata es de crear –ya no solo político-criminal sino dogmáticamente- que el comportamiento de los entes colectivos, con todas sus peculiaridades que presenta, sea subsumible directamente bajo las prescripciones de la Parte Especial de los códigos penales, sin intermediarios y sin que la necesidad de imputación individual constituya un estorbo. En suma, todo dependerá también del concepto de responsabilidad penal (y del sujeto) que se esté manejando para acceder a tal pretensión. (p. 299)

Nosotros estamos de acuerdo con un programa de este tipo, por lo cual consideramos que lo que se debe recopilar como elementos probatorios de la participación y/o responsabilidad de la persona jurídica en el delito, también debe servir al mismo tiempo para evaluar el rol que haya jugado la persona individual cobijada en la estructura de la persona jurídica.

También concordamos en que la ciencia penal debe ser capaz de dar cuenta de modo científico y razonable de los fundamentos bajo los cuales es posible la imposición de pena a la persona jurídica, de un modo autónomo e independiente en relación a la actuación penalmente relevante efectuada por la persona individual.

2.1.2.5. La delincuencia económica y las corporaciones

2.1.2.5.1. La empresa

La empresa constituye una forma contractual mediante la cual los participantes acuerdan un objetivo de índole lucrativa y cuyo éxito depende de un conjunto de factores relevantes tanto en relación a las características del mercado como a la aptitud de los empresarios para poder participar en el mercado ofreciendo un bien o servicio que satisface al consumidor. Asimismo, se reconoce que la organización interna de la empresa, en tanto cúmulo de aportaciones de todos sus miembros dirigidas por igual a la consecución del objeto social, tiene que garantizar su eficacia y competitividad, lo que genera que las diversas entidades colectivas se hayan organizado de modo altamente complejo (Meini, 1999).

En otras palabras, la empresa involucra: a) La labor coordinada entre los diversos componentes o áreas de la empresa, en la búsqueda de realización del objeto social; b) la organización y estructura de la empresa obedece a la necesidad de una actuación eficaz y que en el contexto general del mercado sea capaz de una actuación competitiva, esto es, en aptitud de responder a los requerimientos del mercado entendido como el escenario donde concurren ofertantes y demandantes y donde el precio es el resultado de la ley de la oferta y de la demanda; c) Por los requerimientos propios de un continuo y sostenido desarrollo tecnológico, las empresas

están obligadas a una continua y permanente especialización, a efectos de mantener la competitividad y no quedar fuera del mercado.

En lo relativo a lo que constituye la organización interna de la empresa, Meini (1999), precisa lo siguiente:

En consecuencia, la estructura empresarial importa, como pilar organizativo elemental, (i) desde un plano vertical, la división del trabajo, la especialidad y la complementariedad con arreglo a lo cual cada quien interviene en el proceso de producción asume una determinada competencia funcional y realiza una aportación que complementa, y se complementa a su vez, con las aportaciones de los sujetos restantes en el contexto de un plan común; y (ii) desde un plano horizontal, el respeto al principio de jerarquía, en cuya virtud las aportaciones de cada cual están sometidas a una común dirección, que puede aceptarlas, modificarlas o rechazarlas. Acorde con ello es lógico entender que en estas estructuras jerárquicas la información y decisión que ostentan los empresarios, no coincide en la misma persona que lleva a la práctica los actos de ejecución de la conducta penalmente relevante, es decir, en los subordinados. (p. 887)

Nosotros consideramos que en la medida en que es posible identificar los compartimientos y dependencias en la estructura interna en una empresa, así como identificar a los funcionarios y personal que laboran en ellas, con sus específicas labores y funciones, ello debe conducir al procesamiento por parte del Derecho de dicha información, lo cual creemos que debe darse del siguiente modo:

- En las labores cotidianas que desenvuelve cualquier sujeto económico (y la empresa sin duda alguna lo es), existen reglas consecuencia de un largo tiempo en el mercado, las cuales dan cuenta de ciertos procedimientos, productos, precios y plazos acostumbrados, puesto que la regularidad en el cumplimiento de los objetivos se traduce en el éxito empresarial en la realización del objeto social.

- Es así que si una empresa es capaz de llevar adelante un registro detallado de las existencias en almacén, de las materias primas adquiridas, del número del personal contratado, del total de los pagos que se deben efectuar al personal de planilla y a los proveedores; si la empresa contemporánea aparece como una entidad que hace un uso intensivo de las tecnologías en información y asimismo cuenta con el personal encargado de resolver cualquier contingencia o problema que se suscite en el mercado donde desarrolla sus labores, por tanto no es razonable aceptar que el conjunto de procedimientos y recursos que haya implementado una empresa para resolver ya sea cualquier incidente o problema interno como para aprovechar una coyuntura externa favorable a ella, no haya tenido la capacidad de detectar ni de reaccionar prontamente frente a una situación de violación de las leyes penales y de afectación a los bienes jurídicos tanto individuales como colectivos.

- En otras palabras, si la empresa es capaz de organizar adecuadamente sus diversos componentes con vistas a la realización de su objeto social, también se encuentra en el deber de diseñar en sus procedimientos los correspondientes protocolos que permitan detectar y reaccionar frente a una situación de vulneración del orden jurídico, puesto que una situación de infracción a las leyes siempre se puede traducir en un daño ya sea a la propia empresa, como a sus trabajadores o a los consumidores o a los clientes o entidades frente a los cuales tiene deberes de conducta y de

una actuación con lealtad y probidad, y sin causar daños mas allá de lo considerado contingente o azaroso.

-Al mismo tiempo, si en el ordenamiento procesal penal peruano es reconocida la capacidad de la persona jurídica para participar en el proceso y para recibir sanciones, es primordial que se genere una norma que facilite la labor del Ministerio Público, del Poder Judicial y de las propias empresas, en el ámbito procesal.

-Dicha norma debe consistir en un instrumento que facilite de un lado la investigación a ser realizada por las autoridades, como la identificación de las oficinas y/o funcionarios cuya labor los pone en contacto con la práctica o actividad que es objeto de indagación por las autoridades.

-De modo independiente a la cuestión del debate sobre la imputabilidad correspondiente a la persona natural y la correspondiente a la persona jurídica, de lo que se trata esencialmente es de determinar si los funcionarios ubicados en la estructura organizacional de la empresa y que han actuado en su nombre, lo han hecho en un contexto de control y supervisión por parte de las instancias pertinentes dentro de la empresa.

-La ventaja de una disposición así, consistiría en que se abreviaría en gran manera el debate en sede procesal respecto a la cuestión de una posible negligencia o culpa y sobre la presencia o ausencia del dolo en los funcionarios o personal. En el contexto de un proceso penal a la persona jurídica, es irrelevante entrar en detalles sobre los aspectos subjetivos de la actuación del personal de la empresa, puesto que lo que interesa es determinar si la actuación que motiva el proceso, fue fruto de un conjunto de mecanismos de consultas y procedimientos cotidianos como parte de la

política general de la empresa, o si obedeció a una concertación limitada a un reducido grupo, y si sobre ello existían o no los correspondientes mecanismos de supervisión y control.

-Podemos adelantar que si esencialmente una empresa constituye una organización con sus correspondientes estructuras, y plana jerárquica y burocrática, entonces en el ámbito del proceso penal corresponde al órgano judicial comprobar si dicha organización se limitó únicamente a establecer todo lo necesario para alcanzar el objeto social, pero al mismo tiempo no hizo nada para prevenir ni reaccionar frente a una actuación que vulneraba el ordenamiento jurídico, o el patrimonio o bienes jurídicos de la propia empresa o de sus clientes, sean particulares o entidades públicas o privadas.

2.1.2.5.2. La Globalización financiera y armonización regulatoria y supervisión internacional

Se reconoce actualmente que la integración de las economías y la globalización de los mercados financieros son los dos fenómenos económicos más importantes de la economía mundial contemporánea, caracterizada por la internacionalización de las relaciones comerciales y por la desregulación de los mercados. Así, tenemos que los mercados financieros son globales al funcionar con instrumentos y operaciones que comprometen a nacionales, autoridades e instituciones financieras de distintos estados, interactuando centros financieros, bancos, bolsas, empresas y organismos de supervisión, a partir de contratos internacionales, sistemas de pagos homogéneos y redes de información internacionales. Y es en dicho contexto que la integración de los mercados financieros se ha afianzado por la liberalización de los mercados cambiarios, la apertura a la inversión

privada extranjera, los desarrollos tecnológicos más recientes y por acuerdos bilaterales o multilaterales de libre comercio (Miranda, 2001)

De acuerdo con esto tenemos lo siguiente:

- El contexto mundial está signado por la integración económica y la relativa facilidad para la actuación de las entidades comerciales (empresas) en prácticamente la totalidad del globo, y mediante el traslado de los recursos e inversiones de un lugar a otro.
- Por consiguiente, existe un contexto favorable para las relaciones comerciales y para la integración económico-financiera aparejada a ello, de tal modo que se comprueba una influencia e interacción recíproca entre las empresas, centros financieros, y entidades de supervisión, y cuyo punto de partida es el empleo de los contratos internacionales.
- Dicho proceso se ha visto favorecido por los procesos de integración económica basados en el principio del libre mercado, la apertura de mercados y desarrollo tecnológico, los cuales han potenciado como nunca antes las relaciones de intercambio comercial entre las naciones.

2.1.2.5.3. La criminalidad empresarial

Los alcances contemporáneos de lo que constituye la criminalidad organizada y la figura de la empresa, son destacados por Núñez (2003):

Cabe dejar en claro que la criminalidad organizada no sólo actúa en la economía sumergida, sino también en la economía legal y sólidamente implantada, aprovechando cualquier resquicio del aparato jurídico para el actuar. En los últimos tiempos es cada

vez más evidente que la criminalidad organizada necesita de empresas para los diferentes ciclos del delito: comisión de delitos, encubrimiento de delitos y financiación de la comisión del delito. (p. 83)

De acuerdo con ello tenemos que:

- La criminalidad organizada se mueve tanto en el ámbito de la economía subterránea, como de la economía formal, esto es, desarrolla sus actividades transitando entre el mundo de la ilegalidad y el ámbito legal-formal, con relativa facilidad

- Ello es posible por la capacidad de mimetización que ofrece el sistema legal, donde las formas jurídicas pueden acoger estructuras que aparentemente buscan alcanzar objetivos lícitos, pero que en realidad se encuentran subordinados a una voluntad criminal.

- El circuito de la actividad de las organizaciones criminales, encuentra como una fase necesaria una labor de empleo de las formas empresariales para generar una apariencia de actividades lícitas y poder así invertir las utilidades que tienen un origen ilícito, o bien puede ocurrir que una empresa es creada con el cumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos, pero sin embargo, en la actuación cotidiana desarrolla unas actividades paralelas al margen de la legalidad, de tal modo que la parte legal de la empresa continúa desarrollando sus actividades, y al mismo tiempo la parte o sector de ilegalidad cobijado en el interior de la empresa, es quien mueve los hilos y maniobra perpetrando ilícitos y asegurando la impunidad de los mismos.

Al mismo tiempo, en la perspectiva señalada, encontramos que la actividad criminal se ha organizado alrededor de la figura de la empresa, situación que es retratada por Núñez (2003) del siguiente modo:

No en vano las organizaciones criminales parecen adoptar como punto de referencia los modelos y estructuras del mundo de la industria y los negocios: la racionalización de los medios personales y materiales, la vocación de permanencia para la obtención de un fin de naturaleza predominantemente económica, la expansión de la actividad en otras áreas geográficas, la interrelación con otras organizaciones, la tendencia a reinvertir una parte de los beneficios, etc. Todo ello ha llevado a hablar desde el plano criminológico de la existencia de una verdadera “industria del crimen”. Digamos que las organizaciones criminales cumplen las mismas funciones que las sociedades comerciales, sólo que en el mundo ilícito. (p. 83)

En otras palabras: la racionalidad existente en las empresas es exactamente la misma que anida en las organizaciones criminales, con la diferencia en los medios empleados para alcanzar los objetivos.

Ahora bien, en relación a los efectos perniciosos que conlleva la delincuencia económica en su condición de perturbación del orden socioeconómico, según García (2009), tales son los siguientes:

- 1.- Se genera el denominado efecto “resaca” o “espiral” consistente en la situación en la que el primero en delinquir ejerce una fortísima presión respecto a los demás contrincantes, quienes en aras de esa visión de “competitividad” se ven impelidos a incurrir en nuevos hechos delictivos generándose así el efecto “resaca”, de modo tal que cada participante se convierte en irradiador de una nueva resaca, produciéndose así el efecto “espiral”

2.- Se genera una reacción en cadena de graves daños materiales que causan perjuicio a un número indeterminado de víctimas, las que se constituyen en el primer eslabón de la cadena y, entre ellas, se van transmitiendo sucesivamente dificultades de pago, incumplimiento y otros.

3.- El tercer efecto es la corrupción, pues los hechos delictuosos de esta naturaleza generan un poder corrupto que ataca directamente a los funcionarios públicos vulnerando, en tal orden, el bien jurídico protegido, en los delitos contra la administración pública; la transparencia y honestidad en la gestión pública. (p. 70)

Es por ello que no hay duda que en el Siglo XXI en que nos encontramos la criminalidad de empresa ha experimentado un ostensible y evidente crecimiento. Las empresas merced al poder económico que han alcanzado y a su dominio de fuentes de energía y propiedad de fuentes de energía y de medios de transporte, se han convertido en sujetos imprescindibles en la economía de un país, pero al mismo tiempo han exhibido una alta capacidad de lesividad y de incursión en prácticas criminales, tal como lo refiere Reátegui (2005) del siguiente modo:

Por eso, siguiendo a Silvina Bacigalupo podemos decir que la criminalidad de o desde la empresa en la práctica se encuentra relacionada fundamentalmente, con cuatro grupos principales de casos, en los cuales puede ser relevante la sanción de la responsabilidad de la empresa: a) peligros contra el medio ambiente; b) peligros dentro de la empresa; c) peligros del producto y d) peligros en el ámbito del transporte. Por otra parte, la sociología nos enseña que la agrupación crea un ambiente, un clima que facilita e incita a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos en beneficio de la agrupación. De

ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales (que pueden cambiar y ser reemplazados), sino también, y sobre todo, a la agrupación misma. (p. 284)

Se configura así una división funcional de la actividad criminal, de modo tal que en la cúspide de la estructura los cabecillas o líderes de la organización adoptan los planes de vulneración de los bienes jurídicos o del orden público, mientras que los cuadros operativos – ubicados en los niveles inferiores de la organización-, son los encargados de ejecutar dichas decisiones, tal como refiere Reátegui (2005) en los siguientes términos:

Asimismo, en otro tipo de agrupaciones sociales como partidos políticos, sindicatos, asociaciones civiles, etc., que si bien no se han constituido con un fin de lucro, no significa que no participen en el mercado, y por ende estén regidas bajo las reglas de la distribución enmarcado dentro de una descentralización vertical de competencias, y consecuentemente de responsabilidades, que desde el punto de vista jurídico tiene el efecto de que las conductas activas adecuadas a los tipos penales, son realizadas frecuentemente por los niveles más bajos de la organización que se dan dentro de cada organización, mientras que los dirigentes responsables observan inactivos cómo se produce el delito. (p. 284)

Por consiguiente, el Derecho penal debe efectuar un proceso de reforma que dé cuenta del cambio operado en la sociedad, donde las personas jurídicas, y en especial las empresas, se han convertido en los sujetos con una capacidad lesiva que supera con creces a las posibilidades de actuación del tradicional protagonista del Derecho Penal: la persona individual. Ello requiere un proceso de adaptación mediante la reconfiguración o mejor dicho, la redefinición de los conceptos

que fundamentan la responsabilidad penal, sobre bases realistas y certezas que permitan procesar a las personas jurídicas, tal como lo señala Reátegui (2005) de la siguiente manera:

La persona jurídica tiene un efecto corporativo opuesto a las actividades particulares. Se trata de una composición, con pluralidades de personas, con un determinado fin común,. En otras palabras, esos grupos de individuos unidos por un vínculo contractual asociativo que regula sus relaciones, a quienes se reconoce como sujetos de relaciones jurídicas, se denominan personas jurídicas. Negarse a esa realidad es negarse en cierto modo, a un modelo que responda al desarrollo, aunque también debe tenerse en claro que por el hecho de ser una herramienta indispensable no puede dejar de tener límites precisos. Entonces, el Derecho Penal no puede permanecer indiferente porque esa misma persona, ahora “colectiva”, puede ser catalogada como sujeto activo de un evento delictivo, o mejor dicho, si puede ser sujeto de imputación. La persona jurídica lleva ese nombre tan solo porque el ordenamiento reconoce la personalidad jurídica a ciertas organizaciones estructuradas, para el cumplimiento de los fines que requieren una capacidad jurídica determinada. La expresión “persona jurídica” es usada por los juristas con el fin de aludir a una construcción o elaboración conceptual y así entender la conducta de los hombres desde la perspectiva de ciertas normas. (p. 284)

2.1.2.5.3.1. La organización de la empresa

Silva Sánchez citado por Cesano (2010), señala que:

(...) nos hallamos ante una estructura organizada, lo que incide de modo determinante en el planteamiento y la resolución del problema de la autoría criminal. Se trata, en efecto, de una organización formal basada, en el plano horizontal, en el principio de división del

trabajo y, en el plano vertical, en el principio de jerarquía. Resultado de todo ello es la conformación de ámbitos de competencia diferenciada, que abarca, a su vez, la actuación de diversos sujetos en la escala inmediatamente inferior. Dada una estructura así, se comprende que la conducta puramente ejecutiva -la del empleado de la empresa de quien surge el último acto que, por sí solo o en conjunción con otros, produce el hecho delictivo- no es siempre la más relevante, lo que supone un importante cambio de perspectiva respecto al Derecho Penal clásico. (p. 181)

Lo importante de la precisión señalada es el reconocimiento del vínculo funcional-organizacional, el cual rebasa a la existencia de una relación fáctico-causal entre el empleado u operador ubicado en la escala inferior en la estructura de la empresa, y el hecho delictuoso.

Por su propia naturaleza la totalidad de los integrantes de la persona jurídica son intercambiables, puesto que una vez adoptada la decisión criminal, su cumplimiento corresponde a quien esté encargado de la respectiva etapa o ámbito específico, y que en virtud de la relación contractual o bien debe seguir las instrucciones de las cuales cree que su superior está legitimado a impartirle, o quedar sujeto a despido.

Es por ello que precisamente por el carácter fungible de quienes aparecen como los ejecutores del designio criminal, lo determinante no puede ser el enfocarse en dichos sujetos ubicados en la escala inferior, sino en quienes en virtud del rol de control y supervisión, estaban ubicados en el escalón superior y que por tanto, tienen reconocido el poder y autoridad para poder revertir los efectos de una orden o situación con visos de ilegalidad. Objetivamente hablando, quienes tienen el poder de control y supervisión por tanto están en una situación de poder acceder y controlar la información relevante respecto al hecho delictivo, razón por la cual son ellos los que

deben aparecer como sujetos responsables, y debe formularse el instrumento jurídico que permita en relación a los eventos materia de investigación, determinar si: a) cumplió adecuadamente con su deber de información sobre los bienes y/o procedimientos a su cargo; b) cumplió con su deber de verificación de los bienes, montos y calidades a su cargo; c) cumplió con su deber de supervisión del avance del transporte y/o entrega de los bienes o etapas a cargo de la empresa en la que labora; d) cumplió con su deber de verificar que la actuación de todos los intervinientes ha estado dentro de los parámetros acostumbrados de actuación y donde se han consignado adecuada y detalladamente las identificaciones de todos los participantes en el acto que está bajo su área de supervisión.

2.1.2.5.3.2. El ejercicio de los deberes en la actividad empresarial a través de la división de trabajo y delegación de funciones

Una de las principales características de las relaciones económicas y de la actividad empresarial es su alto grado de especialización y organización, en un verdadero sistema estructurado para alcanzar la mayor eficiencia en la producción, distribución y comercialización de los bienes y servicios. Asimismo, la distribución del trabajo de acuerdo al principio de división del trabajo, el cual según Reátegui (2005) se presenta del siguiente modo:

El principio de división de trabajo se muestra en la actualidad como una necesidad impostergable en el ejercicio de cualquier actividad de la vida en relación, de tal modo que cada miembro, de acuerdo a su competencia, colabora en la obtención de los fines comunes, En la actividad empresarial como todo proceso productivo, dicha división puede ser vertical u horizontal. La primera supone una relación de especialidad y de complementariedad, en la que cada sujeto realiza una aportación necesaria en el

contexto del plan común de la institución. La segunda implica la existencia de sujetos regidos bajo el principio de jerarquización dentro de sus respectivas actividades, las aportaciones están sometidas a una común dirección, que pueden ser aceptadas o rechazadas. (p. 293)

Lo importante de lo referido en las líneas anteriores consiste en lo siguiente:

-Se confirma que las organizaciones económicas que asumen como objetivo legítimo y constitucionalmente amparable la creación de riqueza, se constituyen como estructuras conformadas por personas naturales y donde cada una de ellas tiene un rol específico que cumplir, y donde el proceso productivo es altamente técnico.

-Se confirma que en el interior de toda persona jurídica existe una estructura vertical y horizontal sobre la cual descansa la implementación y realización de los planes de crecimiento económico y de realización de las metas de productividad de la empresa. Esto es, el crecimiento económico no es consecuencia de un evento azaroso o dependiente exclusivamente de un solo sujeto u oficina, sino que en un cierto nivel se estudian y analizan los planes, y en los demás niveles se encargan de implementarlo y ejecutarlo, lo cual *per se*, requiere de un constante proceso de supervisión y/o evaluación a efectos de garantizar el éxito del programa de crecimiento económico. Así, el éxito y la productividad de una empresa no son consecuencia de un evento circunstancial, ni tampoco es fruto de una súbita decisión individual, sino que por el contrario, se comprueba el tránsito desde los niveles más altos de la dirección, pasando por los niveles intermedios, hasta llegar a las instancias ejecutoras, transcurriendo por todo el engranaje económico-administrativo de la empresa. En suma, se trata de un íter altamente objetivo, especializado y donde no caben

alegaciones respecto al estado de ánimo o situación subjetiva de los órganos encargados de dirigir, supervisar y ejecutar los planes de crecimiento. Si ello es así en relación a unos planes de crecimiento de la producción y comercialización, no se ve porqué tendría que ser diferente la racionalidad, supervisión y control tratándose de prevenir y reaccionar frente a la posibilidad de un evento delictivo durante el proceso económico realizado por la empresa.

Pero, a pesar de lo referido, la propia dinámica global de fusiones empresariales, alianzas y divisiones entre la empresa matriz y sus sucursales, genera un impacto en las posibilidades de procesamiento por la instancia penal, situación que es descrita por Reátegui (2005) en los términos siguientes:

Empero, esta situación es fuente de problemas, en orden a establecer la competencia y responsabilidad de cada uno de sus componentes del ente colectivo, [...] Cada sujeto realiza una parte descrita del tipo penal correspondiente, de tal manera que la consumación del ilícito penal aparece como el resultado de la suma de una pluralidad de acciones u omisiones que efectúan individualmente diversos miembros que laboran en dicha empresa y que cumplen distintos roles, como consecuencia del principio de división de trabajo. Esta complejidad en la moderna empresa en una sociedad signada por el mercado globalizado, trae como consecuencia, que actualmente la división de trabajo no sea ya desde una perspectiva vertical y horizontal como tradicionalmente lo ha sido, sino que ahora se organiza en redes multidireccionales, las mayoría de las veces vinculadas a una gran empresa, donde las estructuras son altamente descentralizadas y muy flexibles de acuerdo con la flexibilidad de los mercados. (p. 293)

El contexto referido finalmente se traduce en una situación de separación o aislamiento entre las actividades de la empresa y las desarrolladas por sus individuales operadores, de tal modo que la responsabilidad penal de un integrante de la empresa no conlleva a que necesariamente se compruebe la responsabilidad penal de la persona jurídica, que es alentada por las concepciones penales que ponen el acento en la responsabilidad individual, lo cual conlleva finalmente a una situación de impunidad, tal como lo describe Reátegui (2005):

Esta forma de organización conduce sencillamente, en un contexto de imputación (penal) individual, a una “organizada irresponsabilidad” es decir, cuando resulta imposible probar la responsabilidad de alguna persona. La disociación entre las personas que actúan y el sujeto de imputación que caracteriza a la persona jurídica se resuelve en el Derecho Privado con la teoría de la representación, según la cual las actuaciones que realiza su representante vinculan a la persona jurídica como sujeto de responsabilidad. En cambio, en el ámbito del Derecho Penal, por imposición del principio de responsabilidad personal, de imputación subjetiva (a título de dolo y culpa), el representante responderá si él personalmente realiza el delito con conciencia y voluntad o con negligencia punible. Esta característica de escisión entre acción y responsabilidad en la empresa moderna provoca en muchas ocasiones que el órgano que actúe y realiza un hecho relevante penalmente no sea, sin embargo, responsable. En consecuencia, en el seno de la organización puede conducir hacia una irresponsabilidad individual de carácter estructural, donde se agrega los terribles procedimientos de encubrimiento, la inducción al error y genera así las famosas lagunas de competencia que reinan al interior de toda empresa. (p. 293)

2.1.3. El “Societas delinquere non potest”

2.1.3.1. Las personas jurídicas en el moderno derecho penal

En sede doctrina se reconoce que el tema de debate no es la criminalidad de los desposeídos, sino la criminalidad de los poderosos y de las empresas (*crimes of the powerful corporated and business crime*). La preocupación científica por esta nueva criminalidad en su versión criminológica empieza el 27 de diciembre de 1939 con la alocución que Ed. H. Sutherland presentó ante la Sociedad Americana de Sociología, y que luego publicaría bajo el nombre de “delincuencia de cuello blanco” (White-Collar-Criminality). Sutherland advirtió entonces que la delincuencia de cuello blanco, cuyo factor fundamental se situaba en el ámbito económico, no se produce entre desheredados, pobres, personas en condiciones psicopáticas o inadaptados sociales, sino que proviene de personas respetables y de elevado status social, en el marco de su profesión. También señaló que dicha delincuencia se incubaba en el marco de una empresa, que es un engranaje presidido por la división de trabajo y el reparto de competencias funcionales, y donde el producto final es el resultado de actuaciones complementarias de distintos sujetos. De acuerdo con dicho diagnóstico es que Sutherland señalaba que en el ámbito de la criminalidad organizada los esfuerzos debían dirigirse de modo más amplio a lo que suele hacerse en la actualidad, y también desde el punto de vista teórico debía incluirse en ella tanto la criminalidad empresarial como los sistemas de corrupción (Reátegui, 2005).

Es así que desde entonces se puede señalar que lo que conocemos como persona jurídica adquirió relevancia para la disciplina jurídico-penal, en base a las siguientes consideraciones:

-Se identificó un ámbito de actuación hasta entonces inmune al interés doctrinario penal, donde de modo conjunto y especializado, mediante el ejercicio de la actividad empresarial se cometían ilegalidades y lesiones a intereses tanto individuales como colectivos e institucionales.

-Se reconoció que el fenómeno de la delincuencia no solamente podía manifestarse en sujetos con características de marginalidad y precariedad, sino también abarcaba a sujetos en los que la percepción social identificaba rasgos tales como el prestigio social, alto nivel educativo y que gozaban además de status social privilegiado y prestigio y que por tanto, en principio no eran percibidos como sujetos peligrosos.

-Se identificó el fenómeno de una delincuencia institucionalizada, la que actuaba y se propagaba haciendo uso de las reglas jurídicas y económicas, de modo tal que su combate planteaba especiales dificultades, empezando por la revisión de los conceptos y categorías del Derecho penal, los que en sus inicios se habían formulado para procesar a la persona física y no a un ente colectivo u organización de sujetos.

-Se evidenció que los Estados debían llevar adelante un programa de reorganización del arsenal normativo e institucional para hacer frente a un nuevo tipo de delincuencia, la cual merced a la facilidad de aprovechamiento de las reglas de la economía de mercado, estaba en condiciones de evadir el control de las autoridades y por consiguiente, podía realizar actividades criminales con relativa impunidad.

-Se puso de manifiesto que la llamada delincuencia empresarial podía adaptarse y hacer uso del contexto económico, actuando como una verdadera empresa legal, pero al mismo

tiempo cobijando en su interior a un grupo de sujetos animados por objetivos o fines ilegales, de modo tal que una forma de organización legalmente reconocida es empleada como cubierta o tapadera para perpetrar ilícitos.-

-La lucha contra la delincuencia económica propagada y encubierta bajo la cubierta de las actividades empresariales conlleva la exigencia de una necesaria adaptación y/o reformulación de las categorías dogmáticas del Derecho penal, de modo tal que el análisis jurídico-penal pueda fundamentar la demostración del íter criminal en el seno de la persona jurídica empresarial. Asimismo, se hace necesario el procesamiento penal de las organizaciones empresariales, a efectos de poder asignar las consecuencias penales por su responsabilidad y en imponer las correspondientes sanciones a las personas físicas que, formando parte de ella, hayan dirigido y/o participado en las actividades criminales.

-Se demostró la necesidad de establecer una respuesta estatal frente a prácticas que se propagan en el ejercicio de la libertad de empresa y cuya letalidad social –por emplear algún término-, es mayor en relación a otro tipo de delincuencia, en la medida en que se trata de prácticas en las que el impacto del daño no es percibido como tal por el conjunto de los consumidores y donde los delincuentes gozan del poder económico suficiente para legitimar su accionar y para desviar la atención de las autoridades encargadas de combatir el delito, además de encontrarse en una posición desde la cual pueden influir en el proceso legislativo que es la instancia crucial en el combate de dicho tipo de delincuencia..

2.1.3.2. La Responsabilidad administrativa y penal de las personas jurídicas

Como es de conocimiento por la doctrina en general, la teoría del delito se ha edificado sobre la teoría de la responsabilidad individual y tradicionalmente se ha defendido el postulado “*societas delinquere non potest*”, y cuya consecuencia ha sido el no poder responsabilizar directamente a la empresa como agente activo del delito. Asimismo, se reconoce que ello hizo necesario establecer una serie de fórmulas y equivalencias, tales como el “actuar en nombre de otro”, a través del que se determinará quien es el sujeto responsable, en tanto y en cuanto sea el garante del bien jurídico tutelado, el mismo que puede ser el gerente, administrador, representante, los socios, quienes acordaron cometer el delito.

Dicha solución constituye una opción que están utilizando los estados para no reconocer que evidentemente las personas jurídicas están cobrando mayor relevancia y que están cometiendo acciones delictivas a gran escala. Pero, al asumir dicha estrategia de implementar la fórmula del “actuar en nombre de una persona jurídica” y al establecer una serie de “consecuencias accesorias”, se puede señalar que las mismas son, en esencia, auténticas penas (Beraún, 2003, p.11).

Por consiguiente, la regla del “actuar en nombre del otro” constituye una salida que en su sola presencia refleja una estrategia, consistente en lo siguiente:

- 1.- La represión del individuo que actuando en nombre de la persona jurídica, incursiona o participa en la lesión de bienes jurídicos, con lo cual ha se reconoce a nivel fenomenológico la participación de la persona jurídica en prácticas delictivas.
- 2.- La represión de la persona jurídica, mediante la implementación de medidas administrativas que inciden sobre su capacidad de actuación, situación evidente toda vez

que las medidas administrativas formuladas contra la persona jurídica (cierre, suspensión y disolución), no pueden ser impuestas contra las personas físicas.

Asimismo, está claro que la represión de los sujetos que actúan en nombre de la persona jurídica debe serlo mediante el reconocimiento de su ubicación dentro de la estructura de la persona jurídica, esto es, debe atenderse a sus circunstancias personales: los roles y funciones que desempeñan en la empresa, por lo cual el reproche jurídico-penal debe vincularse a las funciones que ostentan. Por ello se requiere identificar el rol de garante que desempeñan o asumen los diversos sujetos que participan de las actividades de la persona jurídica (accionistas, miembros del directorio, gerentes, representantes, etc.).

La implementación de las consecuencias accesorias como respuesta jurídico-penal demuestra mejor que nada el reconocimiento de que la actividad de la persona jurídica puede cobijar o realizar actividades delictivas, es decir, por lo menos constituye una medida que niega el postulado “*deliquere non potest*”, en tanto éste destaca que la persona jurídica es incapaz de asumir la responsabilidad penal y que por tanto, en aplicación estricta de dicha supuesta irresponsabilidad, no debería recibir medida administrativa alguna.

Así, dicha implementación de las consecuencias accesorias, conjuntamente con la aplicación de la regla “actuar en nombre de otro”, constituyen un intento de adaptación de un orden legal que encuentra en ellos un medio de superar la valla representada por el principio “*delinquere non potest*”, de modo tal que la responsabilidad administrativa se manifiesta mediante la imposición de las consecuencias accesorias, y la responsabilidad penal se dirige contra los integrantes de la persona jurídica que han vulnerado el deber de garante-

Pero al mismo tiempo, a nuestro entender existe un defecto insalvable en la referida concepción: si de un lado se reconoce la imposibilidad de reconocer responsabilidad penal en la persona jurídica, la que es reservada para las personas naturales que ostenten un nivel de garante por la posición o rol que ocupan en el seno de la persona jurídica, ello no es óbice para reconocer que precisamente quienes son garantes, lo son porque forman parte de la persona jurídica. Pero, si desde una perspectiva netamente jurídica tanto una persona jurídica como una persona natural tienen reconocidas la capacidad jurídica de poder suscribir contratos y ejercer actividad económica, entonces queda en claro que el reconocimiento de un deber de garante podría justificarse en relación a la preservación de los derechos e intereses de quien no puede por sí mismo hacerlos valer (como sucede en el caso del curador o tutor), o para la protección de prestaciones no ejecutadas por el sujeto obligado (como ocurre en el caso de incumplimiento de una prestación), ello no ocurre en el caso de la persona jurídica, puesto que los deberes que debe cumplir la persona jurídica, son del todo inexcusables. Si una persona jurídica no cumple con pagar los tributos o la reparación civil, la responsabilidad será única y exclusivamente de ella y no podrá ser eximida del cumplimiento alegando una eventual omisión o desidia del órgano o funcionario encargado del pago.

2.1.3.3. El Principio “Societas delinquere non potest”

2.1.3.3.1. La Tesis negativa de la responsabilidad de la persona jurídica

La tesis que niega la responsabilidad de la persona jurídica, lo hace porque ha asumido como punto de partida la concepción antropocéntrica del Derecho Penal, según la cual el Derecho Penal se hizo para el hombre, como sujeto pensante dotado de racionalidad y capaz de autodeterminarse libremente. De acuerdo con dicha perspectiva es que se cuestiona la

responsabilidad penal de las personas jurídicas en base a las siguientes razones: Las agrupaciones son sujetos artificiales (teoría de la ficción de Savigny); obran por intermedio de sus órganos y responden por sus actos; la persona moral no puede comportarse culpablemente, pues no posee capacidad psíquica que permitan imputarle un hecho punible; las personas colectivas carecen de capacidad procesal, y la sanción impuesta a las personas jurídicas no resulta adecuado para combatir la criminalidad de la empresa (Ulloa, 2006).

Como puede advertirse, aunque históricamente la configuración y evolución del Derecho Penal ha estado fuertemente signada por la figura de la persona individual, en tanto es en relación a la misma que se efectúa el análisis fenomenológico causal, el aspecto volitivo-subjetivo, la capacidad de conciencia y la libertad de actuación; ello fue consecuencia natural de la configuración social y de las características del fenómeno de la delincuencia, donde los principales protagonistas eran los individuos como entidades físicas dotadas de conciencia y libertad. Ello explica la razonabilidad de la indagación sobre el aspecto psicológico del actuar delictivo, de modo tal que un sujeto en condiciones de pleno conocimiento de sus actos y de las consecuencias del mismo, aparece entonces como culpable de una conducta lesiva del bien jurídico.

Posteriormente, como consecuencia de la evolución histórica y de los procesos que conocemos como la revolución industrial -y en los días actuales el proceso de globalización-, tenemos que las relaciones de producción, de comercio y de inversión se realizan a través de los conglomerados empresariales, entidades colectivas o asociativas integradas con la finalidad explícita de generar utilidades. En la medida en que el Derecho al reconocer la existencia de tales entidades colectivas al mismo tiempo las delimita mediante el establecimiento de lo que debe contener su estatuto, y mediante el establecimiento de los requisitos específicos en relación a cada

modalidad organizativa particular, ello determina hacia el futuro una capacidad de actuación, que claramente puede orientarse ya sea hacia un ejercicio correcto y respetuoso de las leyes, o hacia la ilegalidad.

Al mismo tiempo, es necesario efectuar necesarias aclaraciones en relación a los postulados de la tesis negativa:

-La persona jurídica no posee la capacidad psíquica que permita imputar un hecho punible.

Si se reconoce que la relación entre la capacidad psicológica y la imputación es la de un requisito-consecuencia, no hay duda alguna que sólo un sujeto conocedor de las consecuencias de sus actos se encuentra en condiciones de ser imputado de un delito y por consiguiente, puede ser declarado culpable por la lesión de un bien jurídico. El análisis del ámbito psicológico de la persona permite determinar el conocimiento del sujeto activo de los alcances de su actuación.

Pero, el que no sea posible identificar un ámbito psicológico interno en la persona jurídica no significa que la misma no pueda ser imputada de un delito, puesto que sí es posible reconocer en el interior de cada persona jurídica un conjunto de procedimientos mediante los cuales se vincula con el mundo externo, analiza las alternativas y determina los cursos de actuación necesarios para alcanzar sus fines institucionales. Es por ello que es posible identificar en la persona jurídica un lapso temporal previo a la comisión del delito donde la actuación lesiva del bien jurídico ha sido objeto de una evaluación o análisis por parte de los funcionarios que conforman los órganos internos de la persona jurídica. Y es así que se puede afirmar sin duda alguna que en el fenómeno de la criminalidad de la persona jurídica, por regla general aquellos órganos que son los encargados de configurar, orientar, decidir y ejecutar las decisiones de la

persona jurídica en sus relaciones con los proveedores, autoridades administrativas, entidades públicas o privadas, etc., son también quienes en algún momento analizaron y decidieron una actuación en contra de los bienes jurídicos, y el hecho de que ello haya ocurrido en ejercicio del cargo o función de la persona jurídica y que dicha conducta haya reportado un beneficio para la persona jurídica es lo que permite afirmar que la persona jurídica como tal asumió una conducta con pleno conocimiento de su ilicitud y de las consecuencias de la misma. Por consiguiente sí es posible imputar un hecho punible a la persona sin que sea necesario recurrir a un análisis psicológico, sino a un análisis de las decisiones asumidas por los órganos y funcionarios en el interior de la persona jurídica y en ejercicio de sus facultades.

-La incapacidad procesal de las personas jurídicas.

A la luz de las actuales circunstancias este postulado es insostenible. Como se podrá ver en las líneas posteriores de la presente investigación, la persona jurídica tiene plenamente reconocida la capacidad procesal, y hace uso de la misma en los diversos procesos, ya sea como parte demandada o en ejercicio del derecho de acción.

-La sanción no es adecuada para combatir la criminalidad de empresa.

En tanto se comprueba que el principal incentivo que tiene la persona jurídica para incursionar en el delito es la acumulación de ganancias, y que en orden a dicha finalidad es que decide en sus instancias internas diversos cursos de acción con vistas a lesionar bienes jurídicos, por consiguiente es razonable y legítimo determinar un conjunto de respuestas punitivas las cuales se orienten específicamente a detener las actividades de la persona jurídica, ya sea temporalmente o de modo definitivo. Si precisamente la persona jurídica tiene su acta de nacimiento en el acto de

inscripción en el registro correspondiente, lo razonable es que la sanción penal pueda abarcar un conjunto de medidas entre las que se encuentra la disolución de la persona jurídica, posibilidad que por lo demás, actualmente está prevista en el ámbito del Derecho Administrativo. Por tanto, sí existen sanciones para combatir la criminalidad de la persona jurídica, y las mismas son adecuadas en relación a la peculiar naturaleza y configuración de estas entidades.

2.1.3.3.2. Incapacidad de acción de la persona jurídica

En general, aquel sector doctrinal que parte de una noción ontológica de la acción, sea en su versión causal o final, entiende que sólo la persona física posee la necesaria capacidad de realización. Así, desde una perspectiva científico.-naturalista se define a la acción (causal) como todo comportamiento humano dependiente de la voluntad y que conlleva la modificación del mundo exterior. Asimismo, desde otra perspectiva, ahora fenomenológica, se trata de demostrar que la especificidad de la acción no radica en la causalidad, sino en la finalidad de la misma. Esto es, en la capacidad humana de dirigir (conducir) intencionalmente sus actos a una meta previamente elegida. Así pues, el contenido psicológico o intencional atribuido a la acción determina, en ambos casos, que sólo pueda ser ejercida por personas físicas (Serrano-Piedecabras, 1997).

Por su parte, otro sector doctrinal sostiene que si la acción es concebida como ejercicio de actividad finalista y la omisión como no realización de una acción finalista, entonces es evidente que la persona jurídica carece de capacidad de acción en el sentido del Derecho Penal, ya que la voluntad de la acción no se puede imputar a las personas jurídicas sino exclusivamente a la persona natural. Por otro lado, si las personas jurídicas no son capaces de acción y no pueden realizar en consecuencia, acciones típicas y antijurídicas, no podrán ser impuestas medidas de seguridad,

sanciones propias del Derecho Penal, dado que aquellos son precisamente, el fundamento de éstas. Juan Praded considera a la persona colectiva como ficción puesto que no posee voluntad personal, solo la persona natural posee este atributo, el cual es una condición indispensable de la responsabilidad. Como se puede ver, dichos autores parten de una concepción de contenido material ontológico que haría imposible responsabilizar a las personas jurídicas, ya que las acciones pueden realizarlas únicamente las personas físicas y, por lo tanto, a estas se les imputaría la comisión de hechos delictivos realizados en el ámbito de la criminalidad empresarial (Martínez, 2007).

Dicha concepción es rebatible en base a las siguientes consideraciones:

1.- Tanto en la ley como en los Estatutos de la persona jurídica se establecen a las instancias internas encargadas de formular mediante un conjunto concatenado de actos y procedimientos, la voluntad de la persona jurídica; y también se establece a los órganos y funcionarios encargados de ejecutarla, y que es perfectamente distinguible de las personas naturales que ocupan los cargos de dirección y representación en la persona jurídica.

2.- La profusa legislación que reconoce diversas modalidades organizativas en la persona jurídica, constituye la mejor prueba de la relevancia, trascendencia e impacto de la presencia y actividad de la persona jurídica en el mundo contemporáneo. Por ejemplo: cuando el Estado decide convocar a procesos de licitación de obras de infraestructura vial, hospitalaria, educativa, etc., la convocatoria no se realiza a personas naturales, sino jurídicas. Así, tenemos que es el propio Estado el que al contratar con las personas jurídicas para la realización de grandes obras, con ello reconoce que las personas jurídicas tienen plena capacidad de acción. Ello, sin olvidar que muchas de las políticas estatales se canalizan y ejecutan mediante personas jurídicas de Derecho público.

3.- Por consiguiente, la persona jurídica tiene reconocida legalmente la capacidad de una actividad finalista, la cual está constituida por su objeto social. Precisamente, la identificación, reconocimiento y protección de los fines que busca realizar la persona jurídica constituye un requisito indispensable para su reconocimiento, y es tan relevante la actividad finalista que una actividad de la persona jurídica que sea abiertamente contraria con lo que constituye su actividad propia, puede ser declarada ineficaz y ser despojada de efectos jurídicos.

4.- Los alegatos referidos reflejan una visión parcial y deformada de la realidad y actuación de las personas jurídicas, puesto que obvian un hecho evidente: no es válido ni razonable pretender que la acción finalista que se plasma en un acto de la persona natural, tenga igual configuración que una acción finalista que realiza una persona jurídica, pues se trata de entidades ontológica y fenomenológicamente, distintas: la persona es una realidad biológica, conformada de acuerdo a una cierta estructura anatómica y dotada de conciencia y razón, mientras que toda persona jurídica es un constructo normativo cuyo diseño organizacional corresponde a un modelo predeterminado legalmente y donde la ley y el Estatuto establecen aquellas instancias donde se generan y formulan la voluntad, la que debe discurrir por los cauces institucionales pertinentes y relativos a la específica modalidad adoptada.

Por ello consideramos que un curso de acción ejecutado después de una previa decisión en las instancias y órganos internos de la persona jurídica, demuestra la existencia de una acción finalista, la cual indistintamente puede dirigirse tanto hacia la realización de un acto legal (la compra de un predio, la celebración de un contrato con una entidad estatal, etc.), como de un acto ilícito (el pago de una coima a un funcionario o político estatal para ganar un proceso de licitación

de construcción de una carretera, o construcción de un hospital, o ser el proveedor de fármacos, etc.).

2.1.3.3.3. La Incapacidad de culpabilidad de la persona jurídica

Se entiende a la culpabilidad en el sentido tradicional como un juicio de reproche que se hace al autor por haber actuado antijurídicamente a pesar de que pudo obrar conforme a Derecho. Planteado así no se le podría imputar responsabilidad penal a la persona jurídica ya que el fundamento de reproche corresponde a la parte subjetiva de la persona física, faltándole en consecuencia la conciencia de motivarse por la norma. Feijoo, que no está de acuerdo con la responsabilidad penal de la persona jurídica, nos dice que la culpabilidad que se le trata de imponer a las personas jurídicas es siempre la culpabilidad por el hecho o la decisión de otro (Martínez, 2007).

Consideramos que lo referido resulta insostenible, por lo siguiente:

-La aseveración de la incapacidad de culpabilidad de la persona jurídica, en realidad constituye un caso de discurso circular, descansa en la previa concepción de la acción penal, la cual al estar orientada por el paradigma conceptual de índole subjetivo-personal siempre va a conducir hacia la imposibilidad de alcanzar una conducta finalista por parte de la persona jurídica y, por tanto, hacia la inexistencia de la posibilidad de un juicio de reprochabilidad hacia la misma.

- La capacidad de motivación por la norma jurídica se da tanto en relación a la amenaza de la retribución, como al mensaje de confirmación de la importancia del bien jurídico. Al mismo tiempo que se destaca la importancia del interés reconocido como Bien jurídico, también se advierte sobre las consecuencias frente a una posible conducta lesiva: la respuesta punitiva, la cual

abarca tanto a las penas dirigidas hacia las personas naturales, como a las penas especiales dirigidas hacia las personas jurídicas, y que son denominadas como “consecuencias accesorias”. Siendo así, el discurso penal en su doble dimensión preventivo-represiva, tiene la aptitud de orientar la actuación tanto de la persona individual como de la persona jurídica.

-La decisión adoptada por los órganos internos de la empresa, y que es comunicada a los restantes integrantes, no constituye una decisión ajena a la persona jurídica. Tampoco lo es el hecho ejecutado por orden de la persona jurídica. Cuando la persona jurídica debe ejecutar el pago de unas letras firmadas por su gerente general, o reconocer una deuda asumida por el directorio anterior, no está asumiendo hechos de terceros ni de personas ajenas. Está simplemente actuando dentro de un ámbito en el que ha actuado con libertad y en pleno ejercicio de sus capacidades reconocidas legalmente. Para explicar mejor ello podemos poner el siguiente ejemplo: como parte de una estrategia previamente concertada por directivos y funcionarios de una persona jurídica, uno de los funcionarios del departamento de contabilidad –siguiendo previas instrucciones de sus superiores- procede a lo siguiente: a) emite cheques para el pago de los proveedores, cancelando así la deuda que la persona jurídica tenía con éstos; b) emite cheques a nombre de una persona natural por supuestos servicios prestados en una obra asignada a la empresa, aunque en realidad ello nunca existió, defraudando así el patrimonio de la persona jurídica; c) Procede a girar fondos a una cuenta en el extranjero, a nombre de una empresa off-shore, en pago de la actuación corrupta de la autoridad que direccionó la licitación a favor de la empresa; y d) Efectúa los depósitos legales correspondientes a los salarios y CTS de sus trabajadores y empleados en sus respectivas cuentas, cumpliendo así con sus deberes legales.

Tenemos por tanto, que: a) En cada acto de disposición patrimonial el mismo no puede ser achacado a la voluntad individual del funcionario del departamento de contabilidad, sino a una decisión proveniente de la instancia superior, la que a su vez es parte de la persona jurídica, por lo cual se verifica en principio, la responsabilidad de los superiores que ordenaron los referidos depósitos; b) La actuación de los funcionarios en el primer, tercer y cuarto caso vincula a la persona jurídica en una actuación que resulta en unos casos jurídicamente legítima y en otro, ilegal y delictiva; c) Se puede indicar que en el caso de los actos ilícitos referidos, la actuación del funcionario del departamento de contabilidad no constituye un acto aislado, sino que forma parte de una actuación concertada y también resulta evidente que el nivel de coordinación y la complejidad de los actos realizados para evadir los controles legales tanto internos como externos a la persona jurídica, muestra claramente que los cursos causales que desenvuelve una persona jurídica desde sus instancias internas hasta los actos que celebra con entidades públicas y privadas, pueden ser indistintamente legales o ilegales, dependiendo su juridicidad o antijuridicidad de los fines que previamente haya asumido y desarrollado.

Ello prueba que las personas jurídicas sí tienen la capacidad de orientarse por el contenido de la norma: sólo quien comprende el alcance de la amenaza penal y del riesgo que conlleva el desafío a la legalidad puede efectuar un conjunto de actos complejos cuya sola realización evidencia el conocimiento de que la conducta que se perpetra es ilegal y que pretende sustraerse a las consecuencias de su hacer delictivo.

Por su parte, también se encuentra que otro sector -dominante de la doctrina española y alemana- se manifiesta contraria a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en base al principio de culpabilidad individual, en el sentido de que únicamente responden de los hechos las

personas físicas. En este orden de cosas, una importante sentencia del Tribunal Supremo alemán de 1952 establecía que la culpabilidad se da, cuando un ser humano “ha podido decidirse libremente siguiendo su responsabilidad y autodeterminación en contra de lo que la ley establece” (Serrano-Piedecabras, 1997).

Frente a dicha posición, nosotros consideramos que lo que está en cuestionamiento no es la noción de culpabilidad de la persona natural, cuya configuración doctrinaria y legal aparece como razonable y por tanto, legítima al fundarse en el Principio de la realidad, esto es, la consideración científica de la conformación de la persona natural: un ser biológico, con una determinada estructura anatómico-funcional y dotado de conciencia y libertad, y que por consiguiente, puede optar tanto por una conducta hacia el bien o hacia el mal.

Sostenemos que la noción de la culpabilidad de la persona jurídica debe por consiguiente, fundamentarse en la propia naturaleza de la persona jurídica, esto es, su realidad normativa, su naturaleza de ser una entidad organizativa y cuya capacidad de actuación está delimitada por las mismas reglas que son aplicables a la persona natural, pero en cuyo íter correspondiente a la formulación, determinación, expresión y ejecución de su voluntad, -y que es generada en instancias internas (órganos, funcionarios y representantes)- su capacidad de actuación está delimitada tanto por las normas legales aplicables a su específica modalidad organizacional como por las disposiciones de su Estatuto.

Por tanto, en la medida en que la determinación y configuración de la voluntad de la persona jurídica requiere de una pluralidad de sujetos e instancias, ello más bien es un indicador de una mayor certeza respecto a la demostración de dicha voluntad y autodeterminación de la persona jurídica. Por tanto, no es posible efectuar un deslinde interno entre la voluntad de una

persona natural que actúa en el marco y dentro de la órbita de conductas y deberes propios de la actividad de la persona jurídica; y la voluntad individual, puesto que la razón de ser de la presencia de los sujetos individuales y del acatamiento a sus disposiciones por parte de los restantes órganos de la persona jurídica, no es por su calidad de personas individuales, sino por que ostentan una calidad y rol que les ha sido otorgado –y reconocido-, por ser parte de la persona jurídica, calidad y rol que precisamente ellos ejercen tanto al momento de suscribir un contrato o girar un cheque como funcionarios de la entidad, como en el momento de perpetrar un acto ilícito.

Así, la única forma de negar la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica residiría en la posibilidad de demostrar la ausencia de libertad o autodeterminación en la persona jurídica, hipótesis que fácilmente es contradicha por los diversos actos que realiza la persona jurídica en sus actividades cotidianas.

Finalmente, se reconoce que ante la dificultad de sostener la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestra legislación se han creado dos alternativas: la figura del Actuar en Lugar de Otro que se encuentra previsto en el artículo 27° del Código Penal y las Consecuencias Accesorias Aplicables a las Personas Jurídicas que las regula el artículo 105° del mismo Código (Núñez 2003).

Nosotros consideramos que a la luz de lo referido el diseño normativo de la criminalidad de la persona jurídica peruana debe ser precisado en los siguientes términos:

-La razón de ser del artículo 27° del Código Penal no es otra que impedir la generación de un espacio de impunidad, en la medida en que si se reconoce a nivel formal la no responsabilidad de las personas jurídicas, ello conduciría a la consecuencia –técnicamente plausible- de la

irresponsabilidad penal de los órganos y funcionarios de la persona jurídica que hubieran actuado delictivamente. Sin embargo, la solución formulada mediante el artículo 27° del Código penal, es falsa e incompleta en la medida en que resulta insostenible en estrictos términos lógicos afirmar la responsabilidad de unos sujetos y la irresponsabilidad de otros, habiendo los mismos participado en idénticos actos, y donde el sujeto señalado como responsable, materialmente hablando, ha actuado no a nombre propio sino siguiendo las instrucciones y directrices emanadas de la persona jurídica de la cual formaba parte, y es así que la redacción del artículo 27° del Código penal permite afirmar que el legislador conocía como dato de la realidad de un hecho evidente: la participación de la persona jurídica como sujeto activo del delito.

-Por su parte, el establecimiento de las llamadas “consecuencias accesorias” en el artículo 105° del Código penal, da cuenta de lo siguiente: a) Se ha optado por una respuesta punitiva frente a la actividad delictiva cometida mediante la persona jurídica; b) A pesar que su denominación pretende restarle carácter punitivo a dichas medidas, lo cierto es que por sus alcances y las hipótesis que legitiman la intervención penal, las consecuencias accesorias son compatibles con la naturaleza de las personas jurídicas, las que son entidades normativas cuya configuración y capacidad de actuación nacen de un acto administrativo y están delimitadas tanto por las leyes como por sus Estatutos.

Es así que lo que se encuentra es que a pesar del reconocimiento formal del paradigma tradicional que niega la culpabilidad de la persona jurídica el propio ordenamiento peruano reconoce indirectamente que: a) una persona natural ha actuado como representante de una persona jurídica y que dicha actuación ha vulnerado bienes jurídicos; y b) que de cualquier modo, la persona jurídica debe merecer una respuesta por su participación en un hecho delictivo.

2.1.3.3.4 La Incapacidad de pena

Cuando hablamos de una incapacidad de pena nos estamos refiriendo a que a la persona jurídica no se le puede imponer sanciones penales, ya que al carecer ésta de los elementos anteriores de acción y culpabilidad, no habría sustento para imponerle una pena (Martínez, 2007).

Como ya se ha podido advertir en las líneas anteriores de la presente investigación, la tesis de la incapacidad de pena de la persona jurídica también es consecuencia de la tradicional doctrina penal, la cual formuló las categorías dogmáticas alrededor de la realidad de la persona natural y que, lejos de reformularse y adaptarse a la realidad de los últimos tiempos, pretende la imposibilidad de punición de las personas jurídicas alegando como sostén su propia incapacidad de renovación conceptual y axiológica.

Sin embargo, la realidad de los sistemas penales contemporáneos –entre los cuales se encuentra el sistema jurídico patrio-, permite sostener que el desarrollo del Derecho Penal de los últimos tiempos ya ha asentado la práctica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y la consiguiente imposición de penas a las personas jurídicas que participan en actividades criminales.

2.1.3.4. Problemas del Principio Societas delinquere non potest

En la actualidad se considera que las personas jurídicas son entes reales, con existencia propia y por ello destinatarias de derechos y obligaciones con plena capacidad de realizar actos y negocios jurídicamente válidos, en tanto son legales, pero además con la misma capacidad de realizar actos positivos o negativos que son lesivos o peligrosos, porque atentan de manera grave contra un bien jurídico, son acciones que si bien son dirigidas por los individuos que la conforman,

también son suyas propias y que pueden tener relevancia penal. Asimismo, los tipos delictivos realizados por las personas jurídicas son de una índole especial. v gr. en el ámbito económico, societario, laboral, medioambiental, etc. Así, sería totalmente iluso pretender imputar un delito de homicidio o de agresión sexual a una persona jurídica cuando uno de sus miembros ha realizado el hecho; sin embargo sí se le podría imputar un delito contra la seguridad e higiene en el trabajo, un delito económico o contra el medio ambiente. Dicha apreciación es consecuencia de una perspectiva de capacidad de acción criminal no en el sentido “individual psicológico” tradicional, sino en el sentido de apreciar que el Derecho Privado reconoce que los actos de las personas jurídicas contienen voluntad y capacidad, y que por tanto pueden celebrar actos y negocios jurídicos válidos y otros ilegales- Así, se admite que el Derecho Administrativo también exige voluntad y capacidad en las acciones y sanciona las infracciones a la norma. Se debe reconocer que todos los tipos de acción (civil, administrativo y penal) no son substancialmente diferentes, pues todos contienen voluntad y capacidad y por tanto se puede defender su capacidad de acción criminal (Beraún, 2003).

La relevancia y vinculatoriedad de la actuación de la persona natural se basa en la previa comprobación de su capacidad de actuación, la cual es “certificada” –por decirlo de algún modo- en la instancia civil, de modo tal que cualquier persona que de acuerdo a las exigencias de Derecho Civil ya tenga reconocida la plena capacidad de actuación, por consiguiente, también tendrá reconocida la capacidad de actuación con relevancia penal. Es en el ámbito civil en el que la persona despliega un conjunto de actos y actividades desarrollando su proyecto de vida: asume obligaciones, celebra contratos, efectúa y recibe donaciones, se asocia con otros sujetos, adquiere

bienes y propiedades, etc. En suma, la persona natural demuestra capacidad de actuación, la misma que puede dar lugar a la participación en ilícitos civiles o en ilícitos penales.

Asimismo, la característica principal de la actuación de la persona en el mundo del Derecho, es el impacto externo, esto es, la realización de la conducta personal con relevancia jurídica, requiere del contacto o interacción con otros sujetos sean éstos personas naturales o personas jurídicas o instituciones. Ya se trate del Derecho Civil, del Derecho Administrativo o del Derecho Penal, la actuación de la persona es sometida a una apreciación según la cual: a) Se identifica la realización y/o afectación de un cierto interés, bien o principio reconocido en la norma; b) Se establece los alcances de la actuación de la persona en relación con el interés, bien o principio previamente identificado; y c) Se aplican las consecuencias jurídicas descritas en la norma. Se trata de un esquema elemental pero que, al mismo tiempo es inexorable en el sentido de que cada ámbito jurídico realiza dicho esquema a efectos de poder asegurar la vigencia de sus específicas determinaciones, y en orden a ello lo que cada ordenamiento jurídico particular exige es simplemente la comprobación de una actuación con voluntad y capacidad, indicadores que en la realidad cotidiana del tráfico jurídico se comprueba que se presentan tanto en las personas naturales como en las llamadas personas jurídicas.

Asimismo, en dicho orden de ideas encontramos los planteamientos de los juristas germanos Tiedemann y Hirsch, quienes precisan que tanto las personas físicas como las jurídicas tienen existencia real y son destinatarias directas de la norma de conducta, y que los mandatos y prohibiciones plasmados en la ley penal positiva se dirigen indistintamente a ambas; y por ello el legislador debe reconocer que los entes morales tienen capacidad para realizar actos (positivos o negativos) y producir efectos de relevancia jurídica, algunos de los cuales pueden estar proscritos

penalmente. Al mismo tiempo es posible identificar una divergencia: mientras que Tiedemann entiende que la acción solo puede ser propia del individuo o persona física que la ha realizado y que la acción realizada en nombre de la persona jurídica es considerada como suya; Hirsch sostiene que las acciones realizadas por los órganos o representantes de la persona jurídica constituyen actos propios de la misma. Se reconoce como cierta la posición de Hirsch pues si se admite que la persona jurídica es un ente real y con existencia propia, con ello también se reconoce aunque sea de modo implícito que la persona jurídica tiene capacidad y voluntad para actuar; por tanto a pesar de que sus actos pueden ser realizados por las personas físicas que componen sus órganos, son también “propios de la entidad”; porque es una actuación por medio de otro y que se encuentra condicionada a la estructura de la misma (Beraún, 2003)

Se trata entonces, de dos caminos hacia la misma dirección. En el caso de Tiedemann tenemos que la lesión del bien jurídico ha sido cometida por la persona física, y en tanto la conducta ha sido efectuada en nombre de la persona jurídica, por consiguiente le es atribuible a ella. En cambio Hirsch señala que en tanto la persona jurídica actúa mediante sus órganos o representantes, por tanto los actos cometidos por éstos constituyen actos propios de la persona jurídica y no de las personas físicas que terminan así siendo intermediarias de ella. Se puede decir entonces que en el caso de Tiedemann la responsabilidad penal de la persona jurídica es “indirecta” o “derivada”, mientras que en el caso de Hirsch la responsabilidad penal de la persona jurídica es “directa” o “propia”.

Por otro lado, precisa Zugaldia, que el *societas delinquere non potest* no ha sido seguido de manera fiel ni coherente, toda vez que ha servido para el conocido fraude de etiquetas que realizan los legisladores, porque si realmente el legislador fuera coherente y fiel a dicho principio,

entonces a los entes sociales o personas jurídicas no se les debería aplicar absolutamente nada; esto es, las personas jurídicas no deberían recibir ninguna medida en el ámbito punitivo, sin embargo, de acuerdo al artículo 105 del Código Penal a las personas jurídicas se les aplica todo tipo de medidas, aunque nominalmente se las etiquete como “consecuencias accesorias” (Beraún, 2003).

Dicho señalamiento evidencia la inconsistencia de proclamar una supuesta irresponsabilidad de la persona jurídica y legitimar al mismo tiempo un conjunto de respuestas punitivas en contra de ella, realidad que es maquillada con el recurso de negarle carácter represivo a las medidas instauradas en contra de la persona jurídica. Propiamente hablando, no se justifica la existencia de las llamadas consecuencias accesorias en el contexto de un paradigma que niega toda posibilidad de actuación y por consiguiente, de respuesta penal hacia la persona jurídica.

Asimismo, el posible alegato en contra del carácter punitivo de las llamadas “consecuencias accesorias” resulta desvirtuado por lo siguiente: a) El factor desencadenante de la imposición de las mismas lo constituye la lesión de un bien jurídico; b) La comprobación previa de la participación de la persona jurídica en la lesión o afectación al bien jurídico; c) Los alcances de las medidas accesorias, que inciden directamente sobre las posibilidades de actuación o desenvolvimiento de la persona jurídica en el ámbito del tráfico jurídico; y d) Su regulación en el Código Penal, con la fundamentación propia y perfectamente diferenciable de las Reglas de la Responsabilidad Civil.

Al respecto tenemos que Terradillos (1995) precisa lo siguiente:

Desde una perspectiva político-criminal, sin embargo, no es seguro que la vía por la que opta nuestro sistema –societas delinquere non potest- sea la más aconsejable. Es lo que denuncia Bricola cuando advierte sobre la posibilidad de delitos cometidos por administradores, no en ejecución de iniciativas personales, sino de directrices de la política empresarial o de las decisiones de la asamblea. Castigar en estos casos solo al administrador sería dejar impune al centro decisonal. (p. 44)

Ello da cuenta de la principal crítica que se puede efectuar al “Delinquere non potest”: la impunidad que genera al justificar la represión de quien actúa como órgano de la empresa y que se ha limitado a seguir las instrucciones o directrices emanadas de las instancias encargadas de configurar o generar la voluntad de la persona jurídica. Si en tales casos se está comprobando que materialmente el acto perpetrado por los órganos administradores no es a título propio, sino en ejecución de decisiones emanadas de la persona jurídica, aplicar el principio “Societas delinquere non potest” genera un efecto que lesiona las exigencias de justicia y afecta al principio de peligrosidad, puesto que la situación de amenaza o riesgo para los bienes jurídicos tiene como origen decisiones o directrices de la propia persona jurídica, y donde la persona física aparece simplemente como un órgano ejecutor de aquellas. A consecuencia de este principio quedan libres quienes formularon los lineamientos y decisiones que generaron la lesión del bien jurídico quedan libres de responsabilidad penal, situación contraria a una política criminal orientada a combatir la criminalidad de empresa.

Asimismo, en relación a ello, un dato relevante es aquél que refiere que en el mercado internacional europeo -donde está arraigada la criminalidad económica y empresarial-, se recicla sumas de dinero superiores al billón de euros por año, esto es, más que el Producto Nacional Bruto

(PNB) de un tercio de la humanidad. Por eso con razón apunta Zúñiga Rodríguez, que sostiene “(...) que las personas jurídicas no pueden ser sujetos directos de imputación penal significa realmente dejar fuera de sanciones graves a los sujetos económicos y políticos más importantes de nuestra era” (Reátegui, 2005).

Por su parte García (2009), señala:

Por lo expuesto, creemos que los mayores obstáculos para la derogación del adagio latino *societas delinquere non potest* no se encuentran en imposibilidades dogmáticas, sino en la interacción de una serie de factores políticos, económicos y sociales mucho más complejos, expuestos por el profesor Julio Virgolini al analizar –a propósito de la diferencia entre el delito convencional y el delito de cuello blanco. La relación entre el delincuente común y la ley, la que según él se expresa tan solo como infracción o quebrantamiento, lo que también supone sometimiento y sujeción. El delincuente de cuello blanco, está fuera de la ley, en el sentido de que puede no estar sujeto a ella, o de que puede darle forma y contenido de acuerdo con sus intereses. Se puede apropiarse de la ley y privar de ella a los demás. (p. 66)

Las citadas palabras remiten a un dato evidente y dramático: mientras que los criminales en general son identificados judicial y socialmente como sujetos infractores de la ley y con el rasgo de peligrosidad y amenaza a los bienes jurídicos y convivencia social, los criminales de cuello blanco se encuentran mimetizados en los sectores altos de la sociedad, y están protegidos por el prestigio social y poder económico del sector social al cual pertenecen. Es precisamente dicho poder el que facilita a los criminales de cuello blanco el poder influir decisivamente en el proceso legislativo, de forma tal que mediante sus operadores políticos puede obstruir o desviar el ejercicio

del poder punitivo del Estado, relajando los controles o requisitos normativos, rebajando las penalidades existentes o dejando sin regulación conductas que realizan, de forma tal que la ley en vez de combatir la criminalidad, es convertida en un elemento o factor que favorece sus designios. Lo referido no consiste en meras especulaciones: en el sistema político peruano se ha comprobado que los grupos políticos cuyos líderes fueron financiados y corrompidos por las empresas implicadas en los escándalos de corrupción “Lava Jato” y “Club de la construcción” procuraron obstruir los procesos de legislación relativos a los delitos de corrupción, lavado de activos, minería ilegal y narcotráfico. Operadores políticos que a su vez eran dueños de estudios jurídicos que asesoraban a los criminales implicados en los delitos de corrupción, lavado de activos y narcotráficos integraban las comisiones parlamentarias encargadas de investigar y legislar en dichos ámbitos.

Es así que las actividades de la criminalidad de cuello blanco posee una mayor letalidad o peligrosidad que la delincuencia común, en la medida en que su poder puede infiltrar y también desafiar los intentos del Estado de llevar adelante una política criminal en el ámbito de la corrupción, lavado de activos, crimen organizado, defraudación tributaria, afectación al medio ambiente, patrimonio de los consumidores, etc.

2.1.3.5. Tesis de la responsabilidad de la persona jurídica

Hurtado y Prado (2011), señalan lo siguiente:

El papel cada vez más importante de las personas jurídicas, más exactamente, de las empresas en el desarrollo de la delincuencia, exige una reacción apropiada. El recurso al derecho penal, en los sistemas fundados en la responsabilidad individual de las

personas físicas, ha sido mucho tiempo bloqueado por el reconocimiento del principio *societas delinquere non potest*. Actualmente, se va imponiendo que esta concepción sólo es una etapa de la evolución social, política y jurídica. Etapa ampliamente superada después de largas e intensas discusiones y del reconocimiento legislativo, cada vez más amplio, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esto ha obligado a renovar y completar los criterios dogmáticos basados en la responsabilidad individual para fundamentar la responsabilidad penal de las empresas y, así, delimitar convenientemente la utilización del derecho penal. (pp. 466-467)

Asimismo, desde una perspectiva de evolución del Derecho Penal cabe destacar la obra del jurista germano Franz Von Liszt, artífice de la construcción dogmático-causalista del delito desde la primera edición de su Tratado en 1881, quien se pronunció a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sosteniendo que “quien puede concluir contratos, también puede concluir contratos ilícitos o usurarios, o incumplir los contratos de abastecimiento concluidos” (Reátegui, 2005, p.287). Asimismo, el jurista Schunemann postula una “tercera vía” para la sanción de las personas jurídicas idéntica a una medida de seguridad. Sostiene lo siguiente: “(...) me aferro a la idea de que el Derecho sancionador de las asociaciones debe desarrollarse autónomamente y que, si bien presenta muchos puntos tangentes con el Derecho Penal tradicional contra individuos, de ninguna manera puede ser idéntico a él. En aquel, la combinación de eficacia preventivo-general y preventivo-especial también será mucho más estrecha que en la pena tradicional, de modo que la sanción contra la agrupación presenta una afinidad mayor con la medida de seguridad que con la pena y en conjunto podría calificarse como una tercera vía entre pena y medida de seguridad”.

En el fondo esta “tercera vía” que propugna Schunemann sería lo que se conoce actualmente como consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas (Reátegui, 2005, p.287).

Por consiguiente, tenemos que la penalidad a ser impuesta a las asociaciones o personas jurídicas posee las siguientes particularidades en relación a la penalidad impuesta a las personas individuales:

1. La actuación de la persona natural está circunscrita en un ámbito fáctico y fenomenológico limitado, en un espacio temporal cuyas etapas son secuenciales y perfectamente diferenciables entre sí, y que es analizada por la doctrina mediante la categoría del íter críminis. En cambio, en la práctica de las asociaciones o personas jurídicas lo que se encuentra es que el ámbito fáctico y fenomenológico está integrado por diversos eventos y actos que pueden ocurrir al mismo tiempo en diversos espacios físicos y temporales y donde por ejemplo, un acto que en el análisis de la conducta del sujeto individual por lo general se ubica en la primera etapa (la formalización de un acuerdo), en el caso de la actividad criminal de las asociaciones o personas jurídicas puede configurarse en una etapa tardía o posterior. Ello es consecuencia de la actuación conjunta de los diversos órganos y representantes de las asociaciones o empresas.

2. La principal eficacia y utilidad social de la pena es su carácter represivo, el cual consiste en la afectación de la libertad individual de la persona natural. Por tanto, existe una relación lógica y ontológica entre la naturaleza de la respuesta punitiva y la estructura de la persona humana, la cual al constituir un ser físico dotado de conciencia y libertad, puede ser constreñida mediante la amenaza de restricción de su libertad, lo cual tiene un impacto decisivo en su capacidad de actuación. En cambio, la libertad de locomoción no es una característica de las personas jurídicas, por lo cual resulta imposible que la pena –tal como se encuentra configurada en relación a la

persona natural-, también sea igualmente eficaz frente a una persona jurídica. Por ello se requiere de una respuesta punitiva cuya naturaleza esté en correspondencia con la naturaleza de las asociaciones o personas jurídicas cuya actividad delictiva debe combatir.

3. La eficacia preventiva y protectora de la pena en relación a la persona natural consiste en el potencial impacto que puede tener en el ámbito psicológico de la persona, al inducirla a una actuación de respeto al bien jurídico o en generar en ella la decisión de no reiterar una anterior conducta lesiva. Sin embargo, en el caso de las asociaciones o empresas, la capacidad de motivación de la pena es insostenible por la sencilla razón de que las entidades jurídicas (las asociaciones, empresas y personas jurídicas en general), carecen de ámbito psicológico alguno.

Por su parte, el jurista Hirsch sostiene que no existe ningún impedimento fundamental para admitir una capacidad penal de las personas jurídicas. En la actualidad, según dicho autor: “(...) la verdadera cuestión ya no es si de algún modo posible que las personas jurídicas tengan capacidad penal. Antes bien, aquella reza: ¿cómo han de ser los presupuestos de su punibilidad y el catálogo de sanciones que entran en consideración junto a la pena de multa?” (Reátegui, 2005, p.87).

Por consiguiente, siguiendo dicho orden de ideas:

a) La respuesta punitiva frente a las personas jurídicas debe atender a que ellas carecen de capacidad de motivación psicológica, como ocurre con las personas naturales.

b) La respuesta punitiva no puede consistir en una restricción de una inexistente libertad de locomoción de la persona jurídica, sino en una limitación de la capacidad jurídica de realizar

aquellas actividades que el ordenamiento le ha autorizado, y que se encuentran previstas tanto en la ley como en sus Estatutos.

c) Necesariamente, la respuesta punitiva debe incidir concomitantemente tanto sobre la existencia y actividades de la persona jurídica, como sobre la libertad de las personas naturales que ejercen los roles de representación y/o administración de la persona jurídica, evitando así la generación de un contexto normativo favorable a la impunidad.

d) El rol de prevención de la pena en el ámbito de la persona jurídica debe consistir en instalar en su estructura organizativa un programa que establezca las medidas específicas que debe adoptar, las cuales son actualmente inexistentes. Mientras que el rol de prevención en relación a la persona natural se realiza mediante el catálogo de las conductas prohibidas en el Código Penal, no existen medidas de prevención que de forma específica identifiquen aquellos actos que no deben realizar las personas jurídicas.

Asimismo, como ya se ha señalado, el ordenamiento penal peruano no sanciona directamente a la persona jurídica, sino que descansa en la responsabilidad individual, y prueba de ello lo constituye la regulación de la fórmula del “actuar en nombre de otro”! (artículo 27 del Código Penal), y la regulación de “las consecuencias accesorias” procedente del Derecho alemán, aplicadas a las personas jurídicas, las que son reguladas conjuntamente con la reparación civil. Es así que el legislador admite que la criminalidad empresarial actúa por, para y a través de la persona jurídica y que se utiliza al ente colectivo para “favorecer” o “encubrir” hechos delictivos, por lo cual desde una perspectiva de política criminal resulta lógico establecer instrumentos preventivos establecidos en el ámbito de las consecuencias jurídicas provenientes del delito, a efectos de contener las ganancias económicas obtenidas de los ilícitos penales. Así, se reconoce que desde

que la pena dejó de ser retribución para pasar a constituir prevención (general o especial), resulta más fácil y coherente sancionar penalmente a la persona jurídica. Un sistema de sanciones que no solo contemple la pena de multa, sino también otros que, precisamente, impidan la burla que las grandes empresas puedan hacer a la multa (cuando la ganancia ilícita obtenida supera enormemente a la multa impuesta), como la disolución definitiva de la persona jurídica o la restricción de libertad para sus actividades. Dentro de dicho marco se entiende a las consecuencias accesorias aplicadas a las personas jurídicas (Reátegui 2005).

En otras palabras, se admite que en el ordenamiento jurídico-penal peruano se han formulado en materia de criminalidad de empresa, dos grandes lineamientos: 1.- El reconocimiento de la actividad criminal de las empresas; y 2. La configuración de un sistema de prevención de dicha criminalidad. Por tanto, es imprescindible que de la misma manera que se espera que la pena privativa de libertad ejerza un efecto de prevención en relación a la criminalidad de la persona individual, también existe la expectativa de alcanzar la prevención en materia de la criminalidad empresarial haciendo uso de medidas que tengan la capacidad de restringir la capacidad de actuación de las personas jurídicas.

Por otro lado, tenemos que la doctrina ha señalado que la persona jurídica es:

- Una construcción que ha diversificado los riesgos; y

- Una disociación entre quienes actúan y quienes responden. Esto es sustancial a la construcción de la persona jurídica, por lo tanto, cuando se dice que no es posible establecer la responsabilidad penal cuando el que actúa es otra persona porque esto significaría violar el principio de legalidad, no es correcto, pues siempre hay una disociación diversificadora en el

ámbito de la persona jurídica, ya sea en el ámbito civil, mercantil, etc. Más bien, la persona jurídica es un sujeto de derecho y, por lo tanto, pasible de responsabilidad como tal (Zúñiga 2010)

La persona jurídica se estructura en base a una disociación entre el elemento humano o personal que realiza actividades en nombre de la persona jurídica, y la organización como tal. Dicha disociación responde a la finalidad de toda persona jurídica, que es alcanzar fines que no pueden ser alcanzados sino mediante el concurso de una multiplicidad de sujetos, por lo cual la autonomía y diferenciación del patrimonio de la persona jurídica y el de quienes la integran, resulta ser un requisito necesario para el éxito de sus fines. También resulta obvio que la persona jurídica no puede ser confundida con la persona de los asociados o accionistas, y la consecuencia de ello es que los ilícitos que comete una persona no pueden conllevar a la imputación de responsabilidad de una persona distinta (sea ésta natural o jurídica).

Sin embargo, consideramos que para fines de un completo análisis de si la aplicación de la pena al integrante de la persona jurídica constituye una vulneración del principio de legalidad, debe advertirse que: a) La diferenciación jurídico-patrimonial entre la persona jurídica y de sus integrantes constituye únicamente un requisito necesario para asegurar la libertad de actuación de la persona jurídica, no para que se convierta en un pretexto para la evasión del cumplimiento de los deberes que la ley impone; b) En relación a lo anterior, la persona jurídica siempre responde por las infracciones que cometen sus órganos y representantes en los ámbitos civil, comercial, tributario, administrativo, constitucional, etc., siendo imposible alegar en dichos ámbitos la diferenciación entre la persona jurídica y la actuación de sus órganos y representantes; c) Quien actúa en ejercicio de una función o atribución de la persona jurídica, vincula a ésta con las

consecuencias de tales actos, más aún si la actuación ha reportado beneficios o utilidades a la persona jurídica en cuyo nombre ha ejercido dichas funciones o atribuciones.

Asimismo, Carrión (2014) precisa que:

La propuesta originaria sostenida por el Tribunal Supremo de Estados Unidos de responsabilizar penalmente a la empresa por el comportamiento de otro, llamada en stricto sensu vicarious liability, se ha mantenido hasta la actualidad sin sufrir cambios sustanciales, amparada en el argumento de que tal responsabilidad contribuye a la prevención de delitos cometidos desde la empresa. En este sentido, la función del efecto intimidatorio que una pena de tales características provoca se materializa fundamentalmente en las medidas organizativas que adopta la empresa a fin de que no se deriven delitos vinculados con sus actividades. (pp. 30-31)

La precisión doctrinaria a nuestro entender tiene el mérito de:

- a) Se vincula a la empresa con el ilícito perpetrado por quien guarda con ella una relación de dependencia funcional, esto es, se trata de alguien que no actúa por su cuenta y a nombre propio, sino que precisamente actúa ejerciendo un rol propio de la esfera o ámbito de actividades de la empresa.
- b) La responsabilidad penal requiere de la comprobación de la lesión del Bien jurídico como evento que legitima la intervención del sistema punitivo.
- c) La responsabilidad penal tiene como finalidad prevenir delitos desde la estructura de la empresa.

d) La función preventiva se manifiesta en las medidas de índole organizacional que adopta la empresa, a efectos de anticiparse a la posibilidad de comisión delictiva en la realización de sus actividades. Por consiguiente, la empresa tiene el deber de diseñar mecanismos internos destinados a impedir que sus actividades sean empleadas para la comisión de delitos. En caso que la persona jurídica no haya adoptado tales mecanismos ello demuestra la falta o inexistencia en el caso específico, del rol intimidatorio-preventivo del Derecho penal, lo cual justifica entonces la imposición de la sanción penal.

2.1.3.6. La sanción penal a las personas jurídicas

2.1.3.6.1. El Acuerdo Plenario 7-2009/CJ-116 del 13 de Noviembre de dos mil nueve.

20°. En lo que atañe a nuestro sistema jurídico las consecuencias accesorias, por su efectividad sancionadora, deben, también, aplicarse en el marco de un proceso penal con todas las garantías. La persona jurídica, entonces, tiene que ser emplazada y comparecer ante la autoridad judicial por su apoderado judicial con absoluta capacidad para ejercer plenamente el conjunto de los derechos que dimanar de las garantías de defensa procesal –derecho de conocimiento de los cargos, de asistencia letrada, de defensa material o autodefensa, de no autoincriminación y al silencio, de prueba, de alegación, y de impugnación- y de tutela jurisdiccional –en especial, derecho a una resolución fundada y congruente basada en el derecho objetivo y derecho a los recursos legalmente previstos-.

Con tal efecto, la persona jurídica deberá ser comprendida expresamente en sede de instrucción en una resolución judicial de imputación –en el auto de apertura de instrucción o en un

auto ampliatorio o complementario-, circunscripta a la posible aplicación de consecuencias accesorias, ello sin perjuicio de que, concurrentemente pueda haber sido pasible de una imputación en el proceso civil acumulado como tercero civil. Es evidente que nadie puede ser acusado, sin antes haber sido comprendido como procesado o sujeto pasivo del proceso, a fin de que esté en condiciones razonables de ejercer el conjunto de derechos necesarios para afirmar su pretensión defensiva o resistencia: derecho a ser oído, a probar e intervenir en la actividad de investigación y de prueba, a alegar sobre los resultados de aquella actividad, y a impugnar.

Al respecto, el NCPP ya considera a la persona jurídica como un nuevo sujeto pasivo del proceso penal en el Título III, de la Sección IV, del Libro Primero. Pero ya no para afrontar únicamente eventuales responsabilidades indemnizatorias, directas o subsidiarias, sino para enfrentar imputaciones directas o acumulativas sobre la realización de un hecho punible y que pueden concluir con la aplicación sobre ella de una sanción penal en su modalidad especial de consecuencia accesoria [PABLO SÁNCHEZ VELARDE: *El nuevo proceso penal*, Editorial Idemsa, Lima, 2009, p. 80]. Esta orientación legislativa, además, dispone, para todo ello, la realización de un proceso penal de corte unitario que comprenderá tanto a personas naturales como jurídicas, aunque con formulación de cargos y requerimientos diferenciados en atención a la naturaleza particular del sujeto imputado y de las necesidades específicas del *thema probandum* que le concierne [JULIO CÉSAR ESPINOZA GOYENA, *Obra Citada*, p. 314]

Consideramos que el Acuerdo Plenario 7-2009/CJ-116 ha efectuado los siguientes deslindes a nuestro entender, trascendentales:

- Se reconoce que la persona jurídica está en condiciones de asumir concurrentemente, tanto la responsabilidad penal como la responsabilidad civil.

- Si se reconoce que la persona jurídica puede concurrir al proceso penal en calidad de sujeto imputado y con pleno acceso y ejercicio al conjunto de garantías que corresponden a quien es objeto de una imputación penal, es porque a todo efecto práctico, el ordenamiento peruano considera que la persona jurídica tiene plena capacidad para asumir la responsabilidad penal, esto es, se reconoce la responsabilidad penal de la persona jurídica derogando así el principio “*delinquere non potest*” del ordenamiento jurídico peruano..
- La sanción penal que corresponde aplicar a la persona jurídica es la consecuencia accesoria.
- También se ha dispuesto del correspondiente andamiaje legal, diferenciando la naturaleza de los sujetos involucrados: la persona jurídica y la persona natural.

Por su parte Silva (2000) precisa que:

En cuanto a la naturaleza de la “audiencia”, parece difícil negar que deba estar rodeada de todas las garantías del imputado. Conviene subrayar, a este respecto, que los representantes legales de la persona jurídica no tienen por qué coincidir con las personas físicas a quienes se les impute la comisión del delito. En definitiva, habría que asegurar la vigencia de principios procesales como la presunción de inocencia o el principio acusatorio, así como de las garantías del derecho de defensa. Avanzar en esta línea es sustancial, porque, como se ha señalado, lo que fundamentalmente pretende la postura partidaria de calificar a las consecuencias accesorias como “sanciones” penales es que su determinación tenga lugar “en el marco de un proceso penal con semejantes posibilidades de defensa que las que

existen para las personas naturales y con unos principios de imputación similares tras las convenientes adaptaciones. (p. 202)

De acuerdo a lo señalado podemos asumir que en tanto la acusación fiscal que incide sobre la persona jurídica debe pronunciarse específicamente sobre los hechos que fundamentan o acreditan la responsabilidad de la misma, consideramos que ello implica:

-La acreditación de los hechos de la participación de la persona jurídica en el delito.

-En tanto la persona jurídica actúa mediante sus órganos y representantes, aunque respecto a la responsabilidad individual de estos últimos todavía haya que esperar el final del proceso, en relación a la persona jurídica basta la mera comprobación del incumplimiento de exigencias legales específicas, para acreditar la realidad o probabilidad de tales hechos

2.1.3.6.2. Las Consecuencias accesorias como sanción penal

Sobre la base de estas consideraciones podemos afirmar, conforme a la regulación establecida en el artículo 105 del Código Penal, y a la interpretación llevada a cabo por la Corte Suprema de Justicia a través del Acuerdo Plenario 7-2009/CJ-116, que está plenamente aceptado en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad penal de la persona jurídica y que *prima facie* las consecuencias accesorias aplicables a estas tienen la calidad de sanciones penales de carácter especial (Sota, 2012).

Consideramos, por tanto, de acuerdo a lo precisado por la doctrina, lo siguiente:

1.- El Acuerdo Plenario 07-2009/CJ-116 ha consagrado la responsabilidad penal de la persona jurídica.

2.- El Acuerdo Plenario 07-2009/CJ-116 reconoce en las consecuencias accesorias la calidad de sanciones penales de carácter especial.

3.- El reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica implica la identificación tanto de la lesión al bien jurídico perpetrada por la persona jurídica, como la identificación de los órganos y funcionarios que facilitaron, ordenaron o participaron en la perpetración del delito.

4.- El reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica no conlleva la exculpación o irresponsabilidad de las personas naturales que se implicaron en la realización o consumación del delito, sino que conlleva a una necesaria diferenciación en la respuesta punitiva: a las personas físicas les corresponde la sanción penal de pena privativa de libertad y a las personas jurídicas les corresponde las sanciones penales de orden administrativo nominadas en el ordenamiento peruano como “consecuencias accesorias”.

5.- Se reconoce que la persona jurídica sí posee capacidad de culpabilidad y por consiguiente, puede asumir responsabilidad penal por las infracciones penales en que hubiera incurrido.

6.- El reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica constituye la oportunidad de promover la eficacia del sistema de Administración de justicia, del siguiente modo: mientras que en el caso de la persona física existe el debate respecto a la presencia de la conciencia y voluntad, existe por tanto una cierta indeterminación que debe ser superada en el contexto del proceso penal y donde queda a cargo del órgano fiscal la labor

de demostrar la presencia de una conducta dolosa en el fuero interno de la persona natural órgano o funcionario de la persona jurídica.

Pero, dicho obstáculo desaparece tratándose de la persona jurídica sometida a proceso en la medida en que toda la actividad de la persona jurídica relativa a la comisión delictiva es rastreable en los documentos internos en los que se verifica la direccionalidad y finalidad de los actos en que hubiera incurrido la persona jurídica. Así, aunque no es posible hablar de una “mente criminal” o “inclinación subjetiva al delito” por parte de la persona jurídica, sí es posible determinar si el conjunto de actos internos en la persona jurídica constituyó factores que favorecieron, promovieron u ocultaron la perpetración del delito, y dicha cuestión es autónoma de las consecuencias que deben verificarse en relación a la responsabilidad penal individual de cada órgano o funcionario involucrado.

Por tanto, el debate no debe orientarse hacia la determinación de un inexistente estado subjetivo de la persona jurídica, sino hacia el análisis objetivo de las concretas determinaciones o cursos causales por los que discurrieron los actos que configuraron el ilícito penal, y en relación a ello el medio más razonable o válido para establecer si las concretas actuaciones trasuntan un favorecimiento al delito se encuentra en la propia realidad de la persona jurídica, entendida ésta como una estructura normativa organizada de acuerdo a un modelo específico, de acuerdo al objeto social que constituya la finalidad declarada en los registros públicos.

Así, tenemos que si una persona jurídica ha asumido un cierto objeto social –comprobable en los registros públicos-, debe entenderse al mismo tiempo que para el cumplimiento del objeto social, todos los órganos y funcionarios tienen a su cargo el deber de hacer todo cuanto esté a su

alcance para promover la realización de los objetivos de la persona jurídica, como para impedir su desviación hacia fines ajenos o impropios de su rol.

Sin embargo, ello remite hacia una esfera que puede llamarse “institucional-interna”, en tanto atiende a los deberes de la persona jurídica para con ella misma. Al lado de la misma también se encuentran un conjunto de deberes que debe atender la persona jurídica hacia su ámbito externo:

- a) El deber de respetar las determinaciones del sistema legal tanto en las relaciones con los clientes, como con los proveedores; y b) El deber de respetar el principio de legalidad y los bienes jurídicos, lo cual se configura como un deber general.

Por tanto, basta con demostrar: a) La existencia de un conjunto concertado de actos coordinados entre diversos órganos y/o funcionarios de la persona jurídica; b) Que el objetivo de dicha secuencia de actos fue la lesión del bien jurídico; y c) La existencia de un favorecimiento hacia la persona jurídica o hacia otro sujeto, mediante la actuación delictiva; para demostrar la culpabilidad de la persona jurídica. De acuerdo con ello, el reproche hacia la conducta desplegada por la persona jurídica consiste en la omisión de establecer –y cumplir- aquellas medidas destinadas a prevenir e impedir que la estructura organizativa en que consiste la persona jurídica, fuera puesta al servicio de un fin delictivo, situación que se evidencia de modo palpable en el propio diseño organizacional de la persona jurídica.

Por su parte Terradillos (1995) señala lo siguiente:

Respondiendo a idéntica preocupación, la Recomendación 88/18 del Consejo de Europa permite elegir entre la punibilidad real de las personas jurídicas o la introducción de nuevas formas de sanción administrativa, pero recomienda insistentemente la utilización efectiva

de una u otra posibilidad, en el entendimiento de que un Derecho penal europeo de la empresa, con responsabilidad complementaria o exclusiva de las empresas y las personas jurídicas, puede ser la óptima solución de futuro. (p. 44)

Ello confirma que la proyección del derecho contemporáneo apunta hacia el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, formulando explícitamente la necesidad de un Derecho penal de la empresa. Se trata, por consiguiente, de una opción de política criminal con amplio sustento en la realidad de las prácticas criminales en que han incurrido los conglomerados empresariales. Optar por la responsabilidad penal de las personas jurídicas permite a nuestro entender, no solamente legitimar el establecimiento de medidas tanto de orden punitivo como administrativo, y que se dirijan no solamente contra los órganos y funcionarios de la persona jurídica, sino que incidan directamente sobre la misma.

La Recomendación 88/18 del Consejo de Europa también confirmó el confinamiento del “delinquere non Potest” como una reliquia ya superada, propia de una etapa histórica del Derecho Penal, que debe ser dejada de lado con la perspectiva puesta en el futuro rol del Derecho penal frente a formas de criminalidad que deben ser encaradas en el actual contexto de globalización.

2.1.3.7. La responsabilidad por defecto y el Compliance

Actualmente se ha difundido el uso del Compliance como un mecanismo de prevención de ilícitos en el seno de las empresas. Sin embargo, este mecanismo no ha impedido la comisión de ilícitos en casos emblemáticos de corrupción, tal como puede verse en el siguiente caso:

1- Fracaso del Compliance en el caso Siemens

En este caso de fraude el jurista Carrión (2014) señala que:

La deficiente implementación de un programa de cumplimiento efectivo fue el punto medular más crítico advertido en las conclusiones de las investigaciones estatales e internas. La aprobación de un código de conducta, por ejemplo, no vino complementada en la práctica con medidas específicas para garantizar el seguimiento de sus reglas y principios. El propio órgano de gobierno empresarial hizo caso omiso a las diversas alertas informativas sobre los procedimientos ilícitos para acceder a contratos en el extranjero. De hecho, no accionaron ningún mecanismo para revertir el diagnóstico vertido por la fiscalía de Frankfurt cuando el 2005 se informó directamente al chief compliance officer de las deficiencias de su programa de cumplimiento. (pp. 96-97)

Las enseñanzas de este caso consideramos que son las siguientes: a) La sola aprobación del Compliance, no constituye ninguna garantía cierta de un efectivo control sobre las actividades de las empresas; b) El Compliance no permite vincular las actividades y poder de decisión de los órganos y representantes de la empresa, a un ejercicio de los roles y funciones de la empresa dentro del marco de legalidad y de respeto a la ley y a los bienes jurídicos; c) El compromiso asumido mediante el Compliance siempre puede ser dejado de lado por quienes son los encargados de respetarlo, los que en la práctica se encuentran en libertad de implementar específicas medidas contrarias a sus determinaciones, con lo cual la finalidad preventiva es prácticamente, nula; y d) El Compliance puede terminar siendo instrumentalizado como una estrategia de aparente respeto a la ley –mediante la suscripción formal del Código de conducta., convirtiéndose así en un factor distractor y/o encubridor de prácticas delictivas en la realización de las actividades de la empresa.

2.- Caso Halliburton

En relación a este famoso caso el jurista Carrión (2014) refiere lo siguiente:

Por otro lado, el deficiente manejo de la estructura de control interno también comprometió a los altos funcionarios de las empresas en cuestión. De acuerdo con sus propias reglas internas, la vinculación contractual de un tercero requiere de la aprobación previa de los ejecutivos mediante la firma de los documentos que comprenden la información de los agentes seleccionados. Como advirtieron las autoridades, dichos documentos incluían declaraciones falsas relativas al lugar de asiento de la empresa [...] Ninguno de los altos funcionarios de KBR Inc. y Halliburton asumió la tarea de corroborar independientemente las referencias advertidas en los legajos, ya sea solicitando información adicional o encargando una nueva revisión. (pp. 99-100)

Según lo señalado: a) A pesar de existir una estructura de control interno, la misma no fue empleada de forma oportuna y eficiente; b) Los propios directivos de la empresa incumplieron las reglas internas de la empresa; y c) A pesar de existir previos informes de las autoridades advirtiendo las falsedades e irregularidades, los funcionarios de las empresas no hicieron nada. La cuestión evidente es que los propios cuadros jerárquicos superiores de la empresa, que tenían a su cargo el deber de preservar la legalidad de las actuaciones y la corrección en el desempeño del conjunto de trabajadores y funcionarios de la empresa, fueron precisamente quienes incumplieron su deber y no hicieron nada por corregir la situación.

Ahora bien, la cuestión esencial es por qué frente a la comprobación de un evidente defecto en la organización de la empresa, -en la medida en que el diseño organizacional no estuvo en

condiciones de prevenir eficazmente la posibilidad de comisión delictiva en el interior de la empresa-, la existencia de un conjunto de reglas precisamente destinadas a prevenir ello, no fue eficaz.

Consideramos que ello se debe a la naturaleza del Compliance, que finalmente es un conjunto de funciones que no genere un efecto jurídicamente vinculante que permita que la realidad y certeza emanada de los procedimientos incumplidos, sea vinculante en el contexto de un posterior proceso penal.

En relación a ello aparece como una posibilidad de perfeccionamiento del entorno legal la implementación de los códigos de prevención, en relación a los cuales la doctrina ha precisado lo siguiente:

1.- Los Códigos de prevención deberán establecerse por las personas jurídicas obligadas, de acuerdo con su tamaño y nivel de organización, cumpliendo con las siguientes condiciones mínimas:

a.- Un código de conducta en el que se determinen los principios y reglas principales de actuación de empleados y directivos de la persona jurídica con el fin de prevenir o descubrir la realización de hechos delictivos.

b.- Controles internos para prevenir y descubrir los comportamientos delictivos realizados por cuenta de la empresa, como, por ejemplo, sistemas de comunicación que permitan a los empleados y directivos de todos los niveles comunicar, sin temor a represalias de ningún tipo, los hechos delictivos que tengan conocimiento realizados en la actividad de la persona jurídica.

- c.- Un sistema disciplinario que sancione las infracciones al código de conducta.
- d.- Determinación del órgano o persona dentro de la estructura de la persona jurídica responsable de la implantación y actualización del modelo de organización. En todo caso este órgano o persona estará compuesto por superiores jerárquicos o sometido a su directa supervisión.
- e.- El Código de prevención será auditado al menos cada dos años por una sociedad o persona independiente. Las sociedades cotizadas harán público este informe de auditoría, que además necesariamente debe publicarse en su página web.

2.- Al establecer la responsabilidad de la persona jurídica, en relación a cada figura delictiva, el legislador podrá realizar ulteriores especificaciones de las condiciones mínimas de los modelos de organización. En cualquier caso, los modelos de organización deben ser capaces de incorporar y cumplir con la regulación administrativa susceptible de aplicación.

3.- En relación a cada una de las figuras delictivas para las que se prevea la responsabilidad penal de los entes, las organizaciones empresariales en cooperación con las administraciones públicas, organizaciones sindicales y otras asociaciones interesadas establecerán sistemas de organización que podrán servir como modelo a las personas jurídicas afectadas (Nieto, 2010).

Nosotros consideramos que aunque el código de prevención representa una propuesta interesante, a efectos de alcanzar un nivel de eficacia razonable en el ámbito de prevención propio de la norma penal, lo mejor es convertirlo en un procedimiento legal que genere obligaciones de actuación y límites para quienes ostentan cargos directivos o de representación en la persona jurídica, y que en términos prácticos pueda también constituir un instrumento de prueba a ser

incorporado en el proceso, facilitando así el combate a la criminalidad que despliegan las personas jurídicas.

2.1.4. La capacidad de actuación de la persona jurídica en el Derecho penal

2.1.4.1. La capacidad de actuación de la persona jurídica en el Derecho

El jurista Gonzáles (2012) ofrece una sucinta noción de persona jurídica señalando que se puede definir a la persona jurídica como la unión de personas que se agrupan en forma organizada para la búsqueda de un fin determinado (lícito) y a quien el ordenamiento le reconoce capacidad de actuación independiente.

Tenemos así que desde la propia concepción de la persona jurídica, se reconoce que su existencia y capacidad de actuación no son independientes, sino que están sujetas a lo que al respecto hayan establecido las normas legales. Su existencia y capacidad de actuación no son de propio derecho, sino que son consecuencia de una autorización estatal previa comprobación de cumplimiento de los requisitos establecidos para cada modalidad organizativa específica. Propiamente hablando, lo que puede y no puede hacer la persona jurídica, no depende de lo que decidan las personas naturales que la integran, sino de lo que las leyes hayan determinado.

Asimismo, se reconoce que la expresión “persona jurídica” hace referencia a una entidad unitaria, integrada por una o varias personas que se organizan en forma voluntaria y cumpliendo con las formalidades previstas en la ley, a efectos de realizar ciertas actividades orientadas al cumplimiento de fines reconocidos por el ordenamiento jurídico (Rivas, 2012).

En principio, para que una persona jurídica pueda ser reconocida como tal debe asumir una cierta forma organizacional y debe acatar las determinaciones legales al respecto. En otras palabras, es el ordenamiento jurídico el que va a seleccionar ciertos fines o intereses como ejes de actividad, y vincula ciertas formas de organización a la realización de actividades para realizar dichos fines, y es así que la persona jurídica desde que se origina hasta que realiza su objeto social aparece como una organización dependiente del régimen legal vigente y su actuación debe necesariamente discurrir dentro de los lineamientos formulados por el ordenamiento. La ley no solamente reconoce los fines, sino que adscribe a los mismos ciertas formas organizacionales entre las cuales debe elegir el colectivo de personas que se agrupa para constituirse en una persona jurídica.

Asimismo, queda en claro que mientras que en cada persona el curso de acción que oscila entre una actuación lícita y una actuación ilícita depende de procesos que se verifican en su fuero interno, su ámbito subjetivo, en el caso de la persona jurídica dicha alternativa se configura como consecuencia de la presencia de un correcto o incorrecto diseño organizacional. Es así que una organización deficiente o defectuosa va a conducir hacia la comisión del ilícito penal, de modo tal que la persona jurídica termina participando en un evento delictivo por no haber dispuesto previamente un conjunto de medidas que lo hubieran evitado o hubieran prevenido la lesión del Bien jurídico.

La persona jurídica en el orbe del Derecho constituye una unidad de personas y patrimonio, dotada de una finalidad, la cual es la que conduce hacia una particular forma de organización, según lo que hayan previsto las leyes al respecto. En ello se muestra que la persona jurídica se genera para lograr la realización de fines que por sí sola la persona natural jamás podría alcanzar.

El jurista Espinoza citado por Aliaga precisa las dimensiones que la persona jurídica posee “La categoría de persona jurídica, al tener nexo y dependencia de las personas naturales que la conforman, según la doctrina, constituye, jurídicamente hablando, una sola persona, ontológicamente, un grupo de seres humanos y, valorativamente, una unidad de fines” (Aliaga, 2010, p.306).

Así, la persona jurídica aparece como una unidad distinguible y diferenciable de las personas naturales que la integran; en virtud de agrupar a un colectivo de personas asume una cierta forma de organización y de distribución de roles en consonancia con el objeto social o fines que asume en su Estatuto, y dichos fines son los que cohesionan a todos los integrantes de la persona jurídica, de modo tal que se permite posteriormente la convergencia de esfuerzos coadyuvantes a la realización de los fines. Es precisamente dicha unidad de personas, patrimonio y fines lo que permite que el ordenamiento identifique en la persona jurídica a una unidad con autonomía y capacidad de actuación en el tráfico jurídico.

También tenemos que en relación a la capacidad de actuación de la persona jurídica en el ámbito del Derecho Civil, Aliaga (2010) señala sus alcances en los siguientes términos:

En tanto sujeto de Derecho, la persona jurídica es capaz de ser titular de derechos y obligaciones, de carácter patrimonial y extrapatrimonial, sin más limitación que la que se deriva de su propia naturaleza; en ese sentido, la finalidad de la persona jurídica solo implica la limitación de los poderes de sus órganos sociales, mas no la limitación de la capacidad de la propia persona jurídica. (pp. 307-308)

Es así que en un amplio sentido, la persona jurídica tiene reconocida la capacidad de actuación en el Derecho civil. Así, puede celebrar contratos, recibir donaciones, realizar actos jurídicos tanto de orden patrimonial como extrapatrimonial. Y en relación a la capacidad de la persona jurídica de asumir deberes y sanciones en el ámbito Civil, el jurista Hurtado (2010) refiere:

En Derecho Civil, se ha reconocido, desde hace tiempo, que las personas jurídicas pueden asumir todos los derechos y obligaciones, aun cuando éstos fueran inseparables de la especificidad de las personas naturales. De esta forma, las personas jurídicas han sido consideradas capaces de actuar (por ejemplo, suscribir contratos), responder por perjuicios causados a terceros (reparar daños por actos ilícitos, incumplimiento de contratos, etc.) y soportar las sanciones civiles previstas en la ley (interdicción de ejercer ciertas actividades). (p. 15)

De acuerdo con ello:

a) En la medida en que en el ámbito civil tanto la persona natural como la persona jurídica poseen capacidad jurídica, no existe mayores problemas para el reconocimiento de la responsabilidad de la persona jurídica, y del deber de asumir los derechos y obligaciones establecidos por el Derecho Civil. Específicamente, la persona jurídica puede asumir la responsabilidad de resarcimiento por el daño originado a terceros, ya sea por incumplimiento de un previo contrato (responsabilidad contractual) como por causar un daño sin la existencia de un vínculo o acuerdo contractual previo (responsabilidad extracontractual).

b) La capacidad constituye el requisito previo para el reconocimiento de la responsabilidad y por tanto, del deber de asumir las consecuencias del ilícito.

c) En el ámbito penal la capacidad de la persona jurídica es aceptada en tanto los actos que desenvuelve como parte de su gestión y objeto social, pueden ser desviados hacia la ejecución de un delito, empleando a tales efectos los roles y funciones encomendados a sus órganos y representantes y que desenvuelve en el tráfico civil.

2.1.4.2. La responsabilidad de la persona jurídica (empresa) en el derecho privado y en el derecho administrativo

La doctrina ha reconocido en relación al contexto del Derecho comparado que contrariamente a lo que sucedía en el Derecho Penal, en el que la empresa era considerada incapaz de responsabilidad, otros ámbitos jurídicos han manejado conceptos diferentes sobre el tema. Así, en Derecho Civil se admite que las personas jurídicas pueden asumir todos los derechos y obligaciones aun cuando éstos fueran inseparables de las personas naturales. Por consiguiente, las personas jurídicas han sido consideradas capaces de actuar (por ejemplo, suscribir contratos), responder por perjuicios causados a terceros (reparar daños por actos ilícitos, por incumplimiento de contratos, etc.) y soportar las sanciones civiles previstas en la ley (interdicción de ejercer ciertas actividades). Asimismo, en el ámbito del Derecho Administrativo en general y en el Derecho Penal Administrativo, existen disposiciones orientadas a impedir la impunidad en caso de comisión de infracciones con ocasión de la gestión y explotación de empresas, como es el caso del Artículo 6 DPA (ley federal sobre derecho administrativo), norma que corresponde al Derecho Suizo. El primer inciso de dicha norma se corresponde con el primero del Artículo 102 del Código Penal, en tanto prevé como regla general que las personas físicas responden por las infracciones que se

cometan en el seno de la empresa. Así, según dicho inciso del Artículo 6 DPA, si una infracción es cometida en la gestión de una persona jurídica, de una sociedad en nombre colectivo o en comandita, de una empresa individual o colectiva sin personalidad jurídica o de alguna otra manera en el ejercicio de una actividad para un tercero, las disposiciones penales son aplicables a las personas físicas que han cometido el acto (Hurtado, 2010).

A la luz de dicha apreciación efectuada por la acreditada doctrina, consideramos pertinente señalar que:

a) Es admisible que los específicos ámbitos jurídicos en que se manifiesta el Derecho (Derecho Civil, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Penal, Derecho Comercial, etc.) establezcan ciertos principios y normas cuyo resultado sea aparentemente contrapuesto al de otros ordenamientos.

b) Pero, al mismo tiempo el ordenamiento jurídico como tal, a pesar de la existencia de diversos compartimientos o ámbitos especializados y diferenciados entre sí, tiene como principal característica su carácter de sistematicidad y coherencia, de modo tal que es posible afirmar que la *ratio legis* de una norma de carácter administrativo que determina la responsabilidad por una infracción, es similar a la *ratio legis* de una norma de carácter civil que determina la responsabilidad por el daño causado y también es similar a la *ratio legis* de una norma de carácter penal que establece la responsabilidad por la lesión de un bien jurídico. Ello no extrañaría en modo alguno en la medida en que sea cual sea el ámbito jurídico específico de que se trate toda actuación que lesionara un interés reconocido como relevante por la específica rama jurídica, siempre debe merecer una respuesta que debe atender esencialmente a tres cuestiones: 1. Identificar el interés o bien afectado; 2. Identificar al sujeto autor de la infracción, incumplimiento o daño; y 3. Formular

la correspondiente medida, la cual debe conllevar efectos restitutorios, sancionatorios y/o restrictivos que incidan en la órbita jurídica del autor.

c) De acuerdo con ello puede afirmarse que resulta un rasgo de incoherencia y de asistematicidad la existencia de un sujeto del Derecho como lo es la persona jurídica, la cual desde hace tiempo es reconocida como un sujeto pasible de recibir una sanción administrativa y como pasible de recibir una sanción en el ámbito del Derecho Civil, pero que, sin embargo, es eximida de recibir una sanción penal. Dicha situación es claramente inconsistente, mas aún si se encuentra que en ámbitos tales como el Derecho Administrativo, el Derecho Tributario, el Derecho Comercial, el Derecho Minero, el Derecho Laboral, el Derecho Civil, etc., constituye una práctica largamente aceptada la imposición a la persona jurídica de sanciones por las infracciones que comete en sus actividades cotidianas.

Asimismo, dicha doctrina ha señalado que a consecuencia de la reforma legal operada el año 2007 en el Código Penal suizo, según la primera regla (art. 102 al. 1), la empresa es considerada responsable penalmente cuando, debido a su organización deficiente, no se puede imputar el delito a una persona natural determinada, y de acuerdo con la segunda regla (art. 102 al. 2), la empresa puede ser sancionada penalmente si se le puede reprochar no haber tomado todas las medidas de organización “razonablemente necesarias” para evitar la ejecución de uno de los delitos expresa y exhaustivamente enumerados, lo cual se da sin importar que el autor material del delito sea castigado o no. Por tanto la regulación penal suiza es mixta en el sentido que la primera regla prevé la responsabilidad de la empresa a título subsidiario, mientras que la segunda prevé la responsabilidad directa de la empresa (Hurtado, 2010).

Entendemos que dicha solución de Derecho comparado conduce a lo siguiente:

a) El criterio de organización deficiente como fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica, obedece a la comprobación de que dicha deficiencia constituye un factor que favorece la comisión del delito, configurando un contexto de proclividad hacia la vulneración de los bienes jurídicos.

b) En línea con la previsión del Código penal suizo, puede señalarse que una regulación penal que reconozca la deficiencia en la organización como fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica, debe conllevar de forma expresa aquellas salvaguardas o mecanismos de prevención que la empresa debe asumir por mandato de la ley y no como parte de un laxo compromiso o declaración de principios, esto es, la ley debe identificar y ordenar un conjunto de medidas de prevención específicas, las cuales deben guardar correspondencia con aquellos ilícitos que se desea prevenir en la actuación de la empresa.

c) Consideramos que el aporte del Derecho penal suizo puede legitimar entonces la formulación de un “Protocolo de prevención” consistente en una norma legal que de modo taxativo imponga como requisito de aprobación del registro de una persona jurídica –en especial de las modalidades empresariales y societarias-, un conjunto de medidas específicas, identificando los procedimientos de prevención, los sujetos encargados de su cumplimiento y supervisión, y las consecuencias legales de orden procesal que el incumplimiento de dicho Protocolo conllevaría.

d) Siguiendo el ejemplo suizo, puede implementarse en el Código penal peruano la responsabilidad de la persona jurídica, tanto de modo directo como subsidiario, perfeccionando así la actual regulación.

Asimismo, a diferencia de la redacción del Artículo 27° del Código Penal peruano, que restringe el número de sujetos cuyos actos ilícitos vinculan a la persona jurídica, en el ordenamiento penal suizo la responsabilidad penal subsidiaria de la persona jurídica se vincula a un catálogo amplio de sujetos, tal como lo refiere Hurtado (2010) en los términos siguientes:

De esta calidad de sujeto de la responsabilidad penal, debe ser distinguido el sujeto que comete el delito. A partir de la expresión “cometido en el seno de una empresa” empleado en el texto legal, se desprende que debe ser cometido por un miembro de la empresa, vinculado a la organización y sometido a la jerarquía de la empresa, por ejemplo, miembros de sus órganos, empleados, obreros. Poco importa el lugar y nivel que ocupan en la estructura organizativa de la empresa. Por el deber que la empresa tiene de vigilar y controlar las personas que contrata y de escoger, instruir y fijar sus competencias, la responsabilidad de la empresa puede darse por actos de las personas en las que ha delegado tareas importantes relativas al control y vigilancia de sus actividades económicas. Un *extraneus* a la empresa –asesor jurídico o consejero empresarial- no puede dar lugar a la responsabilidad penal de la empresa, salvo si puede ser calificado de órgano de facto de la empresa debido al papel importante que tiene en el sistema de esta última. (p. 20)

De acuerdo a los lineamientos formulados por la citada doctrina:

1.- La responsabilidad penal de la empresa es consecuencia de la previa responsabilidad penal del sujeto particular que ha cometido el delito en el interior de la estructura de la empresa.

2.- Por consiguiente, la única posibilidad que tiene un sujeto de perpetrar un delito en el interior de la estructura empresarial, es en la medida en que forma parte de ella, por lo cual su

presencia y actividad están regidas por los rasgos de especialidad, competencia, jerarquía. El sujeto en el interior de la persona jurídica no es un ser aislado, sino que se encuentra en una posición jurídica y administrativamente delimitada, con la identificación de su posición de acuerdo a una jerarquía y nivel remunerativo, y con específicos deberes y funciones y roles que cumplir. Por tanto, es inevitable la comprobación de lo siguiente: la única forma de cometer el delito en el interior de la persona jurídica es mediante el ejercicio del rol o función que el sujeto activo tiene reconocido dentro de la estructura de la empresa. En otras palabras: de no recurrir a la función o rol que ocupa dentro de la empresa, el sujeto activo no estaría en condiciones de poder perpetrar el ilícito en el interior de la empresa.

3.- Por tanto, el número de sujetos que se encuentra en posibilidades de perpetrar un ilícito abarca a la totalidad de los integrantes de la empresa, puesto que todos ellos ocupan un lugar y ejercen un rol o función en el interior de la estructura organizacional de la empresa.

4.- En la medida en que el conjunto de sujetos que ejercen roles y funciones en la empresa desarrollan sus actividades dentro de los parámetros y límites propios de sus cargos o labores, ello significa que las acciones que ejecutan en cumplimiento de sus deberes institucionales y laborales. Es la empresa la que preordena y delimita las actividades que van a desarrollar quienes entrarán a formar parte de ella.

Por consiguiente, la empresa no puede eximirse del deber de contralor y supervisión de la actividad que ejercen sus integrantes, por lo cual en caso de una situación de actividad que lesione bienes jurídicos se comprueba: a) La lesión de un bien jurídico; b) La participación de personal o integrantes de la empresa en la lesión del bien jurídico; y c) La lesión se produjo en ejercicio de la función o roles asignados en la empresa; por consiguiente la empresa es responsable de la comisión

delictiva, porque la comisión del delito ha sido efectuada en ejercicio de roles y funciones otorgados por la empresa a los sujetos que perpetraron el delito, y ello demuestra que el diseño organizacional y administrativo ha sido defectuoso, al no adoptar las previsiones necesarias para evitar lo que finalmente ha ocurrido.

5.- Si la empresa como parte del ejercicio de su actividad económica instruye y prepara a su personal de planta, personal administrativo y cuadros de la alta jerarquía y dirección, ello demuestra que la empresa ejerce un poder de control y dirección sobre su personal, de modo tal que entre sus diversos componentes, instancias, oficinas y divisiones se genera una actividad cuyos resultados convergen hacia el ámbito exterior de la persona (los clientes, consumidores y grupos de interés de la localidad donde desarrolla sus actividades). Así, del mismo modo como la empresa responde legalmente por un producto o servicio defectuoso o que genera un daño (o externalidad), en el ámbito penal debe responder por los daños a los bienes jurídicos que cometen sus empleados o directivos.

2.1.4.3. Fundamentos sobre la favorabilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Un primer fundamento sobre la necesidad de instituir y regular la responsabilidad penal de la empresa es que dicha alternativa obliga a abrir los ojos a los socios y a la cúpula empresarial, y considerar que forma parte de la ordenada gestión de la entidad preocuparse por la prevención de hechos delictivos. Como es de todos conocido, el Derecho Penal de la empresa se caracteriza porque con gran frecuencia la responsabilidad se desliza hacia escalones medios o bajos, de modo que socios y administradores tienen normalmente poco que perder y mucho que ganar con la comisión de hechos delictivos que benefician a la entidad. Por esta razón, solo una sanción que

afecta al bolsillo de los socios, o al poder o credibilidad de los administradores, permite distribuir correctamente los riesgos derivados de la comisión de un delito. En definitiva, se trata de dar cumplimiento a otro de los principios más sencillos y contundentes de la teoría de la organización: el medio más efectivo para controlar externamente una organización es hacer responsable de lo que en ella ocurra al decisor más poderoso (Nieto, 2010).

En otras palabras, la identificación de la persona jurídica como actor principal en el ámbito del Derecho penal constituye un giro radical cuya principal consecuencia es la generación del deber de atender a la prevención de aquellas prácticas que reflejen proclividad o tendencia hacia el delito.

En segundo lugar, el reconocimiento de la capacidad de actuación penal de la persona jurídica conlleva a la identificación del conjunto de funcionarios cuya actuación u omisión puede determinar finalmente la presencia y/o ausencia de una práctica delictiva tanto en el seno de la empresa como en la relación con terceros o el Estado.

Asimismo, en la medida en que por la dinámica del contexto en que la persona jurídica desenvuelve sus actividades la respuesta penal es ínfima en su valor preventivo-retributivo –en tanto se preservan las ilícitas ganancias obtenidas mediante la vulneración de la ley–, ello implica que el ordenamiento debe dar un paso adelante, el cual debe consistir en atacar tanto a la plana jerárquica que tiene el control y poder de decisión en la empresa, como a las utilidades o beneficios captados por la empresa, e impedir toda posibilidad de actuación futura.

La segunda razón puede enunciarse de este modo: La responsabilidad colectiva no solo hace más eficaz la individual, sino que permite un Derecho Penal material más sencillo, menos

costoso y lesivo para los ciudadanos, evitando el proceso de sobreexplotación del Derecho Penal individual en el que estamos inmersos. Solo un ejemplo: si una correcta organización empresarial nos permite ser más eficaces en la averiguación y sanción de comportamientos individuales, el legislador puede permitirse una rebaja generalizada de las sanciones. Pues, como es sabido, a medida que aumenta la probabilidad de castigo, decrece la cantidad de sanción necesaria para alcanzar iguales efectos preventivo-generales.

A estos dos argumentos, sumaría un tercero de carácter económico: la sanción a la empresa consigue, de un lado, compensar la ventaja anticompetitiva que esta ha obtenido mediante la infracción: la cantidad de impuestos evadida o las cantidades ahorradas por no disponer de medios de seguridad e higiene. Pero también, y de otro lado, dado que su responsabilidad le lleva a adoptar medidas de auto-organización preventivas, la empresa asume con ello parte del gasto público que genera la administración de justicia. Con ello se palia, al menos parcialmente, lo que los economistas denominan "fallos de mercado" y además se promueve una producción socialmente responsable, lo que entronca como antes señalaba con el debate acerca de la responsabilidad social corporativa (Nieto, 2010).

De acuerdo con esto tenemos que una omisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas lo que genera siempre es simplemente la continuidad de las prácticas delictivas por parte de las empresas, en la medida en que en su conducta cotidiana no tienen que incorporar el costo de sanción o multa como respuesta legal frente a la vulneración del ordenamiento, además de que ello configura un ámbito de impunidad. El reconocimiento de la responsabilidad de la persona jurídica establece un orden de cosas diferentes, donde con el dato de la sanción legal las empresas

se encuentran obligadas a una actuación distinta y a la implementación de un conjunto de medidas, esto es, una reforma en el interior de la empresa, a efectos de poder prevenir las prácticas delictivas.

Por otro lado, se reconoce que precisamente por la impunidad reinante en este ámbito en la región latinoamericana, es que se está descubriendo las prácticas delictivas a impunes de los conglomerados empresariales. Por consiguiente, frente a un contexto de relativa impunidad es necesario una reforma tanto a nivel legal como la adaptación de los conceptos e institutos dogmáticos de la Ciencia penal, a efectos de dar cabida cuenta y respuesta frente a la problemática de las organizaciones empresariales que hacen uso de su entramado normativo y de sus recursos financieros y logísticos para llevar adelante prácticas delictivas.

Complementariamente a lo referido, también se reconoce que existe una asentada noción dogmática clásica referente a la acción, a la culpabilidad y a la capacidad de punibilidad, la que desde sus orígenes está siempre ligada al comportamiento humano, descartando todo tipo de injerencia, dentro de esta parte del ordenamiento jurídico (dogmáticamente hablando) a las personas jurídicas. Frente a ello queda en pie la siguiente interrogante: ¿Cómo definir de modo autónomo el contenido del reproche de culpabilidad a las personas jurídicas? Al respecto, se reconoce que en términos dogmáticos, existe una dependencia de la culpabilidad del injusto, pues si el injusto se caracteriza por la actividad de una organización defectuosa y la proyección de una ética empresarial insuficiente, ello debe traducirse necesariamente en la culpabilidad, en haber creado las condiciones para la realización del injusto, por lo que, si la personas jurídica estructura correctamente su organización afianzando una cabal ética empresarial, en tal caso no le alcanzará responsabilidad penal alguna (Núñez, 2003).

En el proceso de evolución del Derecho Penal no hay duda alguna que la configuración de sus categorías y conceptos dogmáticos giraron alrededor del principal protagonista del evento delictivo: la persona natural como sujeto activo del delito, y en el esfuerzo científico de entendimiento y análisis del sujeto activo del delito y de las bases sobre las que fundamentar la imposición de la pena, resulta razonable la atención en el comportamiento humano. Frente al nuevo escenario histórico donde desde hace décadas se ha comprobado la participación de las personas jurídicas en el delito, ello hace necesario que las nociones dogmáticas del Derecho Penal deben experimentar un proceso de adaptación para poder analizar la delincuencia de las personas jurídicas. Así, de acuerdo a lo que refiere NÚÑEZ en tanto el injusto consiste en la conducta típica y antijurídica, en relación a la persona jurídica queda en claro que el reproche a la misma consiste en el defectuoso o deficiente diseño de la organización empresarial, y cuya consecuencia es la vulneración del bien jurídico.

En términos más específicos cabe referir que la antijuridicidad como componente del injusto, nos refiere a una actuación que es desvalorada, esto es, resulta manifiesta su incompatibilidad o contradicción con los valores del sistema jurídico en su conjunto. Así, en el discurrir de la persona jurídica lo que puede ser valorado como incompatible con los valores del ordenamiento es la opción o elección de un diseño organizacional que muestra proclividad o favorecimiento a la comisión de un delito. A diferencia de una persona natural donde la única forma de identificar una proclividad al delito consiste en la comprobación de los actos ilícitos en los que haya participado, en el caso de las personas jurídicas puede perfectamente efectuarse un análisis tanto en relación al hecho delictivo en sí, como en relación a la forma como se ha estructurado la organización y la forma como la misma ha venido desenvolviéndose, de modo tal

que se puede establecer si el diseño en la organización y actividad cotidiana son compatibles con los valores y principios que fundamentan la protección de los bienes jurídicos. En otras palabras, la forma como se organiza y desarrollan sus actividades las personas jurídicas, puede ser objeto de cotejo con las determinaciones axiológicas del sistema jurídico.

Asimismo, refiere Núñez que la profesora Laura Zúñiga Rodríguez sostiene que “un estudio pormenorizado de la actuación en el seno de organizaciones complejas, como las de tipo empresarial, nos demuestra que, debido a la complejidad del modo de producción industrial y comercialización de los productos, la división del trabajo existente dentro de las organizaciones, la distribución de funciones (de tipo horizontal o vertical), la delegación de las mismas, la existencia del deber de obediencia, el principio de confianza que rige los eslabones de funcionamiento de la cadena organizacional, los comportamientos que pueden dar lugar a lesiones de bienes jurídicos, son conductas de carácter complejo, donde se produce una fragmentación de la decisión y de la ejecución de las actividades, llevando ello necesariamente a que estos comportamientos no puedan subsumirse en los modelos de imputación penal existentes, diseñados a partir de un injusto y una culpabilidad contruidos bajo los paradigmas de una persona física dotada de voluntad. Señala entonces que, en vista a lo manifestado, es bueno adoptar una perspectiva política-criminal, que proscriba la impunidad que se advierte en torno a la cada vez más creciente delincuencia empresarial. Por ello, mantener conceptos restringidos y clásicos de Derecho Penal-Parte General, no coadyuva en modo alguno a solucionar la problemática de este tipo de delincuencia (Núñez, 2003).

Por consiguiente, la connotada jurista Zúñiga también refiere la insuficiencia de la actual configuración de los conceptos dogmáticos propios del Derecho Penal, que fue consecuencia de

una etapa en la cual la persona natural era la única capaz de asumir la posición del sujeto activo del delito. También constata la citada autora, en su descripción de la radiografía interna de la persona jurídica, que los procesos internos generados en la persona jurídica no pueden ser analizados haciendo uso de nociones que están fuertemente impregnadas por el referido paradigma antropocéntrico, por lo que la única alternativa posible es la innovación en los enfoques y orientaciones de dichos conceptos.

2.1.4.4. Las tesis positivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Las tesis positivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica afirman que las agrupaciones no son ninguna ficción, pues tienen existencia real y voluntad, y así como a estas agrupaciones, el Derecho Civil y Administrativo les reconoce capacidad de acción, y el Derecho Penal afirma que pueden ser víctimas de delitos, con mayor razón pueden ser autores de los mismos. En muchos casos los entes colectivos se dedican a actividades que difieren de su objeto social, y ante ello el Derecho Penal debe actuar sancionándolos con penas acordes a su naturaleza, por ejemplo, se le pueden imponer penas de multa, confiscación, clausura, prohibición de realizar una actividad determinada, disolución, etc. (Ulloa, 2006).

En sede de Derecho comparado se ha formulado la “Tesis del Reflejo”, mediante la cual la infracción cometida por cualquier individuo puede ser imputada también, a la persona jurídica, y según dicha teoría “la persona jurídica es responsable de rebote, indirectamente, de modo que es en la persona del individuo donde hay que apreciar el dolo o la culpa”. Esta teoría ha sido aplicada en múltiples oportunidades por los tribunales franceses, como por ejemplo en la sentencia dictada por el Tribunal Correccional de Verdún del 12 de Julio de 1995, en el cual se determinó que “la persona jurídica incurre en responsabilidad (...) desde el momento en que sus órganos (...) han

cometido (...) el elemento material y el elemento subjetivo de una infracción y añade que siendo establecida la responsabilidad penal del Sr. Level, se condena también a la cooperativa por exigencia de prevención” (Ulloa, 2006, p.347).

Asimismo, un tratamiento especial merecen los “modelos” propuestos por el maestro Gunter Heine, quien refiere que los criterios establecidos para atribuir la responsabilidad penal de las empresas se pueden resumir en tres modelos:

Primero, el acto del órgano como falta de la empresa, mediante la cual una organización debe ser identificada con las personas que de manera activa conducen la misma, siendo responsables directos del ente colectivo. Según este modelo clásico, se trataba de la imputación de los comportamientos externos de los órganos a la empresa. Este modelo de imputación funciona en los casos de pequeñas empresas que tienen una estructura jerárquica lineal y en las que el máximo responsable posee integralmente la competencia y la información.

En el segundo modelo, organización deficiente de la corporación, el punto de partida es la responsabilidad del deber de vigilancia. El deber de cuidado no se mide en función de la persona natural, sino de la propia persona jurídica, es decir, el dolo o culpa se analiza desde el ente colectivo, entendido éste como un grupo organizado de personas.

En el tercer modelo, principio de causalidad, se debe comprobar la organización compleja de una empresa para poder imputarle –como causante- determinados órdenes sociales; por ejemplo determinados valores fijados por el Estado (Ulloa, 2006).

Por su parte Frank Von Liszt y Prins defienden la tesis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tomando como fundamento las exigencias de índole político-criminal. Sostienen

que la persona jurídica es un medio especialmente peligroso para servir de instrumento a aquellos que pretendieran enmascararse tras ella, por lo que proponían que dichos entes colectivos fueran castigados drásticamente. Ellos señalan que así como el Derecho reconoce la capacidad para obrar de las personas jurídicas en el ámbito del Derecho, de igual modo se podía afirmar dicha capacidad en otras esferas, como en la penal. Asimismo, Von Liszt señalaba que quien puede concluir contratos, puede concluir contratos fraudulentos (García 2009).

Lo destacable de la postura citada es en relación a las consecuencias que se derivan de ella:

1.- La persona jurídica es antes que nada, un conglomerado de patrimonio, actividad concertada y estructurada en un modelo organizacional que permite un uso especializado de las competencias y actividades de quienes la integran. Por tanto, su capacidad de actuación supera con creces la que puede abarcar la actividad individual, y de allí su trascendencia e importancia en la economía contemporánea. Pero, al mismo tiempo, la reciente experiencia peruana en el escándalo de corrupción “Lava Jato” y “Club de la Construcción” ha evidenciado el enorme poder de las corporaciones para lesionar bienes jurídicos y principios sobre los que se asientan los cimientos del Estado Democrático de Derecho.

2.- Se ha comprobado que, tal como lo señalaran Von List y Prins, las empresas pueden servir para enmascarar a auténticas organizaciones criminales que bajo la cubierta de actividades empresariales emprenden una sistemática labor de saqueo de ingentes fondos del patrimonio público y que, para asegurar la impunidad de sus delitos, no dudaron en poner en práctica estrategias para corromper a autoridades políticas y funcionarios públicos.

3.- Por tanto, es necesario desde una perspectiva de política criminal, el llevar adelante a la implementación de un diseño normativo que en el ámbito del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, permita a la sociedad y al Estado reaccionar frente a la letal amenaza que representan las empresas que sirven de cubierta para sujetos que desean incursionar en prácticas criminales y que buscan en la autonomía empresarial un mecanismo para evitar las consecuencias punitivas por los delitos que cometen.

4.- Asimismo, el señalamiento que efectuaron aquellos connotados juristas en relación a la capacidad de obrar que posee la persona jurídica en diferentes ámbitos del Derecho, constituye un dato sobre cuya certeza no hay duda posible. Las personas jurídicas para lograr alcanzar sus fines requieren y ejercen diversos actos en los ámbitos correspondientes al Derecho civil, laboral, tributario, comercial, administrativo, etc., por lo cual materialmente hablando, no existe ningún obstáculo para que dicha capacidad de actuación también sea reconocida en el ámbito penal.

5.- También es evidente la obviedad a la que refiere Von Liszt: quien concluye contratos, también puede concluir contratos fraudulentos. Dicha aseveración recalca precisamente que en ejercicio de la libertad de contrato y libertad de empresa una persona jurídica de modo indistinto puede concluir contratos celebrados con pleno respeto a las normas legales, como también puede celebrar contratos que o bien pueden ser genéticamente fraudulentos o pueden ser contratos a los que posteriormente se le van agregando cláusulas (adendas) fraudulentas, que en realidad sirven para saquear el patrimonio público bajo el enmascaramiento de una supuesta actividad empresarial.

2.1.4.5. La imputabilidad de la persona jurídica

En doctrina se han formulado un conjunto de modelos de imputación de la responsabilidad penal del ente colectivo, entre las cuales tenemos las siguientes:

a) Sistema vicarial o de transferencia de responsabilidad.- En virtud de este sistema la culpabilidad de la persona natural se traslada a la persona jurídica. Por tanto, se trata de un mecanismo de transferencia de responsabilidad. La doctrina ha señalado que este modelo implica negarle capacidad a la persona jurídica de poder cometer un propio injusto penal, y que este modelo de imputación ha sido acogido implícitamente en el Acuerdo Plenario 7-2009/CJ-116, al establecer expresamente que el juez podrá imponer las consecuencias accesorias cuando haya verificado, cuando menos, entre otros, que se ha condenado penalmente al autor físico y específico del delito (Sota, 2012).

b) Sistema de culpabilidad de la empresa.- En este sistema se busca fundamentar la responsabilidad penal del ente colectivo a través de factores que tienen que ver con la propia corporación. Es decir, fundamenta un injusto de la propia persona jurídica. A grandes rasgos, para los partidarios de este sistema, la persona jurídica tiene capacidad de acción y culpabilidad.

c) El sistema mixto.- Este sistema de imputación reúne los aspectos más importantes de los sistemas anteriores. Así, del sistema vicarial recoge la transferencia de responsabilidad y posteriormente gradúa la pena a imponerse sobre la base del grado de culpabilidad de la empresa.

A este respecto existe la propuesta formulada por el jurista Gómez-Jara Díez, quien citado por Sota (2012), precisa:

Desde la perspectiva operativo-constructivista, son varios los sistemas que gozan de una especial autorreferencialidad; en concreto, de la capacidad de reproducirse

autopoiéticamente (reproducirse a sí mismos a partir de sus propios productos). Esta cualidad se observa tanto en la organización empresarial, en el ser humano, como en el Derecho. En este sentido, la organización empresarial es un sistema social organizativo que se reproduce sobre la base de decisiones. (p. 65)

Nosotros consideramos que la posición correcta es el reconocimiento de la responsabilidad penal de la empresa a título propio, esto es, reconocer en la persona jurídica una capacidad de actuación y de culpabilidad. En relación a la opinión de la doctrina respecto al Acuerdo Plenario 7-2009/CJ-116, donde se establece que para la imposición de las consecuencias accesorias a la persona jurídica se requiere la condena penal del autor del delito, dicho señalamiento según nuestro entender, no constituye un obstáculo para la consagración de la responsabilidad penal por defecto en la organización o deficiente administración, tal como lo ha efectuado el referido Acuerdo Plenario, formulando entonces un sistema de culpabilidad radicado en circunstancias achacables a la forma como la propia persona jurídica ha estructurado su sistema organizacional. De esa manera, el citado Acuerdo Plenario ha efectuado un deslinde que marca un antes y un después en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y en la naturaleza de las llamadas consecuencias accesorias.

Por consiguiente, una vez dilucidada la cuestión referente a la culpabilidad de la persona jurídica, lo que corresponde es la operativización de ello en términos prácticos, esto es, configurar o delimitar los alcances procesales que se derivan del nuevo paradigma. Por consiguiente, el análisis jurídico de la supuesta actividad delictiva que se impute a la persona jurídica, al tener que establecer o determinar la existencia del defecto en la organización de la persona jurídica, ello suscita el debate respecto a dos cuestiones puntuales: a) Identificar la falla o defecto en la

organización de la persona jurídica; y b) Identificar el ilícito cometido por el funcionario o empleado que forma parte de la persona jurídica. De las cuestiones mencionadas nos parece que la que cuenta con mayores elementos de apreciación al momento de entablar la acción penal es la referente al defecto en la organización, puesto que basta con la comprobación de la lesión del bien jurídico y la identificación del sector, división o estamento de la persona jurídica implicada en el delito. Así, puede ocurrir que mientras que el debate de la presunta responsabilidad de aquellos sujetos individuales que ocuparon los cargos con poder de decisión y los que participaron en la lesión del bien jurídico pudiera ser dilatado, en cambio en relación a la demostración del defecto en la organización se presenta la oportunidad de consagrar un medio de prueba cuya eficacia probatoria puede ser facilitada por el establecimiento de un protocolo de prevención de cumplimiento obligatorio, de modo tal que sea posible identificar las específicas medidas legales de prevención que hayan sido incumplidas, con el área o sector de la persona jurídica encargada de ejecutarlas. Además de ello dicho Protocolo de prevención al ser impuesto legalmente a la persona jurídica y estando ésta obligada a su cumplimiento desde su inscripción en el registro, por tanto puede constituirse en un caso de prueba anticipada.

Asimismo, en lo relativo a los criterios de imputación el jurista germano Tiedemann expone en pocas líneas los modelos que se pueden encontrar en un análisis de Derecho comparado. Señala que con frecuencia la responsabilidad de la empresa solamente se desencadena por actos u omisiones por parte de los órganos y/o representantes legales, jurídicamente cualificados para actuar en nombre de la empresa. Esta restricción corresponde a la teoría de Derecho Civil y un clásico punto de vista que quiere que la persona moral actúe a través de sus órganos. Afirma también que el modelo contrario se centra en los actos de toda persona que actúe en nombre de la

empresa, o a favor de ella. Esta concepción más bien pragmática va lejos, pero realiza la idea de facilitar la prueba y dejar superfluas las distinciones entre diferentes categorías de representante, incluidos los representantes de hecho. Los modelos mixtos se sitúan entre dichos tipos introduciendo un “managerial test” para limitar así la responsabilidad demasiado extensa del segundo modelo dejando de lado las acciones de personas que no tienen ningún poder de decisión (Feijóo, 2001).

También señala Tiedemann la progresiva difusión del último camino intermedio debido a la importancia que en una empresa o sociedad tienen los cargos intermedios o los encargados o jefes de una sección o unidad operativa concreta con enormes capacidades de decisión. En estos casos los órganos superiores muchas veces no toman las decisiones sino que sólo controlan y supervisan la actividad de los cargos intermedios que son los que realmente adoptan las decisiones relevantes y disponen de la información decisiva con respecto a la posible lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Los órganos superiores de dirección sólo se ocupan de políticas muy generales de la empresa. Es preciso que la ley abarque la realidad organizativa de las empresas (división vertical y horizontal de funciones, delegación de facultades y sus correspondientes deberes, etc.) (Feijóo, 2001).

Destaca la conveniencia que la ley aclarara si el hecho es imputable a la persona jurídica, aunque la persona física no reúna todos los elementos que exige el tipo (por ejemplo, requisitos especiales de autoría).

En tercer lugar, aparece la necesidad de determinar el hecho de conexión o el hecho que legitima la intervención del Derecho Penal, en la medida en que no parece razonable que toda actuación de un representante o del órgano de dirección pueda conllevar responsabilidades penales

para la persona jurídica. Así, se exige en doctrina y legislación que la actuación delictiva se haya realizado en nombre e interés de la persona moral. La doctrina suele hacer referencia, además, a algún requisito complementario que sirva para determinar la existencia de una “relación funcional”. Por ejemplo, que el hecho sea cometido en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica, en la esfera o seno de la persona jurídica, dentro de su marco estatutario o infringiendo los deberes que son propios de la persona jurídica. Lo que pretende la doctrina es que no se impute todo delito realizado “con ocasión” de una actividad de representación o dirección de la persona jurídica (Feijóo, 2001).

En relación a ello nosotros consideramos pertinente señalar que:

a) Es necesario que si se comprueba que efectivamente los mandos intermedios son los que tienen el control de la información y el poder de decisión relevantes y cruciales en la cuestión de la lesión del bien jurídico, por consiguiente debe darse un incremento de la actividad de control y supervisión sobre dichos mandos medios. En otras palabras, los órganos superiores ya no pueden limitarse a efectuar una labor de supervisión general, sino que deben establecer un conjunto de específicas medidas para prevenir la posibilidad de comisión de un ilícito penal por parte de los mandos intermedios de la empresa, situación cuya probabilidad entonces dependerá de la implantación de un adecuado e idóneo control.

b) Aunque es lógico y razonable que la actuación de un representante o del órgano de dirección conlleve a la asunción de responsabilidad penal de la persona jurídica, no es menos cierto que también es razonable la exigencia de establecer criterios razonables que vinculen a la persona jurídica, como por ejemplo, acreditar que el hecho ha sido perpetrado en el contexto de ejercicio

de roles o funciones establecidos por la persona jurídica, y que la actuación delictiva haya sido efectuada en nombre o en interés de la misma.

c) También es necesario que la represión penal se dirija contra aquellos sujetos que tienen un efectivo poder de decisión en la persona jurídica, puesto que materialmente hablando, son éstos quienes mediante una acción u omisión, han contribuido a la producción del resultado lesivo al bien jurídico.

Por consiguiente, es aceptable la idea según la cual la necesidad de enfrentar a la delincuencia de las personas jurídicas no debe implicar una extensión desmesurada ni una represión indiscriminada, sino que deben establecerse criterios que razonablemente, deben atender a cuestiones tales como si se ha hecho uso o se haya omitido el ejercicio de los roles o funciones que se desempeñan en el contexto de las actividades de la persona jurídica, o si ésta resulta favorecida por la actuación lesiva del Bien jurídico. Lo importante es que dicha fundamentación también se convierte en un límite para el ejercicio del *ius puniendi* contra la persona jurídica.

2.1.4.6. La actuación delictiva de la persona natural que forma parte de la persona jurídica

La doctrina ha precisado que de acuerdo al modelo de imputación de responsabilidad previsto en el Código Penal, solo responde la persona natural, se adopta el principio de personalidad de las penas y no se acepta la responsabilidad penal de las personas jurídicas (principio *societas delinquere non potest*). En ese sentido, señala que sólo se han instaurado procesos penales contra empresarios de televisión que pactaron ilegalmente con Montesinos, no contra las empresas que sirvieron de soporte para las actuaciones presuntamente ilícitas de dichos

empresarios. Al mismo tiempo, se ha señalado que la opción político criminal es diferente en países de tradición anglosajona tales como Estados Unidos o Inglaterra, donde se admite (en ciertos ámbitos relacionados con la actuación de las personas jurídicas), la condena a una empresa por los delitos que cometan sus directores o administradores, pudiendo imponerse multas, cierre de locales, cancelación de licencias, intervención o curatela judicial, etc., al margen e independientemente de la responsabilidad penal de los directores o administradores de la empresa. Se trata de una opción que se ha difundido en los Estados de la Unión Europea (Caro, 2002)

Nosotros encontramos que en líneas generales dicha doctrina se limita a constatar la diferencia existente entre la regulación del Código Penal peruano y la tendencia vigente en el ordenamiento penal europeo, el cual ya ha optado por la responsabilidad penal de la empresa, responsabilidad que es independiente de la correspondiente a sus directivos y funcionarios, y frente a la cual existen medidas que quiérase reconocer o no, indudablemente poseen un carácter punitivo, y que son medidas adoptadas en razón a la naturaleza de la empresa como particular modalidad de persona jurídica.

Asimismo, antes de la vigencia del Código Penal peruano de 1991 resultaba imposible aplicar directamente sanciones penales a la persona jurídica por carecer de capacidad delictiva, ni a sus órganos o representantes por no poseer el elemento especial de autoría exigido por el tipo penal correspondiente, teniéndose como resultado la completa impunidad. Frente a dicho problema en el Perú se adoptó la regulación del “actuar en lugar de otro” –contenido en el artículo 27 del Código Penal de 1991- como una cláusula de extensión de autoría en tanto considera como autor de un delito especial a una persona que no reúne la calidad especial exigida por el tipo, pero también como un complemento de la tipicidad, ya que considera típica su conducta lesiva de bienes

jurídicos e igualmente como una extensión de la responsabilidad, pues la hace penalmente responsable. La normativa pertinente es la siguiente:

Código Penal 1991

Artículo 27.- El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito, es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurran en él pero sí en la representada.

Se reconoce que dicha norma contiene cuatro supuestos de hecho: a) Cuando quien actúa es un órgano de representación autorizado de una persona jurídica; b) Cuando quien actúa es un socio representante autorizado de una sociedad; c) Cuando quien actúa lo hace como un órgano de representación autorizado de una persona jurídica; y d) Cuando quien actúa lo hace como un socio representante autorizado de una sociedad. Por ello la doctrina señala que en el caso peruano el legislador ha optado por una teoría que puede ser catalogada como la teoría del dominio restringido por criterios formales (Rivas, 2012).

De acuerdo con ello tenemos que el artículo 27° del Código Penal es la respuesta frente a un notorio defecto del hasta entonces existente sistema normativo, el cual no había previsto respuesta alguna frente a la práctica de la criminalidad de la persona jurídica. Mediante el artículo 27 se formula una política de represión basada en un criterio formal, esto es, limitado a un catálogo cerrado de sujetos, elegidos discrecionalmente como destinatarios de la norma penal.

Frente a la opción de política criminal que exhibe el artículo 27° del Código Penal, se genera la interrogante de si la misma resulta una herramienta eficaz en orden a los fines del

Derecho Penal, esto es, si el mencionado dispositivo posee aptitud represiva y preventiva, los cuales precisamente se explicitan en los sujetos que son sindicados por la norma penal como responsables “aunque los elementos especiales que fundamenten la penalidad no concurren en él pero sí en la representada”, esto es, la responsabilidad que se les imputa en realidad constituye la proyección de una conducta desplegada por la persona jurídica.

Respecto a dicha cuestión y coincidiendo con el jurista José Luis Castillo Alva, se advierte que el Artículo 27° del Código Penal peruano contiene lagunas de punibilidad al establecer el “actuar por otro” de modo tal que termina restringiendo su ámbito de aplicación no a cualquier sujeto que detentara un vínculo jurídico de representación, o de manera indiferente a cualquier representante de la persona jurídica (lo cual debería haber sido la configuración correcta del tipo penal), sino que se limita a mencionar a un cierto tipo o clase de representante, que resulta ser un órgano de representación o socio representante autorizado. Por consiguiente, nos encontramos frente a un criterio excesivamente formalista y rígido, el que por dicho defecto no resuelve satisfactoriamente la laguna de punibilidad del anterior sistema normativo al que debía reemplazar con mayor eficacia. En términos más específicos, el artículo 27° del Código Penal omitió considerar la actuación delictiva dentro de la empresa del llamado “administrador de hecho” (sujeto que sin figurar formalmente como representante de la persona jurídica, en la realidad es quien dirige o maneja la empresa) y de los representantes voluntarios o apoderados (aquellos que tienen la designación formal mediante escritura pública, y apoderados o representantes). De esa manera, la regulación penal no considera la situación en la que los administradores de hecho (que son los verdaderos administradores), se valen de testaferros (aquellos sujetos que prestan su nombre en un negocio ajeno), para ocultar su actuación delictiva, de modo tal que con la redacción

resultante solo llegan a responder penalmente los subalternos que en el rol de administradores de derecho actúan bajo el mando de los administradores de hecho, situación que alcanza a los cargos formales de Presidente de Directorio, Gerentes o Representantes Legales o a quienes se los hace aparecer como tales, que obviamente son colocados en dichos lugares anticipadamente a efectos de que puedan servir como “chivos expiatorios” (Rivas, 2012).

Asimismo, en la misma perspectiva crítica, Peña (2005) precisa lo siguiente:

habrá que señalar que la fórmula del “actuar en nombre de otro” tendrá únicamente ámbito de aplicación operativa, cuando la propia acción ejecutada por el que obra en nombre de otro no es por sí misma típica, por no detentar las condiciones y las cualidades exigidas por el tipo legal (delitos especiales). La operatividad de esta fórmula no es lo suficientemente amplia para poder identificar a todo el universo de actores que pueden intervenir en el seno de una estructura mercantil; el art. 27° del C.P. sólo prevé la intervención típica de los administradores de derecho a diferencia de otras codificaciones punitivas que ingresan en su ámbito amplificador típico a los administradores de hecho. La criminalidad empresarial muestra una realidad vastamente compleja, pues detrás de la estructura formal de la empresa se sitúan los verdaderos gestores de la empresa, que en muchas oportunidades instrumentalizan gestores fiduciarios (hombres de paja), con el fin de no aparecer formalmente en la sociedad y de esta forma servirse de ella como instrumento criminoso. (p. 139)

De acuerdo a la crítica formulada, la solución correcta pasaba por: a) describir en el artículo 27° del Código penal de modo genérico a todo sujeto que detentada un rol o función de representación de la persona jurídica; y b) describir en la redacción al llamado “administrador de

hecho” o sujeto que a pesar de no poseer un vínculo formal de representación de la persona jurídica, en la práctica es quien ejerce la dirección o manejo de la empresa. De ese modo, tanto desde una perspectiva formal como material el rango de respuesta represivo-preventiva abarcaría a cualquier tipo de sujeto que estuviera en control de la empresa, tuviera o no el vínculo formal de representación o manejo de la misma.

Asimismo, otra objeción consiste en que en el Acuerdo Plenario 7-2009 se ha señalado que las medidas previstas en el artículo 105° del Código Penal en realidad constituyen “sanciones penales especiales” en tanto “la legitimidad de su aplicación demanda que las personas jurídica sean declaradas judicialmente como involucradas –desde su actividad, administración u organización- con la ejecución, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible, sobre todo por activos y criminógenos defectos de organización o de deficiente administración de riesgos (Alpaca, 2012).

A nuestro entender, ello conlleva las siguientes consecuencias: a) Se proclama explícitamente como nuevo paradigma el “Principio delinquere potest” (La responsabilidad penal de la persona jurídica), y b) Se consagra a las llamadas “consecuencias accesorias” como auténticas medidas punitivas dirigidas contra la persona jurídica; c) Se formula así la habilitación material para el procesamiento de la persona jurídica como sujeto activo del delito, de modo autónomo y diferenciado de los procesos correspondientes a sus funcionarios y representantes.

2.1.4.6.1. La imputación a los órganos de la empresa

En el ámbito de la imputación a los órganos de la empresa el jurista Samuel Pufendorf citado por Claros (2013) distingue dos tipos de imputación: ordinaria y extraordinaria, las que son explicitadas del siguiente modo:

Imputación ordinaria, cuando la persona en cuestión, en el momento decisivo, está en las condiciones de evitar la producción del suceso o de realizar la acción en cuestión. En cambio, la imputación debe llamarse extraordinaria cuando en el momento decisivo la persona en cuestión no está en condiciones de evitar la producción del suceso o de realizar una acción en cuestión, pero puede reprochársele precisamente que se encuentre en esa situación de imposibilidad o de incapacidad, a causa de ella misma, contrariamente a lo que no le incumbiría. (p. 147)

Consideramos que la perspectiva de imputación señalada, se afina en el ámbito naturalístico-fáctico, en el sentido en que la clasificación se basa en las posibilidades reales que tiene un sujeto de actuar para evitar un resultado. Así, cuando el sujeto tiene el pleno dominio material de una situación, una actuación suya –lo cual abarca a la posibilidad de omisión-, tiene una relevancia crucial en la producción de un evento lesivo. Se trata de una situación ordinaria puesto que por lo general, precisamente cada persona en su discurrir cotidiano siempre estará en condiciones de poder determinar el curso causal de los eventos, pues ello está en la naturaleza de las cosas. Por consiguiente, una imputación es extraordinaria cuando la actuación individual de la persona no puede alterar el resultado lesivo, esto es, cualquier actuación –u omisión- que realice no tendrá relevancia ni efecto alguno, pero igualmente el reproche se genera en la medida en que la situación de irrelevancia fáctica en que se encuentra la persona, es consecuencia de una situación que ella misma ha generado. Se puede decir entonces que si la persona ha generado un entorno o

contexto en el cual ha anulado toda posibilidad de actuación eficaz en relación a la vigencia o protección del bien jurídico, el hecho de haber generado dicha incapacidad constituye el título que permite imputarle de modo extraordinario, el resultado lesivo.

De acuerdo con ello Claros precisa que la dificultad de imputación se presenta cuando para la evitación del resultado típico han tenido que intervenir más de dos personas, especialmente si entre estas se halla alguien que tiene la posición de garante. Dicha situación se presenta en el caso de los miembros de los órganos de la empresa, cuando un sujeto (empleado u obrero) causa un resultado y este es producto de la imposibilidad fáctica generada por terceros, que podrían ser los miembros del directorio o los gerentes de una empresa. Entonces, el carácter complejo de la organización de la empresa, que se manifiesta en el reparto de funciones y en la condición de subordinación que tiene un tercero por ser obrero o trabajador, permite afirmar que este no crea la situación de no evitabilidad del resultado, sino que dicha situación es producto de la suma de las condiciones generadas por sus inmediatos superiores o por los encargados de la dirección de la empresa. Por ello, en casos como el mencionado sería injusto que la imputación solo le alcance al obrero o empleado, o como se dice en sentido coloquial, quien sea el último eslabón de la cadena es el que siempre responda (Claros, 2013).

Así, de acuerdo a lo precisado por Granados, en el interior de la empresa se ha generado un contexto donde se pueden distinguir dos tipos de sujetos: a) aquellos cuya actuación carece de trascendencia en la configuración del contexto en la medida en que dentro de la organización carecen de poder de decisión alguno, y b) aquellos sujetos que por su posición y función dentro de la organización, tienen reconocido un poder de decisión, por lo cual están en condiciones materiales de configurar un cierto orden de cosas en el interior de la empresa, por lo cual todo

cuanto hagan –o decidan omitir-, tiene consecuencias en las condiciones imperantes en la estructura organizacional de la empresa. Por consiguiente, la producción de un resultado lesivo para los bienes jurídicos, aunque en términos fácticos puede ser imputada a un sujeto material que en el orden interno de la empresa carezca de poder de decisión, también le alcanza a quienes teniendo el poder y la facultad de decisión, sin embargo generaron –con sus acciones y omisiones-, las condiciones que favorecieron la producción del resultado lesivo.

Nosotros consideramos que esta perspectiva es adecuada e idónea para analizar la responsabilidad penal de la persona jurídica, y en especial en la modalidad de empresa, por lo siguiente:

a) Se destaca que en el interior de toda organización existen siempre aquellos sujetos que carecen de poder de decisión, y aquellos lo ostentan.

b) Establece la relación que existe entre el resultado lesivo y el conjunto de condiciones y dinámica en el interior de la empresa, las que terminan abonando a la realización de dicho resultado ya sea porque en su momento se tomaron ciertas decisiones, o se omitieron otras, de modo tal que el resultado lesivo le puede ser atribuido no en razón de una realización material por parte de los funcionarios o directivos, sino porque ellos crearon las condiciones que condujeron a la perpetración del delito.

c) Vistas así las cosas, no cabe duda alguna que la imputación extraordinaria nos remite a una descripción que corresponde a un defecto en el desarrollo de la persona jurídica, esto es, permite explicar adecuadamente lo que ocurre en el fenómeno de la criminalidad de empresa: un clima organizacional donde ciertas divisiones o estamentos de la empresa realizan su labor de

modo acostumbrado, mientras que otras generan condiciones y prácticas internas merced a las cuales elementos de la empresa incursionan en el delito contando ya sea con la aprobación y complicidad de los altos directivos, o siendo órganos ejecutores de los mismos, o aprovechando la situación de descontrol y lasitud normativa y organizacional que aquellos han previamente generado.

2.1.4.6.2. La posición de garante del empresario

La doctrina especializada ha precisado que cuando la posición de garante del empresario se fundamente en el señorío sobre las cosas y los procedimientos materialmente peligrosos, ello determina que la responsabilidad recae sobre el titular de esa custodia. Por esta razón, en una empresa en donde se verifica un dominio material escalonado, “cada cotitular de la custodia será responsable según su parte de dominio. Este dominio supone (...) un ámbito espacial de influencia acotado para cada garante, en el que se encuentra el objeto peligroso; con la salida de este ámbito de influencia se extingue el dominio material” (Cesano, 2010, p.194).

Asimismo, para los partidarios de la óptica material (Tiedemann, Schünemann, Frisch y Silva Sánchez), la posición de garante del directivo de una persona jurídica emana de las funciones de vigilancia que le competen a dicho directivo dentro de la organización y funcionamiento de la empresa. A decir de los autores mencionados, el directivo de una empresa tiene deberes de vigilancia o control de las fuentes de peligro que subyacen a sus funciones o competencias (v. gr. injerencia por un actuar precedente, relación de autoridad sobre sujetos dependientes, etc.). Esta forma de configurar la posición de garante del directivo, implica que este debe haber asumido materialmente, tanto la función de dirección de la empresa, como el dominio de la fuente de riesgo o peligro. Dicho de otro modo, desde la perspectiva indicada, el solo hecho de haber sido nombrado

como directivo de una persona jurídica (sin asunción de un dominio real) no es suficiente para fundamentar la posición de garante y, por ende, el deber de controlar los riesgos que traen consigo las actividades empresariales (Urquiza & Salazar, 2007).

Esta posición del dominio material se fundamenta en la existencia de una actividad especializada y compartimentada en el interior de la persona jurídica, la cual aparece como una estructura jerarquizada, con instancias y divisiones encargadas de funciones específicas, y donde las competencias y atribuciones son delimitadas. Por consiguiente, el ámbito del poder y facultades encargados a cada órgano o división, también marca el ámbito de su responsabilidad. Este criterio es útil en aquellos casos en los que se comprueba que mientras ciertos departamentos u oficinas de la empresa desarrollan sus labores de modo acostumbrado respetando el ordenamiento jurídico, otros departamentos son los encargados de llevar adelante la promoción de prácticas de corrupción, del cobro de las utilidades de dichas ilícitas actividades y de llevar adelante las maniobras del lavado de activos.

No hay duda que los cuadros directivos de la persona jurídica son los que configuran y deciden el rumbo y la política general hacia la cual la persona jurídica tenderá en sus relaciones con los proveedores, clientes, terceros y el Estado. Son los capitanes cuya labor no se reduce meramente a la adopción de la decisión, sino que ostentan también el poder de implementación y de dirección sobre el resto de órganos, oficinas, divisiones, empleados y funcionarios integrados en el organigrama de la persona jurídica.

Por tanto, se puede decir sin faltar a la verdad que lo que deciden los directivos es lo que finalmente va a configurar lo que se conoce como la voluntad de la persona jurídica, y por ello toda actuación lesiva de la persona jurídica en realidad tiene su origen en las decisiones y/o

actuaciones u omisiones en que hayan incurrido su personal directivo. Por ejemplo, los casos de los departamentos de contabilidad y encargados de llevar adelante la negociación de los proyectos en los que participa la empresa. En el caso del escándalo “Lava Jato” se comprobó que la empresa Odebrecht tenía una llamada “oficina de operaciones estructuradas” que era la encargada de financiar las actividades de corrupción para ganar las licitaciones.

Asimismo, con respecto al segundo fundamento de la posición de garante del empresario, ésta se basa en la responsabilidad de garantía de los superiores por las acciones de sus subordinados. En este caso, el límite o extensión de la posición de garante del titular de la empresa no puede implicar otras medidas de dirección que no sean las específicas del giro; alcanzando únicamente hasta donde el hecho sea expresión del dominio del grupo. Por el contrario, si el subordinado se emancipa, el superior no podrá ser responsabilizado por ese exceso (Cesano, 2010)

En este caso tenemos lo siguiente:

a) La responsabilidad de los superiores por las acciones de los subordinados tiene un límite, consistente en la existencia de un previo y correcto ejercicio de la labor de contralor y supervisión, de modo tal que si se comprueba que los órganos o funcionarios superiores han ejercido correctamente el control, entonces la comisión de un ilícito no les puede ser achacada a ellos, sino a la existencia de un factor ajeno, el cual entonces consiste en un diseño defectuoso o deficiente de la organización y/o procedimientos en el interior de la persona jurídica.

b) La posición de garante únicamente alcanza a aquellas medidas que forman parte del específico y detallado conjunto de competencias y atribuciones encomendadas de modo taxativo, esto es, no se trata de un conjunto laxo o genérico de atribuciones, sino que debe respetarse la

legalidad normativa interna de la empresa, constituida por disposiciones específicas y donde no se puede presumirse competencias o funciones, sino que las mismas deben haber sido previamente establecidas y encargadas, identificándose tanto al órgano superior, como a quienes aparecen vinculados o sujetos a su poder de dirección y/o supervisión.

c) En caso que se comprueba la independencia funcional o desvinculación del órgano inferior, entonces ello constituye un supuesto de no responsabilidad del órgano superior o titular, puesto que habrá dejado de serlo y por consiguiente, no se encuentre en posibilidad de ejercer el control sobre el órgano inferior que haya cometido la infracción penal.

Por último, se reconoce que si bien respecto de los miembros de la empresa no existen mayores dificultades al respecto, la discusión se torna relevante cuando se analiza la actividad de las personas ajenas a aquella, pero que realizan la actividad típica dentro de esta organización. La doctrina penal actual se encuentra aquí dividida, en tanto se defiende, por un lado, la limitación del deber de control al personal de la empresa, mientras que, por el otro, se admite en mayor o menor medida una responsabilidad penal también por hechos de sujetos ajenos a la organización (Cesano 2010).

Al respecto consideramos pertinente sostener lo siguiente:

a) El eje o punto de partida del problema de la criminalidad de la persona jurídica lo constituye el uso o desviación de las actividades de la persona jurídica, para perpetrar o favorecer la perpetración de delitos. La criminalidad realizada por las personas jurídicas como ya se ha precisado en los capítulos anteriores, es particularmente grave y letal para la sociedad como para

el sistema político, por lo cual se ha convertido en un problema que debe ser afrontado mediante la correspondiente política pública.

b) Por consiguiente, la respuesta penal debe fundamentarse en la existencia de una organización cuyo poder económico ha sido dispuesto para favorecer el delito. A su vez, tal favorecimiento puede darse ya sea mediante la actividad de un órgano o personal dentro de la estructura de la empresa, como por parte de un sujeto ubicado extramuros de la misma, puesto que lo importante es el ejercicio material de la organización y recursos de la empresa, mas allá de la existencia o ausencia de un vínculo formal entre el autor del delito y la empresa.

c) Por tanto, quien se encuentre formalmente fuera de la estructura u organización de la empresa pero que, pese a ello ejerce materialmente un rol correspondiente a una posición o status de dirección o de poder, debe ser objeto del contralor y supervisión, el que debe ser ejercido por la instancia encargada de supervisar aquellas actividades o roles en los que el extraneus a la empresa interviene o ejerce.

d) El solo hecho de la existencia de un sujeto que ejerce un rol o función en el interior de la empresa, sin que exista el previo respaldo de la pertenencia formal a su estructura, constituye un indicativo de una situación irregular o anómala, por lo cual la no adopción por parte de la empresa de medida alguna en contra de de la intrusión, demuestra indubitablemente el favorecimiento a una situación que puede conducir a la comisión de un ilícito penal, por lo cual la responsabilidad penal que se genere no corresponde a un hecho ajeno a la organización, sino que la misma ha hecho propio por su negativa u omisión de medida alguna frente al autor del delito que ha hecho uso de las funciones, roles o atribuciones que únicamente corresponden a quienes forman parte de la empresa.

2.1.4.7. El modelo de imputación en el Acuerdo Plenario 7-2009: la culpabilidad por “Defecto de organización” y “deficiencia en la administración de riesgos”

Según el jurista Tiedemann, la culpabilidad puede ser concebida de manera diferente a la culpabilidad individual fundada sobre un reproche ético. Con este objeto, es de recurrir a categorías sociales y jurídicas. En su opinión, en el caso de la empresa la culpabilidad se basa en un reproche social basado en sus deficiencias de organización, de modo que se puede hablar de una culpabilidad por organización (Organizationsverschulden). La misma que está en relación con la infracción cometida por una persona individual, hecho que desempeña el papel de factor de conexión (Anknüpfungstat). Así, se reprocha a la empresa no haber tomado las medidas de prevención indispensables para garantizar el desarrollo de sus actividades de manera correcta y la no comisión de delitos. Si algunos de sus miembros delinquen en el seno de la empresa, la ejecución de estos comportamientos se presenta como incorrecciones debidas a la empresa misma (Hurtado, 2010)

Así, el reproche ético de la conducta individual explicita la referencia a la libertad de actuación del sujeto y en el caso de la empresa el reproche ético no puede tener el mismo contenido, sino que debe atender a la forma como la empresa ha organizado sus diversos elementos y componentes, a efectos de procurar que toda actuación en ejercicio de los roles y funciones existentes en el interior de ella, sean con respeto al ordenamiento jurídico en general y a los bienes jurídicos en especial. Siendo así, la demostración de una lesión al bien jurídico cometida por la persona individual: a) demuestra que la organización de la persona jurídica, es defectuosa, b) la comisión del delito vincula el defecto en la organización con la lesión del bien jurídico.

El jurista nacional Hurtado refiere que en doctrina comparada (Suiza) se admite que la empresa tiene la capacidad de actuar y que sus actos constituyen la manifestación de la voluntad

colectiva, que ella puede ser considerada como responsable en la medida en que puede violar un deber de prudencia o que uno de sus miembros no prevé el peligro o la producción de un resultado perjudicial. Así, el reproche se basará en un defecto de organización de la empresa; es decir una apreciación deficiente de los riesgos que debieron razonablemente ser previstos. Como dicha noción de culpa tiene un sentido sui generis marcado por razonamientos tomados de la economía de la empresa y de la sociología de organizaciones, no es necesario fijarse mucho en el aspecto subjetivo de la culpa. De ese modo, se produce una objetivización parcial de la culpa, pero que se justifica por su acercamiento a la noción de responsabilidad desarrollada en derecho civil. Respecto a la culpabilidad intencional, se rechaza la idea de que se pueda deducir de los diversos actos cometidos por una empresa (especie de delito continuado) que haya actuado con una intención única, puesto que la intención es un fenómeno psíquico regido por una unidad de tiempo, lo que exige la presencia de una persona natural. Por eso, se estima que la noción de culpabilidad sin distanciarse de la concepción tradicional, requiere ser ampliada y adaptada a las circunstancias particulares relativas a la responsabilidad penal de la empresa (Hurtado ,2010).

De acuerdo con ello tenemos lo siguiente:

a) Si la empresa dispone de los medios y recursos para generar una organización, por tanto se encuentra en condiciones de poder determinar el curso u orientación hacia la cual va a discurrir las actividades de la organización que ha generado. El poder de determinar la direccionalidad de la empresa queda en evidencia en el hecho consistente en que la propia empresa es la que ha establecido los compartimientos o divisiones administrativas con el correspondiente organigrama de funcionarios y ejecutivos, encargando a cada uno de los mismos funciones y roles específicos y, por tanto, con claro conocimiento del poder de actuación que se les otorga y los efectos que los

mismos pueden tener en el desarrollo de las actividades de la empresa y en el logro de los objetivos impuestos.

b) Es así que la organización de la empresa constituye una universitas o microcosmos donde la acción concertada y dirigida de los diversos componentes o divisiones refleja una racionalidad dirigida hacia un fin, y ello trasunta la voluntad de la empresa.

c) De acuerdo con ello la producción de una lesión del bien jurídico no puede ser objeto de una apreciación de índole psicológico-subjetiva, sino que es necesario determinar la vinculación entre la lesión del bien jurídico con la forma como la persona jurídica empresarial se ha estructurado. La validez de este aserto se confirma en que se ha comprobado en los recientes escándalos de corrupción “Lava Jato” y “Club de la Construcción” la existencia dentro de las organizaciones empresariales de divisiones administrativas encargadas específicamente de realizar las prácticas de corrupción de autoridades y funcionarios.

Asimismo, señala Sota que en doctrina alemana ha sido Gunter Heine quien ha tratado de fundamentar la responsabilidad penal de las empresas a partir de la observación de la naturaleza de los entes colectivos y haciendo un paralelo con las categorías penales de la responsabilidad individual (“transposición análogo-funcional”). Así, la culpabilidad no constituiría un reproche por una determinada decisión o por un hecho concreto en un momento dado, sino por un desarrollo empresarial defectuoso que puede haber llevado muchos años en producirse (“culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial”). La acción reprochable consistiría entonces en un “*management* defectuoso” (la empresa como garante, supervisor y poseedor de los conocimientos cualificados ha omitido medidas idóneas) de riesgos provenientes del ente colectivo. Así, la realización concreta de este “peligro empresarial”, o sea la perturbación social como producto del

management defectuoso del riesgo, no sería más que una “condición objetiva de punibilidad”. De acuerdo con ello se generan dos conclusiones: 1. Se reconoce la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica; y 2. Los fundamentos de estas son distintos a los de la acción y la culpabilidad desarrollados para las personas individuales, pues su equiparación conduciría a un imposible jurídico y a la conclusión de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas (Sota, 2012).

Consideramos que lo destacable de la referencia señalada por Sota consiste en lo siguiente:

a) Diferenciar adecuadamente la noción de la culpabilidad de la persona individual, y la culpabilidad de la persona jurídica; b) Atiende, por consiguiente, a la distinta naturaleza de la persona natural (dotada de conciencia y razón) y la persona jurídica (la que manifiesta su voluntad mediante su diseño organizacional y su actuación); c) Confirma que la pretensión de trasladar al análisis de la persona jurídica categorías dogmáticas generadas para el análisis de la persona individual, inevitablemente generará un efecto punitivo, toda vez que en una situación de desfase entre un constructo dogmático y la realidad sobre la cual incide, arrojará como resultado previsible la imposibilidad de realización de lo que el concepto dogmático describe, con lo que efectivamente realiza una entidad como la persona jurídica, carente de subjetividad y de conciencia.

Asimismo, se ha señalado que aunque en el ordenamiento jurídico-penal peruano no se reconozca la estricta responsabilidad penal de las personas jurídicas, ello no significa que para la legislación penal sea irrelevante que una empresa haya servido como medio de comisión o encubrimiento de actos tipificados como delitos puesto que de acuerdo al Código Penal vigente las personas jurídicas pueden asumir dos tipos de responsabilidad: la responsabilidad civil y la llamada responsabilidad accesoria. Así, según el artículo 95 del Código Penal “la reparación civil

es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados”, lo cual significa por ejemplo, que la responsabilidad civil de los directivos de las empresas debe ser asumida solidaria y conjuntamente con las empresas, en caso éstas hubieran sido utilizadas para cometer sus delitos o encubrirlos, solución que está respaldada en el Artículo 1981 del Código Civil y en la remisión prevista por el artículo 101 del Código Penal, cuyo texto establece: “Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo (Caro, 2002).

Así, de acuerdo al enfoque reseñado, el autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria”. Como puede advertirse, esta norma regula la llamada responsabilidad vicaria del empleador, lo que significa por ejemplo que al ser la empresa empleadora de sus directivos o administradores (más allá de que éstos sean a la vez accionistas o propietarios de la empresa), ésta responde por los actos de aquellos solidariamente. Dicho sector afirma que a fin de garantizar una adecuada reparación civil podrían adoptarse las siguientes medidas: a) Constituir a las empresas en terceros civilmente responsables; y, b) solicitar el embargo de los bienes de las empresas conforme al art. 100 del Código de Procedimiento Penales (Caro, 2002).

Por nuestra parte, consideramos que a la luz del acuerdo plenario 7-2009/CJ-116, la propuesta formulada por dicho sector doctrinario ha sido superada, toda vez que el título de la reparación civil que debe afrontar la empresa será como autora del daño y no como tercero civilmente responsable, así como la responsabilidad será solidaria no por el carácter de responsabilidad vicaria, sino por constituir su actuación un caso de daño responsabilidad por hecho propio consistente en la organización defectuosa de la empresa.

Por otro lado, en el ámbito del sistema jurídico nacional el Acuerdo Plenario 7-2009/CJ-116 del 13 de Noviembre de dos mil nueve formuló lo siguiente:

11°. Si bien subsiste un delineado debate en la doctrina nacional sobre el concepto y la naturaleza que corresponde asignar a esta modalidad de las consecuencias accesorias, su estructura, operatividad, presupuestos y efectos permiten calificar a las mismas como sanciones penales especiales [PERCY GARCÍA CAVERO: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 757 y ss.]. En primer lugar, porque la legitimidad de su aplicación demanda que las personas jurídicas sean declaradas judicialmente como involucradas – desde su actividad, administración u organización- con la ejecución, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible, sobre todo por activos y criminógenos defectos de organización o de deficiente administración de riesgos. Y, en segundo lugar, porque su imposición produce consecuencias negativas que se expresan en la privación o restricción de derechos y facultades de la persona jurídica al extremo que pueden producir su disolución. [LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: *Las consecuencias accesorias aplicables a las Personas Jurídicas del artículo 105° CP:*]

Como puede advertirse, el citado Acuerdo Plenario:

1. Incorporó en el ordenamiento jurídico peruano el defecto de la organización o deficiente administración de riesgos como el fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica.
2. Estableció una vinculación entre la lesión al bien jurídico y la previa actuación de la persona jurídica, en la cual se han presentado la ejecución, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible.

3. En base a lo anterior se impuso a la persona jurídica medidas que consisten en la privación o restricción de derechos y facultades de la persona jurídica, y pueden llegar a su disolución, por lo que cabe reconocer en las consecuencias accesorias por los efectos que genera, el carácter de auténticas sanciones penales de carácter especial.

Tenemos así que el modelo de imputación establecido en el Acuerdo Plenario 7-2009 se fundamentó mediante el concepto de culpabilidad por el defecto de organización –propuesto por el jurista germano Tiedemann y que consiste en reprochar a la empresa el no haber adoptado las medidas de prevención indispensables para garantizar el desarrollo de sus actividades de manera correcta y la no comisión de delitos-, y también mediante el concepto de deficiencia en la administración de riesgos –propuesto por Heine y que consiste en una deficiencia en la organización de la empresa debido a una equivocada ponderación de los riesgos empresariales-. Como lo ha destacado la doctrina, los presupuestos teóricos formulados por los juristas Tiedemann y Heine buscan determinar si la persona jurídica tiene una culpabilidad análoga a la de la persona natural o si la culpabilidad jurídico-penal de la persona jurídica es propia, respectivamente. Al respecto, se ha precisado que en relación a la culpabilidad por defecto de organización, la misma guarda relación con el fenómeno de las actuaciones *actio libera in causa*, donde se sanciona por la falta de cuidado no cuando acontece el hecho, sino en un momento previo o anterior al hecho delictivo. Así, la culpabilidad implica un juicio de reproche –desprovisto de toda clase de connotación ética- frente a la persona jurídica por haber omitido la adopción de ciertas medidas (lesión del deber de vigilancia del órgano) que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no infractor de la actividad conforme a la legalidad de la persona jurídica. En dicho orden de ideas, los actos individuales se consideran delitos de la persona jurídica porque sus

órganos o representantes han omitido las medidas preventivas indispensables para garantizar una persona jurídica no delictiva. Según Tiedemann, la empresa no es sancionada a causa del propio acto individual perjudicial, sino por el descuido precedente de omitir aquellos actos que hubiesen obstaculizado la posibilidad de la comisión de hechos delictivos de la empresa (Alpaca, 2012)

Los alcances del reconocimiento de esta tesis en el ámbito de la responsabilidad de la persona jurídica, a nuestro entender, son los siguientes: a) Configura un supuesto de responsabilidad autónoma de la persona jurídica, esto es, por un título o fundamento propio y perfectamente diferenciable del fundamento correspondiente a la actuación de de la persona natural que ejerce la función de representación; b) Fundamenta la culpabilidad de la persona jurídica no en su participación en el acto delictivo, sino en el haber generado con su omisión de medidas preventivas, un entorno o contexto favorable a la comisión delictiva, la que ha sido por ello, finalmente propiciada o favorecida por la no adopción de disposiciones destinadas a prevenir la comisión delictiva; c) Por consiguiente, la imputación no es consecuencia de la extensión de la noción de índole psicológico subjetiva correspondiente a la persona natural, sino que se fundamenta en la realidad normativa-organizacional de la empresa, la que atendiendo a su particular configuración debe diseñar un conjunto de medidas para asegurar que su discurrir cotidiano se mantendrá dentro de los contornos de la legalidad y respeto a los bienes jurídicos.

Asimismo, en el Acuerdo Plenario 7-2009 también se hizo referencia al concepto de deficiencia en la administración de riesgos, cuyo punto de partida radica según el jurista germano Heine, en la responsabilidad por un deber de vigilancia. Heine sostiene que el concepto de culpabilidad en el Derecho Penal empresarial es distinto al del Derecho Penal individual, por lo que en los casos de la responsabilidad penal de la persona jurídica no se debe partir del concepto

de culpabilidad por el hecho, sino de culpabilidad por el carácter o por la conducción empresarial. En ese sentido, se sostiene que la empresa debe organizarse de manera autorresponsable, de tal manera que el riesgo permanezca dentro del ámbito empresarial (Alpaca, 2012, pp. 71- 72).

De acuerdo con ello: a) Se reconoce que la sola presencia de la empresa representa un riesgo de lesión del ordenamiento jurídico; b) Se reconoce que la empresa tiene el deber de impedir que el riesgo existente en su interior se traslade hacia el ámbito social generando la lesión de bienes jurídicos; c) La única instancia encargada del control de dicho riesgo es la propia empresa; d) Se trata entonces de un fundamento de culpabilidad que es ajeno al carácter psicológico-subjetivo propio de la persona individual; y que descansa en la existencia de un deber de responsabilidad en la actuación o conducción empresarial.

Asimismo, cuando preguntamos qué es un defecto de organización entramos, a su vez, tres variantes:

a) En algunos casos, como en la propuesta de Günther Heine o el homicidio de la corporación británico, la culpabilidad por defecto de organización sería una suerte de responsabilidad imprudente de la empresa. Lo que se le reprocha a la empresa es el haber generado una lesión de bienes jurídicos -la muerte de un trabajador, la contaminación ambiental-por no haber organizado correctamente sus procesos de producción (Nieto, 2010).

A diferencia de la persona individual, la cual en su actuación debe conformar su respuesta en base a un elemento intelectual y emotivo, la empresa por su naturaleza de persona jurídica carece de la posibilidad de una actuación inadecuada o disruptiva como consecuencia de una “emoción” o “alteración abrupta” de un estado de conciencia. La actuación de la persona jurídica

es simplemente la actuación de sus órganos, funcionarios, empleados y personal, dentro de lo que previamente ha previsto en sus estatutos y reglamentos, todo ello a su vez delimitado por las normas respectivas.

Por ello, admitiendo la posibilidad de actuación delictiva, una plausible explicación consiste en asumir que precisamente la comisión delictiva evidencia que en el diseño, estructura o dinámica de funcionamiento de la empresa, se ha omitido ciertos protocolos, procedimientos, requisitos o límites, los cuales de haberse implementado adecuadamente hubieran impedido la realización de la práctica delictiva.

Precisamente, al evidenciarse el grado de incumplimientos parciales que desembocan en la lesión del bien jurídico, ello demuestra una opción claramente decidida en contra del ordenamiento jurídico y de la protección de los bienes jurídicos, por lo cual la opción del “homicidio de la corporación” aparece como una respuesta razonable y proporcional frente a las dimensiones de ciertas ilegalidades en que incurren las empresas.

b) Una segunda variante de concebir el defecto de organización se asocia a la ausencia de un responsable individual. Así por ejemplo, el Código Penal suizo indica que la empresa es responsable si la "falta de adscripción del hecho a la persona individual se debe a una carencia de la organización interna". Como puede apreciarse, se trata de una responsabilidad subsidiaria de la empresa que deriva de la no identificación o inexistencia de un responsable individual (Nieto, 2010).

Como ya se ha precisado, en este caso nos encontramos frente a una modalidad de responsabilidad subsidiaria, esto es, únicamente en tanto no se pueda identificar al responsable

individual, se procede entonces a señalar la responsabilidad en la empresa. Asimismo, la imposibilidad de poder imputar el hecho delictuoso a la persona individual debe tener su origen en la deficiente organización interna de la empresa. En otras palabras, en el interior de la empresa debe existir una situación de caos o desorden, y donde merced a la laxitud de dicha configuración interna –o ausencia de organización o control o supervisión-, no es posible señalar a la persona en la que se identifique la responsabilidad individual.

En particular nosotros disentimos de esta variante, por lo siguiente:

- Una verdadera y auténtica responsabilidad de la empresa se fundamenta en la índole de los actos –de contenido con relevancia penal-, los cuales se configuran fácticamente por la realización de eventos en los que ha intervenido la persona jurídica, es decir, desde el inicio existe el título que permite imputar dicha conducta a la persona. Establecer una responsabilidad en ausencia de otra, propiamente hablando no es una auténtica ni verdadera responsabilidad penal.

-La implementación de la variante señalada puede conducir a supuestos de impunidad, donde o bien por cuestiones de conveniencia procesal o por presión mediática, la actividad procesal se enfoca únicamente ya sea o bien en la persona individual o en la empresa, de modo excluyente, lo cual puede encubrir situaciones en las que la actuación criminal se ha cometido tanto por la persona individual como por la persona jurídica (empresa).

c) Finalmente, una tercera posibilidad, aprecia la falta de organización en todo lo contrario, en "no haber puesto todas las medidas organizativas razonables e indispensables para impedir la infracción cometida". Lo que constituye construir el defecto de organización en relación tanto a comportamientos dolosos como imprudentes de los empleados de la entidad (Nieto, 2010)

En relación a esta tesis en particular, debemos destacar lo siguiente:

-En relación a la existencia de la persona jurídica

Desde que aparece jurídicamente mediante el acto de constitución de sociedad e inscripción en el registro, los que participan en la creación de la persona jurídica se encuentran con un previo diseño o esquema legal, esto es, una cierta estructura cuyas instancias, órganos y funcionarios ya están previstos en la ley de la materia, puesto que precisamente la ley ha previsto que la aplicación de los recursos de una persona jurídica debe ser asegurada mediante una cierta forma de organización particular o específica a la finalidad que se hayan propuesto sus creadores.

-La actuación de la persona jurídica

No existe la libertad de los creadores de una persona jurídica para habiendo conformado una cierta modalidad organizacional específica, la misma asuma como objetivos o fines aquellos que son correspondientes a otro tipo de organización. Así: la actividad de una asociación no puede ser desarrollada por una sociedad anónima, ni una empresa puede desarrollar actividades que han sido reservadas para ser realizadas mediante la forma correspondiente a una fundación, etc.

En otras palabras, las relaciones jurídicas que entabla una persona jurídica siempre están previamente encauzadas o delimitadas por una forma de rango legal o reglamentario. Incluso la libertad de contratación y de celebración de ciertos actos debe ser siempre respetando los requisitos legales para que dicho acto sea eficaz y respetando por exigencia legal las normas relacionadas al orden público, o las buenas costumbres y los bienes jurídicos.

Así, en la medida en que la persona jurídica respete dichas normas es que su actuación en el orbe jurídico será reconocida como vinculante y por ello el ordenamiento jurídico le otorgará eficacia o vinculatoriedad.

-La conformación de la voluntad o decisión en el seno de la persona jurídica

Aunque finalmente la expresión de la voluntad de la persona jurídica se plasma en la firma de su órgano y/o representante o funcionario autorizado, la direccionalidad del acto se va gestando y construyendo en el interior de la persona jurídica, en sus divisiones, oficinas o instancias internas, donde los funcionarios están encargados tanto de verificar la posibilidad fáctica como jurídica del acto en el cual la persona jurídica está participando o desplegando sus recursos logísticos, bienes y actividad del personal.

Nosotros consideramos que es desde este interior que debe existir un conjunto de mecanismos y/o procedimientos de supervisión destinados a: a) identificar al funcionario u órgano que esté desarrollando una conducta de elusión o confrontación con las exigencias, procedimientos y requisitos establecidos en la ley; b) Identificar alguna situación o práctica que constituya incumplimiento o infracción de las normas de control existentes tanto a nivel administrativo como penal; c) Identificar tanto al funcionario responsable como al personal que hayan participado en el acto que tenga potencialidad lesiva del orden público o los bienes jurídicos de las personas individuales, de la propia persona jurídica, de la Administración pública o de otras entidades de Derecho privado.

III. Método

3.1. Tipo de investigación

Nos encontramos frente a una investigación descriptivo-explicativa, en tanto que el objetivo principal es alcanzar el conocimiento de las variables, para posteriormente tratar de establecer la relación causal de la situación problemática descrita, con las variables que le dan origen.

Asimismo, la investigación también se configura como una investigación por objetivos, lo cual conduce a que la comprobación de los objetivos conlleva a la comprobación de las hipótesis de trabajo.

3.2. Población y muestra

Universo

El universo de la población estuvo constituido por los órganos del Ministerio Público especializados en lo penal del distrito de Lima metropolitana.

Población

La población abarca al conjunto de las 53 fiscalías especializadas en lo penal del distrito judicial de Lima metropolitana.

Muestra

La muestra se obtendrá en función a los órganos fiscales provinciales especializados en lo penal del distrito judicial de Lima Metropolitana, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$n = N \cdot Z^2 \cdot P \cdot Q$$

$$E^2 (N-1) + Z^2 PQ$$

Donde:

N = Población es de 53 fiscales

Z = Nivel de confianza 1,96

E = Error de estimación= 0.012= 1.2%

I = Factor de corrección

P = 0,99

Q = 0,01

$$n = N \cdot Z^2 \cdot P \cdot Q$$

$$E^2 (N - 1) + Z^2 PQ.$$

Tamaño muestra ajustado n = 44.14

3.3. Operacionalización de variables

Tabla 1

Operacionalización de las variables de la hipótesis general (VI)

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	ÍTEMES
Capacidad de actuación de la persona jurídica	Capacidad de participar en las relaciones jurídicas	-Celebración de	¿Considera usted que si la persona jurídica puede participar en las relaciones jurídicas y puede asumir obligaciones y ejercer derechos, entonces se puede decir que sí tiene una capacidad de actuación que genera un impacto o consecuencias para terceros?
		-Asumir obligaciones	
		-Ejercer derechos	¿Considera usted que reconocer la capacidad de actuación de la persona jurídica también debe conllevar el reconocimiento de responsabilidad penal en caso participe en la

afectación de un
bien jurídico?

Tabla 2

Operacionalización de las variables de la hipótesis general (V2)

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	ÍTEMS
Responsabilidad penal de la persona jurídica	Deber de respetar bienes jurídicos	-Deber de cumplir normas jurídicas al igual que las personas físicas. -Respuesta legal en caso que persona jurídica participe en comisión de delitos.	¿Las personas físicas y jurídicas se encuentran obligadas igualmente al cumplimiento de las leyes y protección de los bienes jurídicos? ¿Considera usted que el Derecho penal debería reconocer explícitamente que la persona jurídica que participa, tolera u ordena actos ilícitos, debe ser declarada responsable por la comisión de delitos?
	Deber de prevención de uso de persona jurídica para cometer delitos	-Establecimiento de controles internos y externos para prevenir comisión de ilícitos. -Reacción penal por no adopción de	¿Considera usted que deberían formularse controles internos y externos que prevengan la posibilidad del uso

		medidas de o actuación de la prevención ni persona jurídica en reacción frente a la comisión de delito. ilícitos penales? ¿Considera usted que si se demuestra que la persona jurídica no adoptó los medios de prevención ni de reacción frente a la comisión de un delito en su interior, debería ser objeto de una respuesta penal cuando se compruebe su participación en un delito?
Principio de Legalidad	-Deber de legislar responsabilidad penal de persona jurídica. -Fundamentación de responsabilidad penal de persona jurídica.	¿Legislar la responsabilidad penal de las personas físicas pero no legislar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, vulnera o no el principio de igualdad frente a la ley? ¿Es posible fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica en cuyo interior se cometió un delito?

Tabla 3*Operacionalización de las variables de la hipótesis específica 1 (V1)*

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	ÍTEMS
Principio Delinquere potest	non Ausencia voluntad	de -Participación de la persona jurídica en relaciones de derecho civil, comercial, administrativo y tributario. -Subjetividad comparable a la de la persona física.	¿Considera usted razonable decir que hay ausencia de acción y de voluntad en la persona jurídica cuando en los ámbitos del derecho civil, comercial, administrativo y tributario se reconoce plenamente la capacidad de actuación de la persona jurídica? ¿El que la persona jurídica no posea la misma subjetividad y capacidad de actuación que sí tiene la persona física, es suficiente argumento para sustentar que no puede ser objeto de sanción penal si se comprueba su participación en un hecho ilícito?

Ausencia de capacidad actuación	de -Reconocimiento de capacidad actuación en el ámbito comercial, administrativo y tributario.	¿Considera usted que si en el ámbito civil, comercial, administrativo y tributario se reconoce la capacidad de actuación y responsabilidad de la persona jurídica, ello también debería ocurrir en el ámbito del Derecho penal?
---------------------------------	--	---

Tabla 4

Operacionalización de las variables de la hipótesis específica 1 (V2)

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	ÍTEMS
Impunidad de delitos en que	Delitos en que participa la persona jurídica	Ilícitos cometidos mediante la participación de la persona jurídica.	Número de denuncias contra persona jurídica

participa la persona jurídica	Respuesta punitiva frente a participación de persona jurídica en delitos	-Reconocimiento legal de responsabilidad penal de persona jurídica. -Fundamentación legal de responsabilidad penal de la persona jurídica por participación en delitos.	¿La no regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas afecta el rol de prevención del Derecho Penal? ¿Considera usted que frente a los casos de participación de personas jurídicas en delitos el Derecho penal debe fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas?
--------------------------------------	--	--	---

Tabla 5

Operacionalización de las variables de la hipótesis específica 2 (VI)

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	ÍTEMS
Comisión de ilícitos penales en la persona jurídica	Participación de integrantes de persona jurídica en delitos	-Actuación de trabajadores, personal, directivos o representantes de la persona jurídica en delitos.	¿Si se comete un delito en el interior de la persona jurídica, debe castigarse únicamente a la persona física que actuó en nombre de la persona jurídica, o la sanción penal también debe alcanzar a la persona jurídica en

		cuyo interior se cometió el delito?
Tipo de delitos cometidos usando a persona jurídica.	-Delitos en los que hayan participado los integrantes de la persona jurídica.	-Número de denuncias de comisión de delitos mediante el uso de la persona jurídica.

Tabla 6

Operacionalización de las variables de la hipótesis específica 2 (V2)

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	ÍTEMS
Sanción Del Artículo 105 Código Penal	Naturaleza Administrativa De La Persona Jurídica	-Creación De La Persona Jurídica Mediante Acto Administrativo.	¿Considera Usted Que Una Sanción Penal A La Persona Jurídica Debe Ser Compatible Con Su Naturaleza De Ente Jurídico Cuya Existencia Nace De Un Acto Administrativo?
	Imputación De Delitos A La Persona Jurídica	-Adjudicación A Persona Jurídica De Efectos De Conducta Ilícita Cometida Por Su	¿Es Posible Imputar El Delito Cometido Por La Persona Física A La Persona Jurídica De

	Personal O Directivos.	La Cual Forma Parte?
Medidas Contra La Persona Jurídica	Medidas Administrativas De: -Clausura -Cierre -Disolución	¿Considera Usted Que La Clausura, Disolución Y Cierre Pueden Constituir Sanciones Razonables En Caso Se Demuestre La Participación De La Persona Jurídica En Un Ilícito Penal?

3.4. Instrumentos

Para la recolección de datos hemos hecho uso de las siguientes técnicas:

-Encuesta. - La cual fue aplicada a los fiscales provinciales especializada en el ámbito penal. La encuesta fue elaborada empleando preguntas dicotómicas (V o F) en relación al problema y a la propuesta de solución.

Asimismo, hemos hecho uso de los siguientes instrumentos de recolección de datos:

- Fotocopias. -Realizaremos fotocopias del material bibliográfico relacionado con el problema de investigación.

- Recopilación documental. - consultamos la documentación de carácter teórico-dogmático, así como la legislación sobre la materia.

3.5. Procedimientos

El procedimiento de investigación fue efectuado mediante las siguientes actividades:

- 1.- Efectuamos la revisión documental (doctrina) para definir los alcances y caracteres de las variables en estudio.
- 2.- Realizamos la revisión de la legislación aplicable, para identificar el impacto de la misma en el objeto de la investigación.
- 3.- Desarrollamos una encuesta para el recojo de información de los operadores fiscales en relación a las características de las variables en estudio y para determinar la viabilidad de la propuesta que se formula en el presente trabajo de investigación.
- 4.- Efectuamos la consulta a los registros oficiales para obtener los datos oficiales en relación a la participación de la persona jurídica en la comisión de delitos, así como las medidas impuestas en tales casos.

3.6. Análisis de datos

Los datos obtenidos se organizan en las correspondientes tablas y gráficos estadísticos elaborados en base a las respuestas a la encuesta. Dichos resultados estadísticos han sido analizados identificando las relaciones entre las variables, de acuerdo a los objetivos formulados en la presente investigación.

IV. Resultados

En el presente capítulo se muestra los datos obtenidos de una manera tabulada, estandarizada tanto en figuras y tablas para un mejor entendimiento de la investigación, haciendo el uso de la estadística descriptiva, la cual permitió el análisis en este capítulo.

Figura 1

Pregunta 1

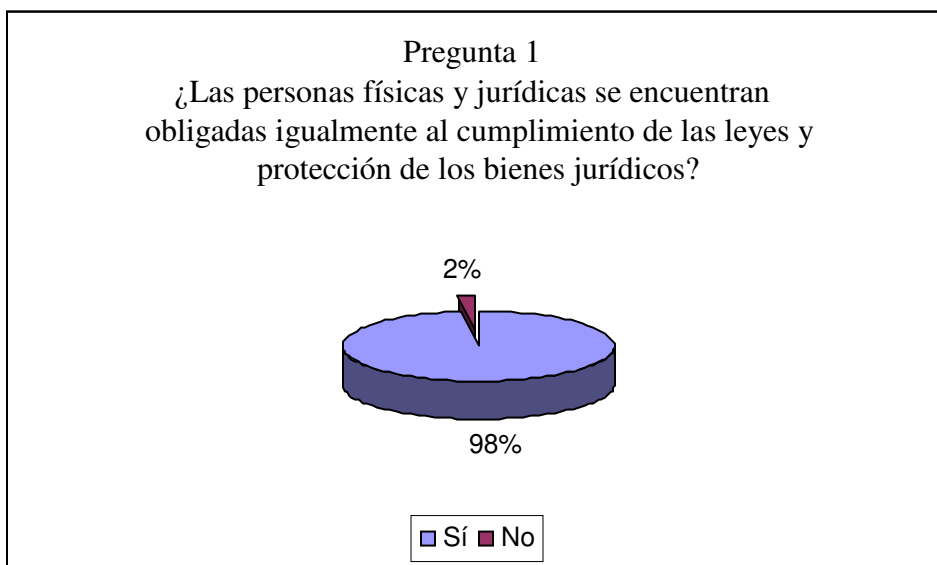


Tabla 7

¿Las personas físicas y jurídicas se encuentran obligadas igualmente al cumplimiento de las leyes y protección de los bienes jurídicos?

NR	Alternativa	Cantidad	Porcentaje
1	Si	48	98 %

2	No	1	2 %
Total		49	100 %

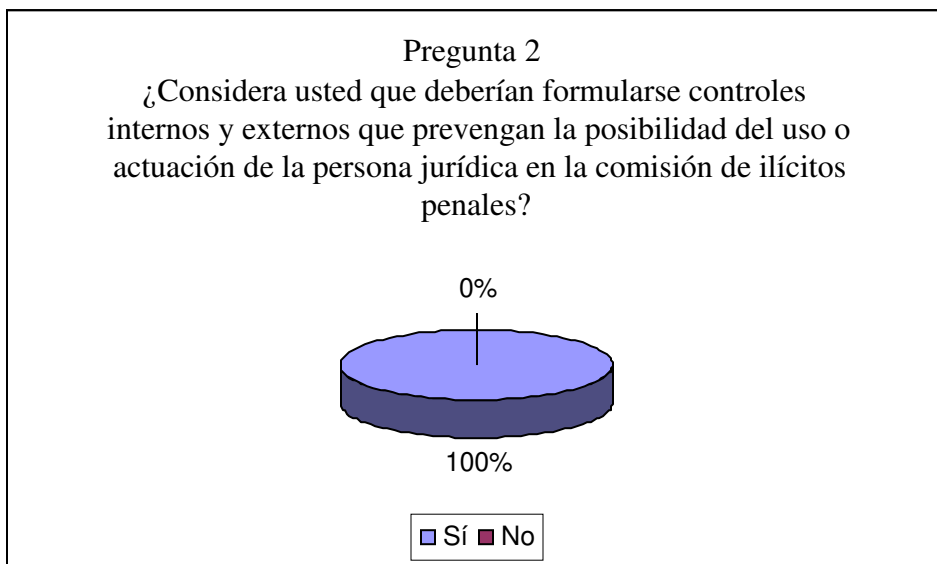
De acuerdo con los resultados señalados:

-Tanto la vigencia del ordenamiento legal y la protección de los bienes jurídicos se inscriben en el concepto del Orden público, por lo cual la vigencia de la legalidad y el respeto a los bienes jurídicos constituyen indicadores de la vigencia del Orden público.

-El principio de legalidad al establecer la órbita de ejercicio de los derechos y facultades establecidos legalmente, concreta dicho ámbito de actuación en términos igualitarios para todos, esto es, ni una persona natural ni una persona jurídica pueden sustraerse al deber de actuación dentro de los márgenes delimitados previamente por las leyes.

-Tanto la actuación de la persona física como de la persona jurídica deben el acatamiento a las leyes, desde sus condiciones y circunstancias específicas. Así, mas allá de las evidentes diferencias relativas a la existencia física, capacidad de voluntad, conciencia y capacidad de actuación autónoma, ambas deben actuar sin lesionar los bienes jurídicos.

-El cumplimiento de las leyes y la exigencia de protección de los bienes jurídicos son igualmente imperativas y preeminentes para el conjunto de los componentes de la sociedad (personas naturales o jurídicas), de modo tal que genéricamente hablando, no existe la probabilidad de que algún sector de la población pueda alegar alguna circunstancia especial para eximirse del acatamiento al sistema normativo y a la exigencia de protección.

Figura 2*Pregunta 2***Tabla 8**

¿Considera usted que deberían formularse controles internos y externos que prevengan la posibilidad del uso o actuación de la persona jurídica en la comisión de ilícitos penales?

NR	Alternativa	Cantidad	Porcentaje
1	Si	49	100 %
2	No	0	0 %
	Total	49	100 %

La totalidad de los entrevistados coinciden en la necesidad de implementar controles para prevenir el uso o instrumentalización de la persona jurídica para la comisión de ilícitos penales. A tales efectos, cabe señalar:

-En principio, reconociendo que tanto las personas naturales como las personas jurídicas se encuentran en capacidad de realizar conductas delictivas, también debe señalarse que las personas jurídicas son las que han mostrado amplia capacidad de actuación en la llamada criminalidad económica y la criminalidad de cuello blanco, cuyo impacto es dramático sobre los fondos públicos. Desde dicha perspectiva, la capacidad de actuación –y por tanto, de lesión-, es mayoritaria tratándose de las personas jurídicas, vinculándose a la práctica de corrupción, defraudaciones y delitos económicos.

-Por lo general cada persona jurídica posee normas internas de carácter reglamentario, las cuales delimitan y especifican las atribuciones y funciones específicas que les compete al personal y directivos de los diferentes niveles y departamentos. Esto es, la actividad en el interior de la persona jurídica está previamente reglamentada.

-La existencia de la mencionada normativa interna de la persona jurídica (en sus diversas variantes) refleja claramente que intrínsecamente, su dinámica y procesos internos se encuentran reglamentados por reglas y procedimientos que establecen: a) la exigencia de una cierta conducta; b) el sujeto que debe realizar dicha conducta; c) las etapas o procedimientos involucrados o implicados en dicha actividad o acción; d) la identificación del sujeto obligado y del sujeto responsable en relación al cumplimiento de lo así establecido; e) La consecuencia de una situación de incumplimiento.

-En el orden interno de la persona (llamado ámbito subjetivo) no hay posibilidad de injerencia ni supervisión alguna, y son los propios actos de la persona los que exteriorizan sus motivaciones, en conjunción con el análisis de otros elementos; en cambio en el ámbito interno de la persona jurídica no es posible hablar de ámbito subjetivo pero sí de un ámbito interno, donde es posible identificar el íter de una actuación contraria a las exigencias del ordenamiento legal: las circulares, comunicaciones, oficios, despachos, memorándums, actas, etc., permiten determinar si en los procedimientos internos de la persona jurídica han existido medidas o parámetros formulados con la finalidad de constituirse en límites o barreras para una posible desviación de los recursos o actividades de la persona jurídica hacia fines u objetivos ajenos a su objeto social o fines institucionales.

-En suma, la experiencia permite afirmar sin duda alguna que la generalidad de las personas jurídicas atienden a un uso especializado y eficiente de sus recursos, por lo cual configuran sus procesos internos para alcanzar el máximo rendimiento y/o eficiencia en el logro de sus finalidades. Por consiguiente, es factible implementar al lado de los mecanismos internos ya existentes, otros adicionales orientados a prevenir la posibilidad de una desviación o uso institucionalmente divergente, o contrario a la legalidad.

-Así, si en una cierta conducta ilícita se identifica un cierto modus operandi o modalidad específica, es posible –a la luz de los casos ya comprobados por las autoridades e instancias encargadas de la represión penal-, identificar qué situaciones o prácticas dentro de la empresa constituyen indicadores de una posible participación o presencia de una actuación ilegal en el interior de la persona jurídica. Piénsese por ejemplo, en la contabilidad de la empresa, en los

procesos de carga y transporte, en el incumplimiento de exigencias administrativas vinculadas a los procesos de licitación, etc.

Figura 3

Pregunta 3

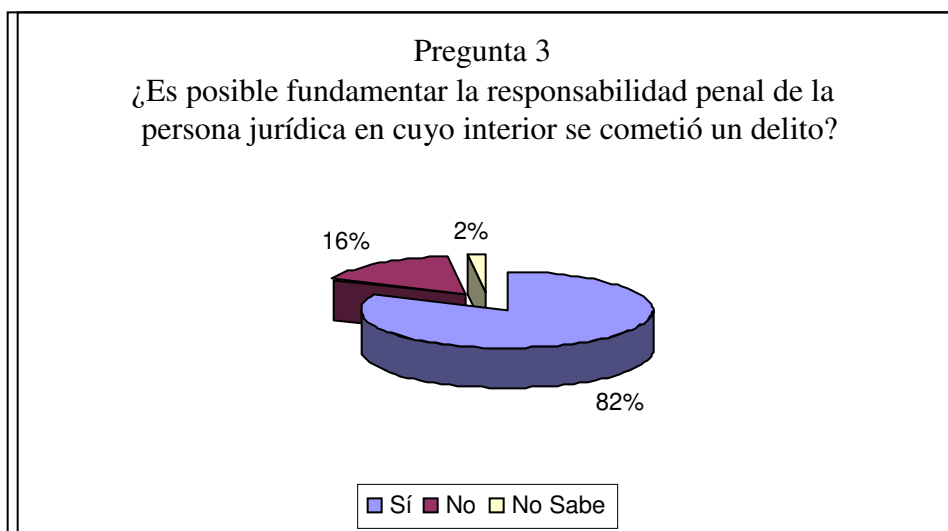


Tabla 9

¿Es posible fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica en cuyo interior se cometió un delito?

NR	Alternativa	Cantidad	Porcentaje
1	Si	40	82 %
2	No	8	16 %
3	No Sabe	1	2 %

Total	49	100 %
-------	----	-------

La percepción mayoritaria de los operadores fiscales, da cuenta de una situación que es perfectamente atendible por parte de la legislación y la doctrina especializada: la necesidad de fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en cuyo interior se haya comprobado la perpetración de un ilícito penal.

La comisión de un ilícito penal en el interior de la persona jurídica tiene dos posibles perspectivas de procesamiento: a) como un acto individual desvinculado del quehacer de la empresa y cuya relevancia e implicaciones sean únicamente reductibles a una cuestión personal relativa al autor o autores del hecho; o b) como un acto en el que los procedimientos y actividades de la persona jurídica hayan sido diseñados o preestablecidos de forma tal que hayan configurado un entorno de proclividad y/o favorecimiento a la perpetración de actividades ilícitas.

Por consiguiente, es trascendente desde la perspectiva penal, la identificación de la existencia en el seno de la persona jurídica, de un entorno que favorece o disuade la realización de ilícitos penales. Así, puede ocurrir que a pesar que en el interior de una persona jurídica se haya detectado la comisión de una conducta fraudulenta ya sea contra los intereses de la empresa o a favor de ésta y en contra de los intereses del Estado, siempre será necesario analizar el diseño y dinámica de los procedimientos internos, a efectos de determinar si ha existido responsabilidad o negligencia en la construcción del orbe normativo interior de la persona jurídica.

Así, la incorporación de la persona jurídica como un sujeto pasivo de las medidas de orden penal, conlleva indefectiblemente a un análisis de lo que ocurre en la sede de los procesos

administrativos internos en los que se adoptan las decisiones y se establecen las directivas y órdenes de ejecución de aquellos actos mediante los cuales se busca la realización del objeto social de la persona jurídica, y que en el caso específico del acto delictivo, hayan implicado una actuación que pueda ser vista como un apoyo, favorecimiento, promoción, inducción u ocultamiento del acto delictivo.

En la medida en que sólo es posible conocer la actuación de la persona jurídica mediante las específicas disposiciones que adopta en su quehacer cotidiano, por consiguiente, la determinación de la existencia de responsabilidad penal en la persona jurídica requiere del análisis de sus disposiciones internas.

Figura 4

Pregunta 4

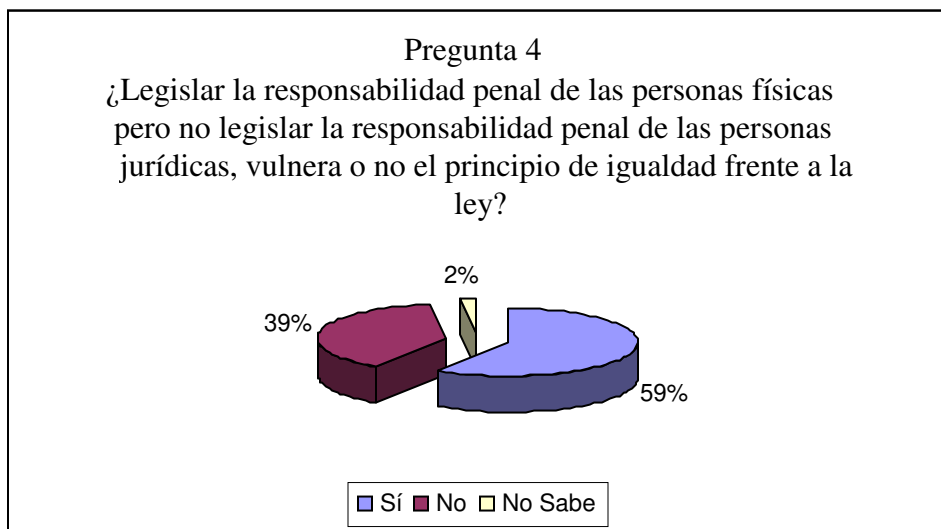


Tabla 10

¿Legislar la responsabilidad penal de las personas físicas, pero no legislar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, vulnera o no el principio de igualdad frente a la ley?

NR	Alternativa	Cantidad	Porcentaje
1	Si	29	59 %
2	No	19	39 %
3	No Sabe	1	2 %
	Total	49	100 %

El principio de igualdad frente a la ley consiste en la asignación de similar respuesta frente a situaciones que son esencialmente, equiparables, y en establecer una respuesta diferente cuando una situación es objetivamente distinta. En otras palabras, el Principio de igualdad exige la adaptación de la ley a las circunstancias del caso, a efectos de poder configurar u ofrecer una salida normativa con razonabilidad y justicia.

Si se reconoce que la legalidad vincula conjuntamente a la totalidad de los operadores jurídicos –abarcando por consiguiente, tanto a las personas naturales como jurídicas-, entonces debe existir el reconocimiento de la responsabilidad penal tanto de unas como de otras.

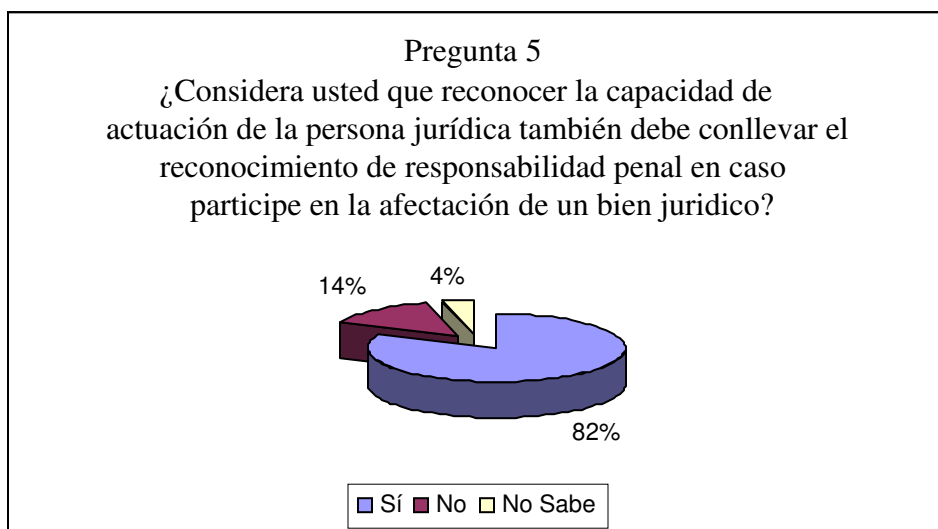
A su vez, si una respuesta punitiva implica la restricción de la capacidad de actuación de la persona natural, el no reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas implica una situación mejor que aquella en la que se encuentra la persona natural. Se trata entonces,

de una situación contraria a la exigencia del principio de igualdad frente a la ley, porque aunque es posible reconocer que en el caso de la persona natural y de la persona jurídica nos hallamos frente a situaciones que son ontológicamente distintas, ello no implica ni legitima una salida legal según la cual la responsabilidad penal sí existe en la persona natural, pero no en el caso de la persona jurídica, más aún si existen pruebas palpables de la capacidad de las personas jurídicas de actuar concertadamente para amañar procesos de licitación y corromper a autoridades políticas del más alto nivel, a efectos de posteriormente sustraer ingentes fondos de las arcas públicas.

Por otro lado, el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no puede fundamentarse ni consistir en un acrítico y simplista trasvase de las categorías dogmáticas que fundamentan la responsabilidad punitiva de la persona física, hacia el ámbito de las personas jurídicas, sino que debe operar mediante una pertinente y razonable adaptación considerando que la persona jurídica nace de un acto de inscripción registral y que su capacidad de actuación está delimitada por lo que el sistema jurídico haya dispuesto específicamente tanto en relación a la particular forma o modelo legal de configuración de la persona jurídica, como en relación a las reglas generales de los actos negociales o contractuales en que participa, lo cual vincula tanto a las personas jurídicas como a las personas naturales por igual.

Asimismo, una de las consecuencias directas de una vulneración del principio de igualdad frente a la ley en el campo penal, se traduce en una situación en la cual al construir una limitada respuesta punitiva frente a la conducta lesiva desplegada por un cierto tipo de sujeto activo, conlleva a una continuidad en aquellas prácticas delictivas que sí son objeto de represión tratándose de las personas naturales. O sea, la legislación penal que resulta relativamente eficaz para hacer

frente a la criminalidad que realiza la persona natural, termina siendo limitada e incompleta tratándose de la criminalidad que realiza la persona jurídica.

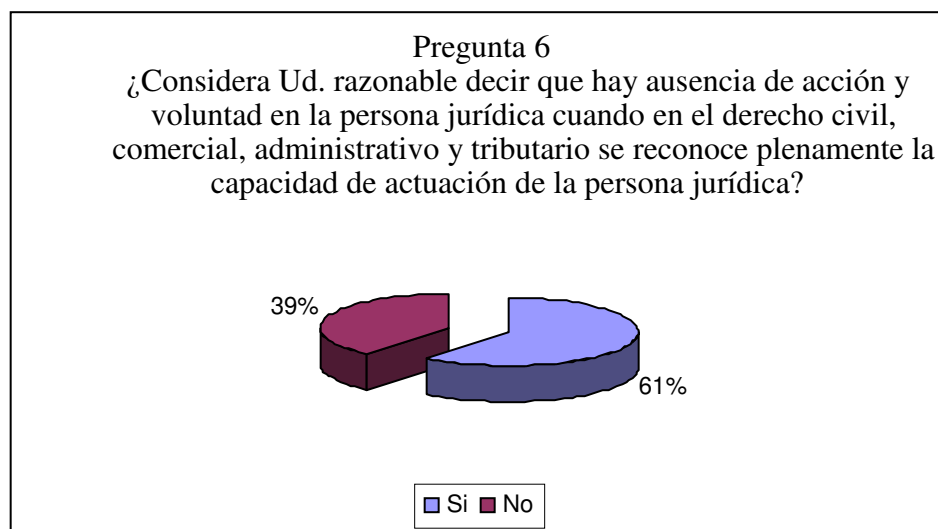
Figura 5*Pregunta 5***Tabla 11**

¿Considera usted que reconocer la capacidad de actuación de la persona jurídica también debe conllevar el reconocimiento de responsabilidad penal en caso participe en la afectación de un bien jurídico?

NR	Alternativa	Cantidad	Porcentaje
1	Si	40	82 %
2	No	7	14 %
3	No Sabe	2	4 %
	Total	49	100 %

Si el ordenamiento reconoce ampliamente la participación de la persona jurídica en el conjunto de actos con relevancia jurídica tales como con los actos comerciales, administrativos y contractuales, ello constituye la demostración de las facultades de actuación de la persona jurídica en los distintos ámbitos en los que desarrolla sus actividades. Por consiguiente, si la persona jurídica puede participar sin problema alguno en relaciones de derecho civil, comercial, administrativo y tributario, ello constituye a nuestro entender, el reconocimiento de la plena capacidad de la persona jurídica para asumir las consecuencias legales de los actos que celebra o en los que participa. Por consiguiente, si una persona jurídica puede asumir deberes y sanciones en el ámbito administrativo, civil, comercial y tributario, no se entiende por qué habría de ser algo distinto tratándose de las relaciones en el ámbito penal. Cuando una persona jurídica debe pagar una multa impuesta por la administración local, o por la administración tributaria, o debe pagar el resarcimiento por incumplimiento contractual es porque ha asumido previamente un cierto rol o posición frente al Derecho, situación que demuestra precisamente una capacidad de desenvolverse sin problemas en el tráfico jurídico. Siendo así, resulta insostenible una pretensión de limitación de capacidad de actuación de la persona jurídica en el ámbito penal, cuando al mismo tiempo en los otros ámbitos del derecho ocurre exactamente lo contrario.

Por consiguiente, es necesario formular o perfilar aquellas categorías dogmáticas que permitan fundamentar la respuesta penal frente a una situación en la cual la persona jurídica ha participado en la lesión de un bien jurídico.

Figura 6*Pregunta 6***Tabla 12**

¿Considera usted razonable decir que hay ausencia de acción y de voluntad en la persona jurídica cuando en los ámbitos del derecho civil, comercial, administrativo y tributario se reconoce plenamente la capacidad de actuación de la persona jurídica?

NR	Alternativa	Cantidad	Porcentaje
1	Si	30	61 %
2	No	19	39 %
	Total	49	100 %

La respuesta de los entrevistados demuestra: a) la cultura jurídica en la que han sido formados, donde el principio “delinquere non potest” fue ampliamente difundido como parte de la preparación profesional de los juristas. A tales efectos, cabe indicar que actualmente dicho principio además de ser derogado en gran parte de la comunidad jurídica comparada, también está en camino de desaparecer en el ordenamiento peruano, como consecuencia de los acontecimientos ocurridos en los últimos años, donde se ha demostrado plenamente la activa participación de las personas jurídicas en escándalos de corrupción y de compra de políticos para hacerse del botín del patrimonio público.

Figura 7

Pregunta 7

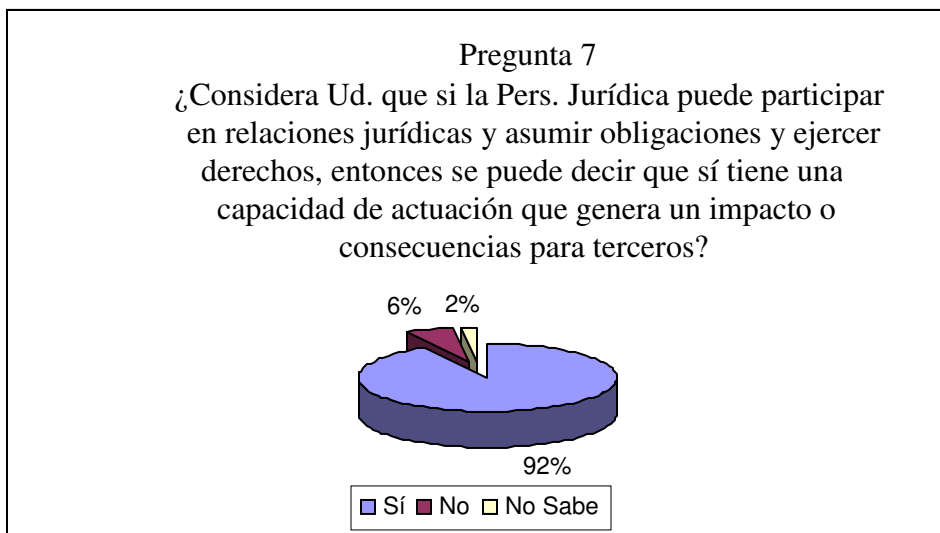


Tabla 13

¿Considera usted que si la persona jurídica puede participar en las relaciones jurídicas y puede asumir obligaciones y ejercer derechos, entonces se puede decir que sí tiene una capacidad de actuación que genera un impacto o consecuencias para terceros?

NR	Alternativa	Cantidad	Porcentaje
1	Si	45	92 %
2	No	3	6 %
3	No Sabe	1	2 %
	Total	49	100 %

La mayoría de entrevistados coincide en: a) La participación de la persona jurídica en las relaciones de derecho, es prueba de su capacidad de actuación; y b) Las actividades que realiza una persona jurídica en ejercicio de sus actividades, generan impactos que inciden en la esfera de terceros (personas naturales y jurídicas)

Por consiguiente, en términos generales y certeros, sí se puede sostener válidamente que en el conjunto de relaciones que desarrolla, la persona jurídica demuestra capacidad de actuación, esto es, no puede ser asumida como irresponsable o ser eximida de los efectos que genera.

Como puede advertirse, la simple constatación a nivel fáctico por parte de los encuestados, contradice la posición basada en la divulgación y propagación del “delinquere non potest” como parte de la enseñanza del Derecho.

Figura 8

Pregunta 8

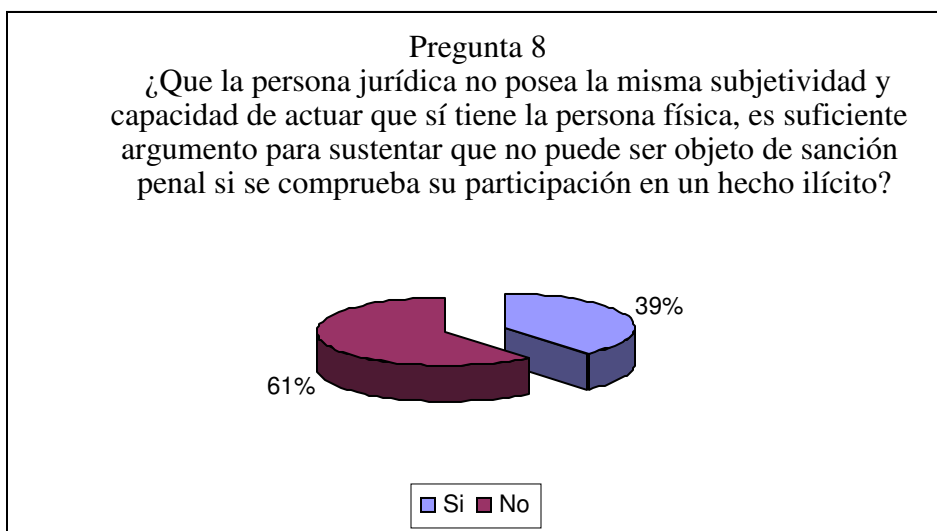


Tabla 14

¿El que la persona jurídica no posea la misma subjetividad y capacidad de actuación que sí tiene la persona física, es suficiente argumento para sustentar que no puede ser objeto de sanción penal si se comprueba su participación en un hecho ilícito?

NR	Alternativa	Cantidad	Porcentaje
1	Si	19	39 %

2	No	30	61 %
	Total	49	100 %

La mayoría de los encuestados coincide en que la particular naturaleza de la persona jurídica no constituye una situación que justifique aquello que se irradia mediante el “delinquere non potest”, esto es, para la mayoría de los entrevistados si la persona jurídica sí puede ser objeto de una sanción penal por participación en un hecho ilícito, entonces significa que para dichos entrevistados a todos efectos prácticos, el “delinquere non potest” no se justificaría.

Figura 9

Pregunta 9

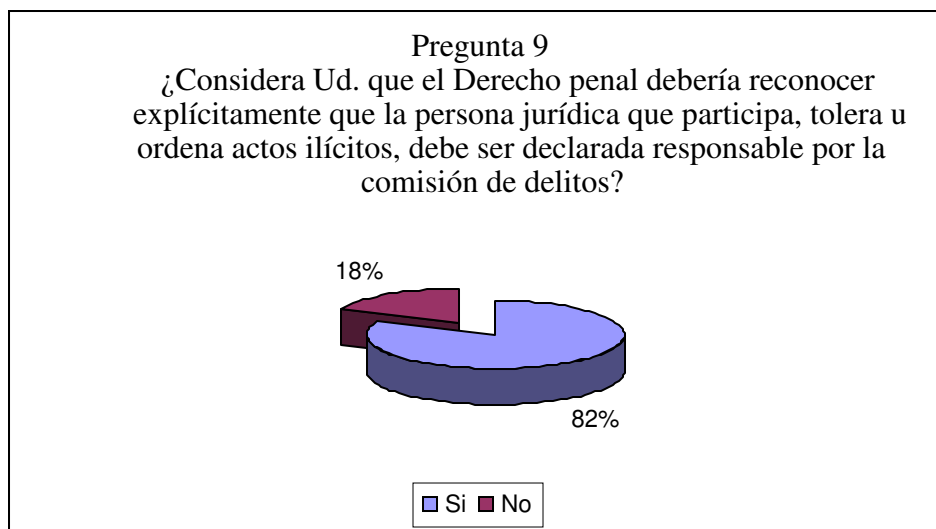


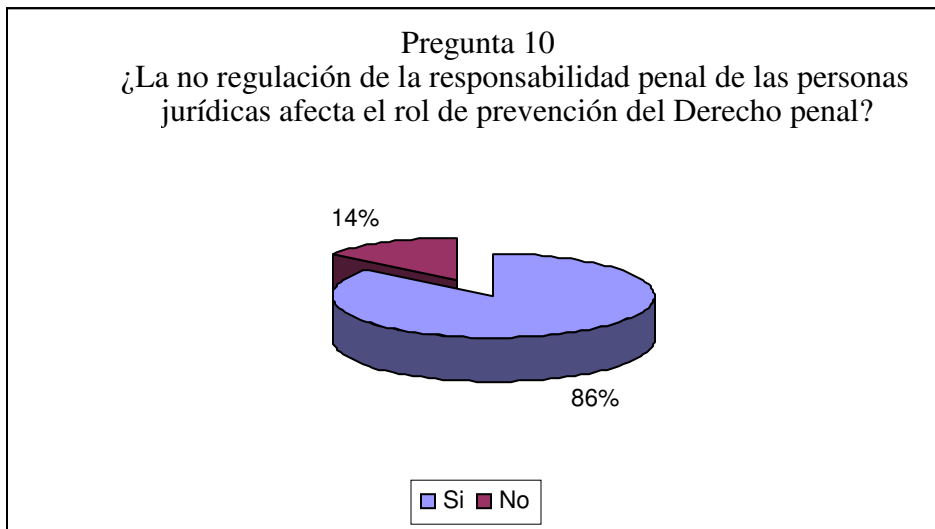
Tabla 15

¿Considera usted que el Derecho penal debería reconocer explícitamente que la persona jurídica que participa, tolera u ordena actos ilícitos, debe ser declarada responsable por la comisión de delitos?

NR	Alternativa	Cantidad	Porcentaje
1	Si	40	82 %
2	No	9	18 %
	Total	49	100 %

La respuesta que ofrecen los encuestados no deja lugar a dudas sobre el consenso mayoritario: la persona jurídica que directa o indirectamente tolera u ordena actos ilícitos, posee la capacidad penal para poder ser declarada responsable.

Al mismo tiempo, los encuestados reconoce que es necesario una reforma penal que contemple explícitamente dicha responsabilidad de la persona jurídica por su participación en ilícitos penales.

Figura 10*Pregunta 10***Tabla 16**

¿La no regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas afecta el rol de prevención del Derecho Penal?

NR	Alternativa	Cantidad	Porcentaje
1	Si	42	86 %
2	No	7	14 %
	Total	49	100 %

Los encuestados confirman que una situación en la cual el ordenamiento penal no reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas, afecta el desenvolvimiento de la amenaza penal mediante el rol de prevención del Derecho penal.

Esto queda claramente demostrado además por los acontecimientos documentados de la participación de empresas en escándalos de corrupción y cuyo daño al patrimonio público ha sido importante. Por consiguiente, frente a las prácticas señaladas, sostener la no regulación de la responsabilidad penal genera un efecto de impunidad de dicha conducta, una situación que sin duda alguna debe ser revertida en el plano legislativo.

Figura 11

Pregunta 11

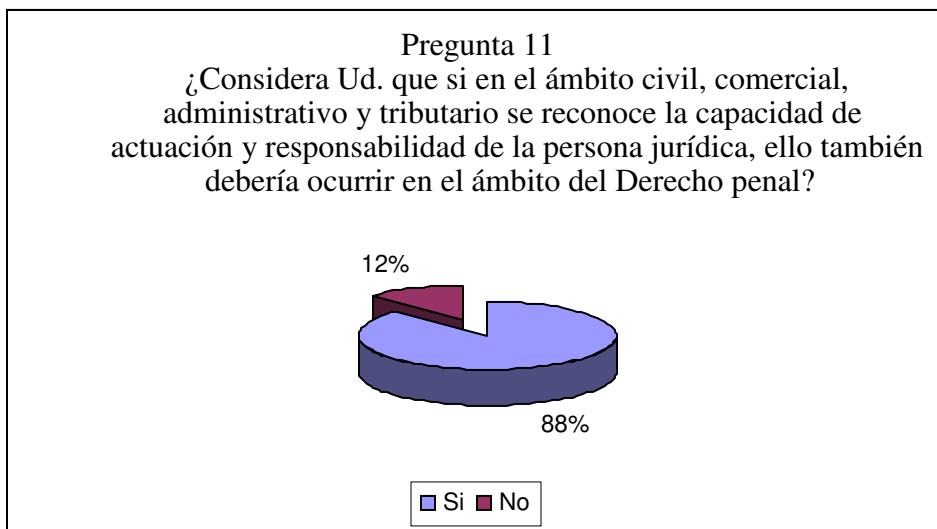


Tabla 17

¿Considera usted que, si en el ámbito civil, comercial, administrativo y tributario se reconoce la capacidad de actuación y responsabilidad de la persona jurídica, ello también debería ocurrir en el ámbito del Derecho penal?

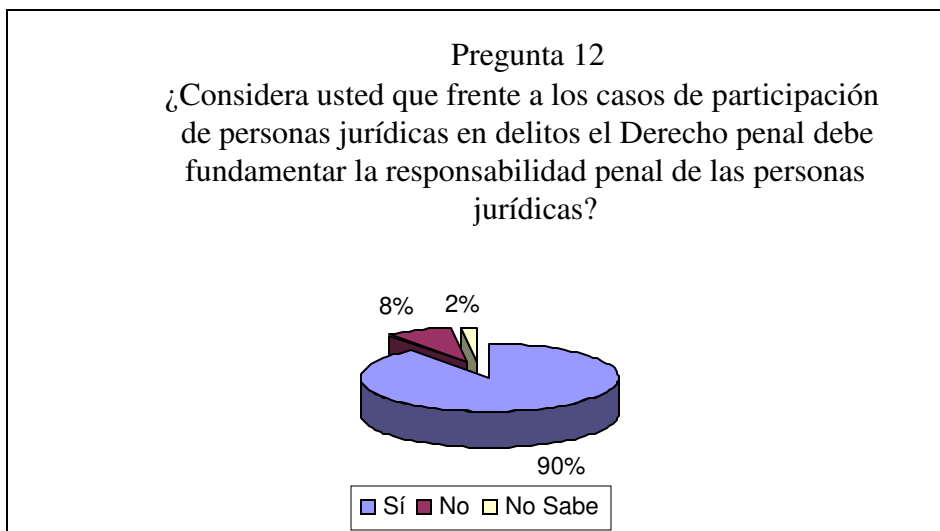
NR	Alternativa	Cantidad	Porcentaje
1	Si	43	88 %
2	No	6	12 %
TOTAL		49	100 %

La mayoría de los encuestados reconoce la lógica y razonabilidad de que el Derecho penal se ponga a la par de las otras ramas del Derecho, donde desde hace tiempo se reconoce la plena capacidad de la persona jurídica para desarrollar relaciones jurídicas y asumir deberes y derechos en ejercicio de sus actividades.

Por consiguiente, la mayoría de encuestados está reconociendo que el principio “delinquere non potest” no tiene razón de ser en los tiempos actuales y vistos los acontecimientos de los últimos años.

Figura 12

Pregunta 12

**Tabla 18**

¿Considera usted que frente a los casos de participación de personas jurídicas en delitos el Derecho penal debe fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas?

NR	Alternativa	Cantidad	Porcentaje
1	Si	44	90 %
2	No	4	8 %
3	No Sabe	1	2 %
	Total	49	100 %

Fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas implica la actualización o reconfiguración de las tradicionales categorías a través de las cuales se determina la

responsabilidad penal de las personas físicas. Esto es, los conceptos de acción, voluntad, culpabilidad, etc. deben ser adaptados para poder dar cuenta de lo que constituye el íter criminis y la configuración de un actuar delictivo en el contexto de lo que actualmente se conoce como persona jurídica.

Así, el proceso de conformación de la voluntad criminal, la realización del acto delictivo y el agotamiento del mismo, tienen innegables particularidades tratándose de la persona jurídica.

Figura 13

Pregunta 13

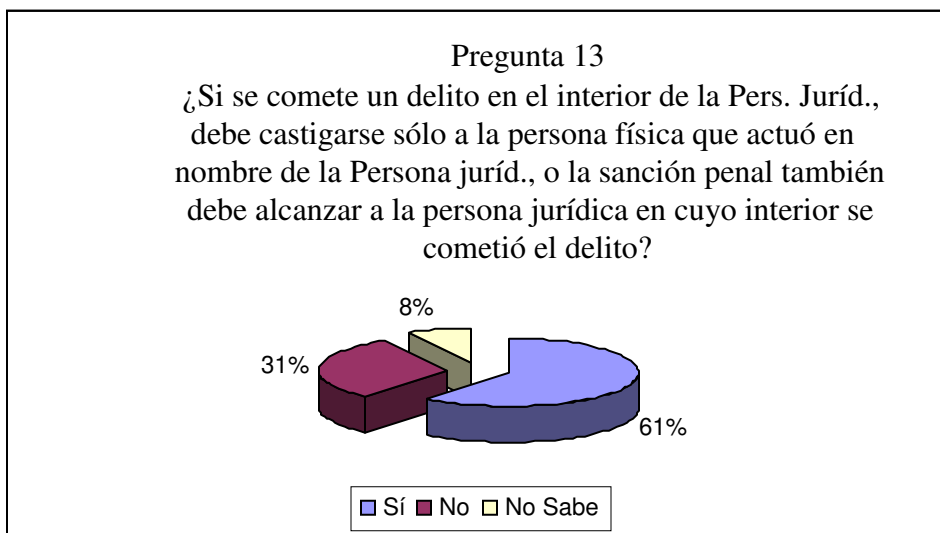
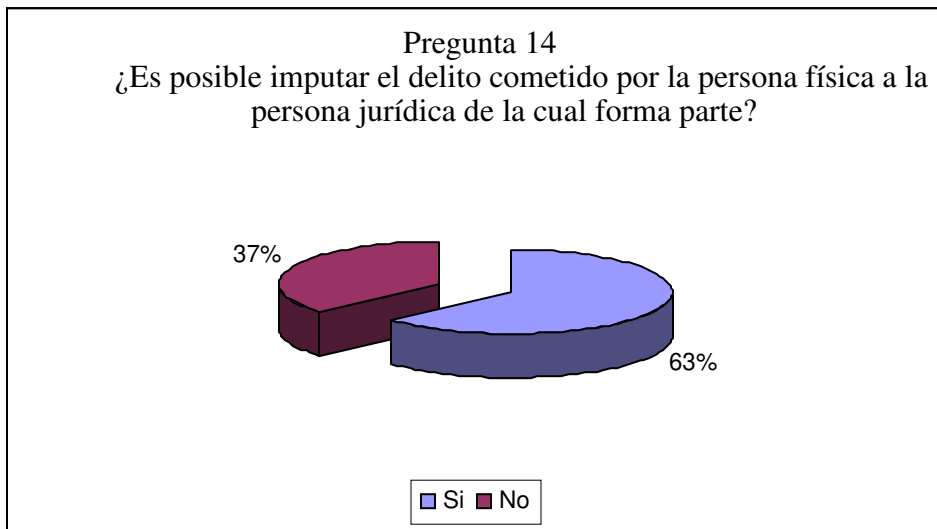


Tabla 19

¿Si se comete un delito en el interior de la persona jurídica, debe castigarse únicamente a la persona física que actuó en nombre de la persona jurídica, o la sanción penal también debe alcanzar a la persona jurídica en cuyo interior se cometió el delito?

NR	Alternativa	Cantidad	Porcentaje
1	Si	30	61 %
2	No	15	31 %
3	No Sabe	4	8 %
	Total	49	100 %

La mayoría de los encuestados sostienen que se debe castigar solamente a la persona física que haya hecho uso de su capacidad de representación, pero como ya se ha advertido en las otras interrogantes, se encuentra que los encuestados reconocen que la persona jurídica como tal no solamente está en capacidad de recibir medidas penales, sino que es necesaria una reforma legal que sancione dicha posibilidad, en aras de la realización del rol de prevención del Derecho penal.

Figura 14*Pregunta 14***Tabla 20**

¿Es posible imputar el delito cometido por la persona física a la persona jurídica de la cual forma parte?

NR	Alternativa	Cantidad	Porcentaje
1	Si	31	63 %
2	No	18	37 %
	Total	49	100 %

La mayoría de los entrevistados reconoce que la imputación de un delito cometido por la persona física a la persona jurídica de la cual forma parte sí es posible, pero consideramos que al mismo tiempo deben efectuarse las siguientes precisiones:

- La persona jurídica no haya adoptado procedimiento alguno para prevenir y/o reaccionar frente a la posibilidad de un delito en su interior.

- En el caso específico la persona jurídica no haya denunciado el hecho o haya mostrado una actitud remisa, dilatoria o entorpecedora frente a los requerimientos de las autoridades.

- La actuación delictiva de la persona física le ha reportado un beneficio, lucro o ganancia a la persona jurídica.

Figura 15

Pregunta 15

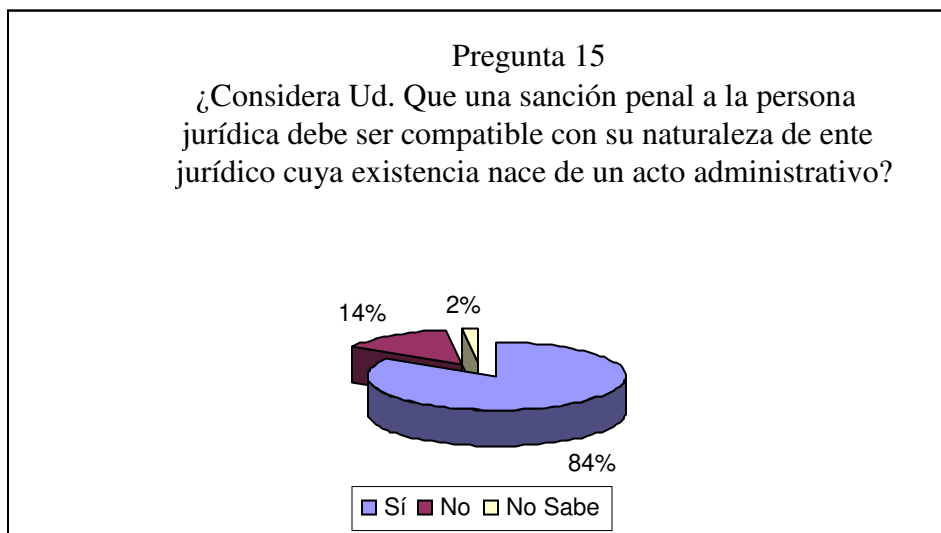


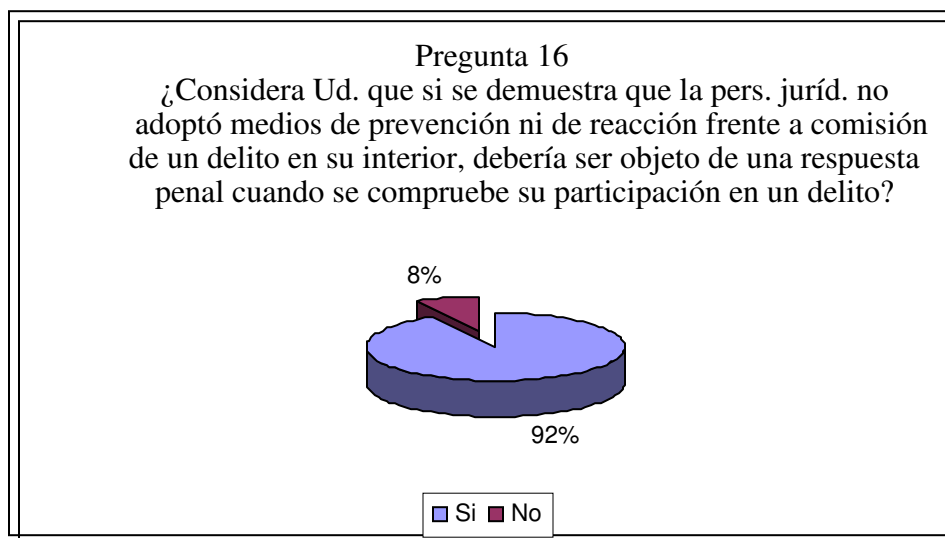
Tabla 21

¿Considera usted que una sanción penal a la persona jurídica debe ser compatible con su naturaleza de ente jurídico cuya existencia nace de un acto administrativo?

NR	Alternativa	Cantidad	Porcentaje
1	Si	41	84 %
2	No	7	14 %
3	No Sabe	1	2 %
	Total	49	100 %

Más allá de la denominación de “persona jurídica”, ésta consiste en una forma organizacional y cuyo diseño se encuentra predeterminado por las modalidades legales existentes, y cuya propia existencia es consecuencia de un acto administrativo. Por consiguiente, a diferencia de una persona natural, la cual tiene pleno derecho a reclamar el reconocimiento de su existencia y permanencia como tal, en el caso de la persona jurídica su existencia se encuentra condicionada a una actuación que respete los límites y su objeto social, los cuales se encuentran fijados en la ley.

La mayoría de los encuestados reconoce que debe ser respetada la índole peculiar de la persona jurídica, esto es, las reglas referidas al análisis de determinación de la responsabilidad penal aplicables a una persona natural, no pueden aplicarse a la persona jurídica.

Figura 16*Pregunta 16***Tabla 22**

¿Considera usted que si se demuestra que la persona jurídica no adoptó los medios de prevención ni de reacción frente a la comisión de un delito en su interior, debería ser objeto de una respuesta penal cuando se compruebe su participación en un delito?

NR	Alternativa	Cantidad	Porcentaje
1	Si	45	92 %
2	No	4	8 %
	Total	49	100 %

Mientras que la persona natural puede intentar como estrategia de defensa alegar una situación en la cual su capacidad de entendimiento de los alcances de su conducta era limitada o inexistente, ello no es posible tratándose de la persona jurídica, por lo siguiente:

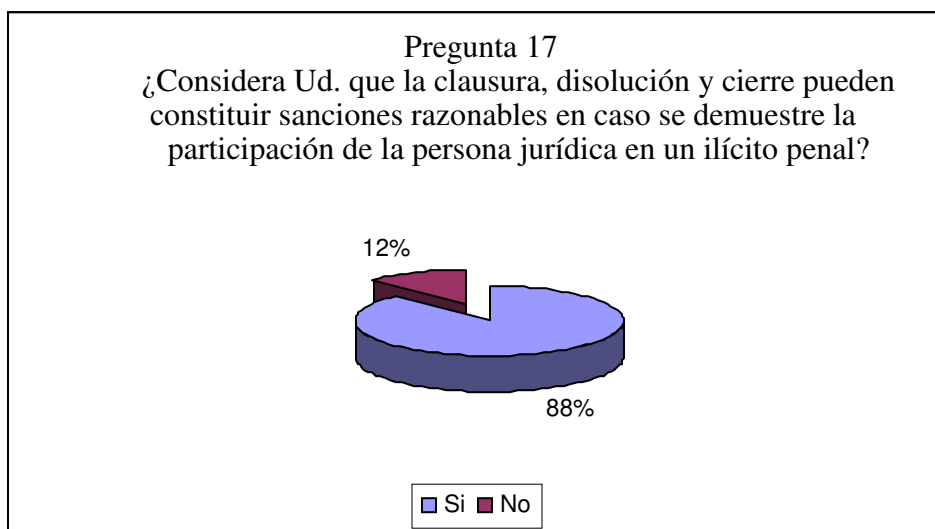
a) La persona jurídica adopta las decisiones mediante los órganos que la representan, los cuales por lo general constituyen instancias colegiadas o colectivas, con lo cual la posibilidad de error en la percepción de la conducta desplegada, es nula.

b) La persona jurídica como parte de sus actividades propias de su giro, cuenta con departamentos y oficinas especializadas en los trámites legales y en el análisis de las consecuencias que la ley impone en caso de una situación de incumplimiento o comisión de ilícitos.

c) Del mismo modo como la persona jurídica está en capacidad de adoptar normas para reglamentar los actos en el interior de sus instalaciones, también es posible generar disposiciones adicionales, estableciendo reglas de conducta para prevenir la comisión de ilícitos, por lo cual no existe una excusa válida para una situación de omisión de adopción de las medidas de prevención.

d) Si además se comprueba que la persona jurídica llevó a cabo una estrategia de ocultamiento de la comisión del ilícito y de aprovechamiento de los efectos del delito en que participó, ello demuestra que existe por parte de la empresa una voluntad de eximirse de las consecuencias de su participación en un acto ilícito con relevancia penal.

Así, teniendo a la vista los elementos señalados, queda en claro que se justifica una reacción penal en contra de la persona jurídica que haya omitido todo parámetro de cautela, prevención o reacción frente al ilícito cometido en su interior.

Figura 17*Pregunta 17***Tabla 23**

¿Considera usted que la clausura, disolución y cierre pueden constituir sanciones razonables en caso se demuestre la participación de la persona jurídica en un ilícito penal?

NR	Alternativa	Cantidad	Porcentaje
1	Si	43	88 %
2	No	6	12 %
	Total	49	100 %

La mayoría de los encuestados reconoce que la configuración de la persona jurídica impone una respuesta penal acorde con su naturaleza de ente creado mediante una inscripción registral.

La persona jurídica no pertenece al mundo real o fáctico, aunque sus instalaciones y personal sí lo sean. En realidad, constituye un entramado de relaciones, atribuciones y actividades que son cohesionadas de acuerdo a un molde legal específico dispuesto a tales afectos, según la actividad específica que desempeñe.

Así, en relación a las medidas de clausura, disolución y cierre, las mismas inciden sobre las posibilidades de la persona jurídica de desarrollar sus actividades, esto es, la posibilidad de incidir en la realidad.

Figura 18

Pregunta 18

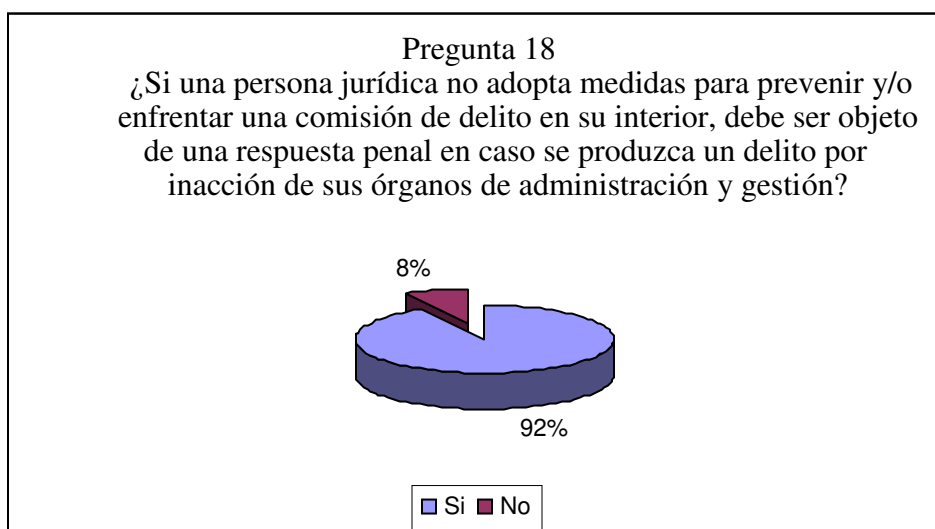


Tabla 24

¿Si una persona jurídica no adopta medidas para prevenir y/o enfrentar una comisión de delito en su interior debe ser objeto de una respuesta penal en caso que se produzca un delito por inacción de sus órganos de administración y gestión?

NR	Alternativa	Cantidad	Porcentaje
1	Si	45	92 %
2	No	4	8 %
	Total	49	100%

El no establecimiento de medida alguna para prevenir y/o enfrentar una situación de comisión de un acto delictivo en el interior de la persona jurídica, según el parecer de la abrumadora mayoría de los encuestados, resulta razón suficiente que justificaría una respuesta penal, siempre y cuando es consecuencia de una inacción de los órganos de administración y gestión.

A nuestro entender, ello constituye una respuesta razonable y necesaria: si la comisión delictiva es consecuencia de una inacción de los órganos de administración y/o gestión de la persona jurídica no habría problema alguno en formular la correspondiente respuesta punitiva. Pero, si nos encontramos en una situación en la que los órganos de administración y gestión de la persona jurídica han adoptado con anterioridad a la comisión del delito un conjunto de medidas para prevenir o enfrentar la comisión de un delito, entonces la comisión de un ilícito sería

consecuencia de una voluntad criminal que ha vencido a una razonable y leal compromiso de la persona jurídica, situación en la cual la persona jurídica no tiene por qué ser imputada.

Figura 19

Pregunta 19

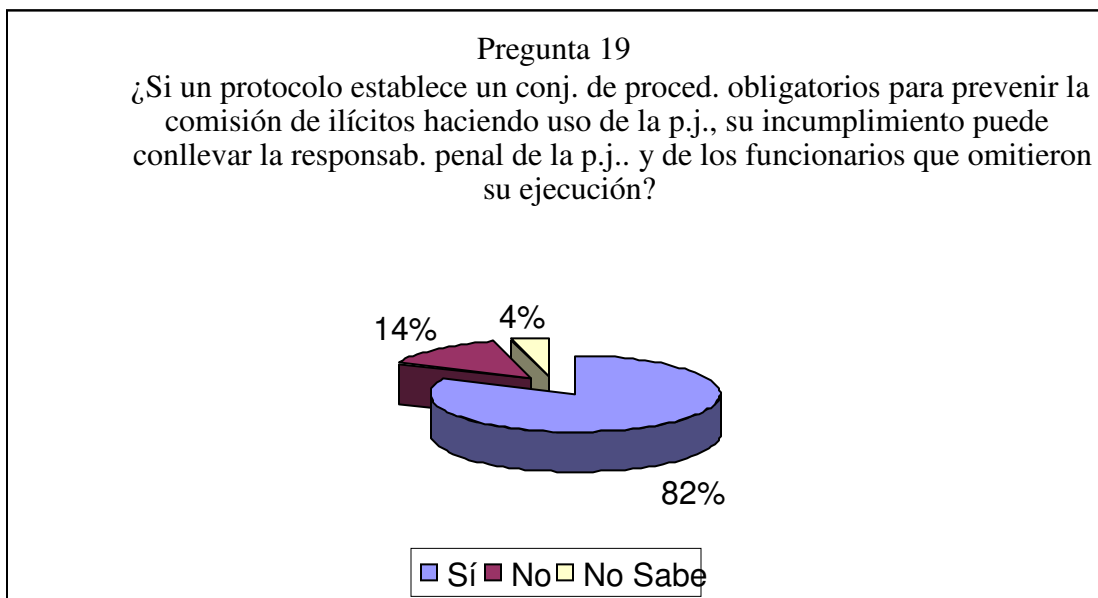


Tabla 25

¿Considera usted que si un protocolo establece un conjunto de procedimientos obligatorios para prevenir la comisión de ilícitos haciendo uso de la persona jurídica, su incumplimiento puede conllevar la responsabilidad penal de la persona jurídica y de los funcionarios que omitieron su ejecución?

NR	Alternativa	Cantidad	Porcentaje

1	Si	40	82 %
2	No	7	14 %
3	No Sabe	2	4 %
	Total	49	100%

La suscripción de un protocolo de prevención del delito por parte de la persona jurídica, al delimitar el ámbito de actuación de los funcionarios y personal de la empresa, y las competencias y funciones específicas de los órganos que integran la administración y/o dirección de la empresa, constituyen elementos relevantes en el análisis jurídico-penal de la conducta desplegada en el interior de la persona jurídica.

En toda empresa existen normas mediante las cuales se dirige la actividad de los trabajadores y de quienes la integran: las circulares, memorándums, el reglamento de trabajo, etc. Es decir, las actividades en el interior de la empresa se encuentran perfectamente delimitadas y el incumplimiento acarrea sanciones. Por consiguiente, la práctica cotidiana en una persona jurídica pone de manifiesto la realidad de la obligatoriedad del cumplimiento de disposiciones internas, además de las exigencias legales, por lo cual el establecimiento de procedimientos adicionales cuya finalidad es prevenir la comisión de ilícitos penales, materialmente hablando, no representa una situación extraña o de difícil aplicación tanto por parte de la persona jurídica como de sus empleados y órganos internos.

Por consiguiente, una situación de incumplimiento de las exigencias y medidas previstas en el protocolo, demuestra lo siguiente: 1.- La deficiente organización de la empresa; y 2.- La participación del personal y/o funcionarios de la empresa al amparo de la deficiencia señalada, del personal en la comisión de ilícitos con relevancia penal.

Figura 20

Pregunta 20

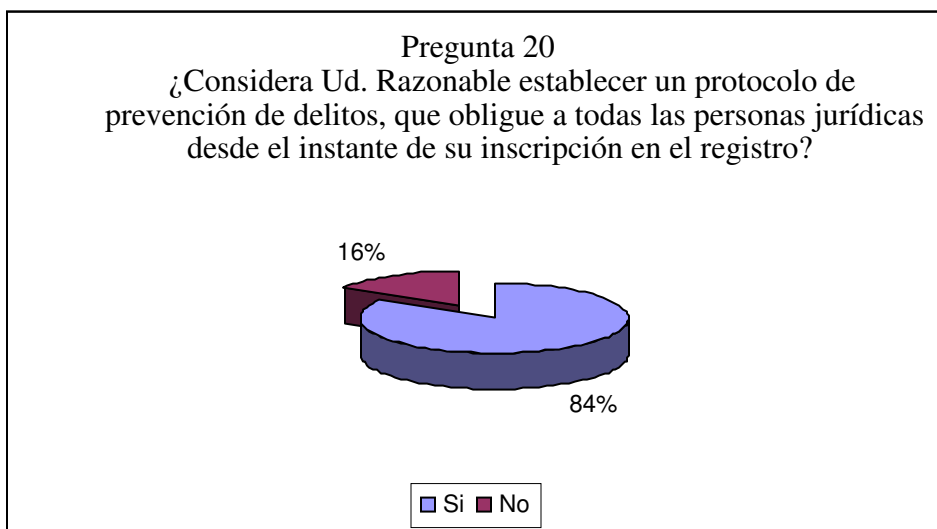


Tabla 26

¿Considera usted razonable establecer un protocolo de prevención de delitos, que obligue a todas las personas jurídicas desde el instante de su inscripción en el registro?

NR	Alternativa	Cantidad	Porcentaje

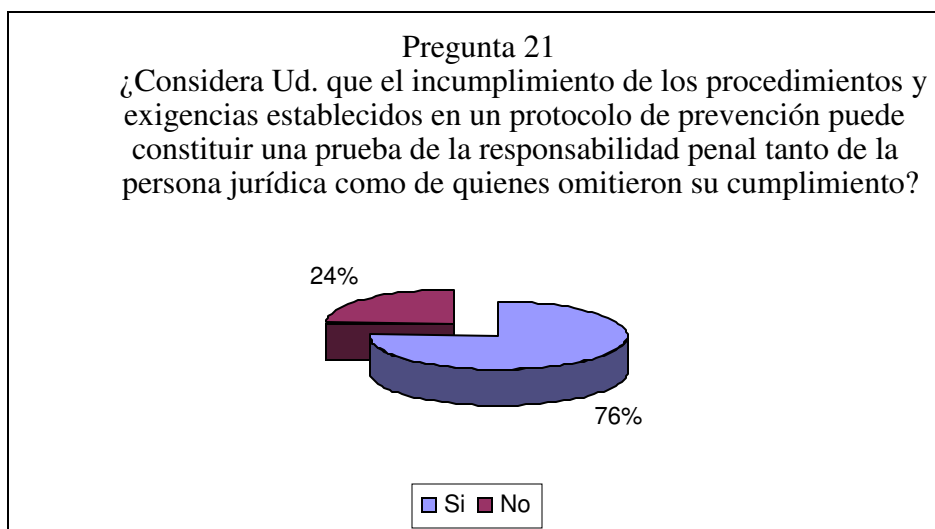
1	Si	41	84 %
2	No	8	16 %
	Total	49	100 %

Cada integrante de una persona jurídica se encuentra obligado al cumplimiento de un triple conjunto normativo: a) el correspondiente al conjunto de reglas y disposiciones integrantes del sistema jurídico en general; y b) el conjunto de reglas y disposiciones aplicables a la modalidad organizativa correspondiente a la persona jurídica de la cual forman parte; y c) Las reglas y disposiciones internas que haya aprobado la persona jurídica y que son aplicables por quienes forman parte de ella.

Un protocolo de prevención establece una secuencia de actuación cuya finalidad es tanto la prevención como la respuesta frente a la comisión de un ilícito en la persona jurídica.

Figura 21

Pregunta 21

**Tabla 27**

¿Considera usted que el incumplimiento de los procedimientos y exigencias establecidos en un protocolo de prevención puede constituir una prueba de la responsabilidad penal tanto de la persona jurídica como de quienes omitieron su cumplimiento?

NR	Alternativa	Cantidad	Porcentaje
1	Si	37	76 %
2	No	12	24 %
	Total	49	100 %

Como puede advertirse, los profesionales del Derecho encuestados admiten la necesidad de reconocer el valor de prueba a un protocolo de prevención que haya sido incumplido tanto por la persona jurídica como de quienes laboran en su interior o la representan. Por consiguiente, lo que debe generarse es el correspondiente mecanismo de incorporación del incumplimiento del protocolo de prevención, como insumo en el debate sobre la responsabilidad penal y como parte del fundamento de la resolución judicial que determine la responsabilidad penal de los imputados y de la empresa.

Los resultados en relación a las hipótesis de la investigación

En relación a la Hipótesis General: El reconocimiento de la capacidad de actuación de la persona jurídica conlleva el reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

En relación al análisis de la variable independiente “Reconocimiento de la capacidad de actuación de la Persona jurídica”, la investigación realizada ha permitido demostrar que a nivel dogmático se reconoce la capacidad de actuación de la persona jurídica, la misma que desarrolla un conjunto de relaciones tanto en el interior del organigrama como en la interacción con sujetos y entidades externas.

Los fiscales entrevistados reconocen ampliamente que la persona jurídica además de participar en las relaciones jurídicas asumiendo obligaciones y derechos, y posee una capacidad de actuación que genera efectos en terceras personas (pregunta 7).

También admiten que la responsabilidad penal de la persona jurídica es consecuencia de su participación en la afectación de un bien jurídico (pregunta 5);

Por consiguiente, esta variable ha sido comprobada.

En relación a la variable dependiente “Reconocimiento de la responsabilidad penal de la Persona jurídica”,

Los datos de la encuesta confirman que los operadores fiscales asumen que precisamente por su capacidad de actuación las personas jurídicas deben acatar las leyes (pregunta 1) y consideran que en el ámbito penal debe admitirse que la persona jurídica que participa o tolera

actos ilícitos, también debe ser declarada responsable por la comisión de los delitos (pregunta 9), se comprueba la dimensión de respeto a los bienes jurídicos por parte de la persona jurídica.

Asimismo, encontramos que todos los fiscales encuestados reconocen la necesidad de establecer controles internos y externos para prevenir la posibilidad del uso de la persona jurídica para cometer delito (pregunta 2), y la mayoría sostiene que si se demuestra que la persona jurídica no adoptó medidas de prevención, ello justifica una respuesta punitiva en caso se genere un delito (pregunta 16). Por consiguiente, se comprueba la dimensión “Deber de prevención de uso de persona jurídica para cometer delitos”

En lo relativo a la dimensión del Principio de legalidad los fiscales encuestados respondieron en su mayoría que si se comprueba la existencia de un delito en el interior de la persona jurídica, entonces ella debe asumir la responsabilidad penal (pregunta 3), y también están de acuerdo en su mayoría que no regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, afecta el principio de igualdad frente a la ley (pregunta 4). Por tanto la dimensión Principio de legalidad se cumple.

Por consiguiente, la hipótesis se ha comprobado.

En relación a la Hipótesis específica 1: La vigencia del principio delinquere non potest promueve la impunidad de los delitos en que participa la persona jurídica.

La primera variable (la vigencia del delinquere non potest) se fundamenta en la alegación de una ausencia de los rasgos característicos que configuran una actuación con relevancia penal. Su presencia ha sido comprobada tanto por las fuentes doctrinarias como legales.

Los fiscales consultados en su mayoría han precisado que la comprobación de que la persona jurídica no ostente la misma subjetividad y capacidad de actuación que la persona física, no conlleva a la exclusión de la sanción penal a la persona jurídica que haya participado en un hecho ilícito (pregunta 8).

También debemos señalar que los sujetos encuestados precisaron que les parece razonable decir que hay ausencia de voluntad en la persona jurídica a pesar que en los órdenes civil, comercial, administrativo y tributario se reconoce su capacidad de actuación (pregunta 6).

Se comprueba así la dimensión “Ausencia de voluntad”.

Y en relación a la vinculación entre la capacidad de actuación de la persona jurídica y el consecuente reconocimiento de la responsabilidad penal, los fiscales consultados han aceptado por amplia mayoría dicha vinculación (pregunta 11), comprobándose así la dimensión “Ausencia de capacidad de actuación”.

Por consiguiente, se comprueba la variable independiente de la Primera hipótesis específica (Principio *Delinquere non potest*)

En relación a la segunda variable “Impunidad de delitos en que participa la persona jurídica”, tenemos que los números de sentencias contra las personas jurídicas son abrumadoramente menores en relación a los delitos en los que interviene. Así tenemos que hasta mediados del año 2019 fueron procesadas 1,431 empresas investigadas por corrupción, pero de ellos sólo en 16 casos las empresas fueron denunciadas como imputadas y únicamente se dieron cinco casos de sentencia firme a las empresas (Huamán 2019).

Por tanto, se ha comprobado la dimensión “Delitos en que participa la persona jurídica”

Asimismo, en relación a la dimensión “Respuesta punitiva frente a participación de persona jurídica en delitos”, tenemos que la mayoría de los fiscales encuestados han señalado que la no regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en otras palabras, la vigencia del principio *delinquere non potest*) genera un impacto en el rol de prevención del derecho penal (pregunta 10), y también admiten mayoritariamente que los supuestos de actuación de las personas jurídicas en los delitos conlleva la necesidad del Derecho penal de fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica (pregunta 12). Por tanto, se demuestra la necesidad de una respuesta punitiva frente a la participación de la persona jurídica en delitos.

Ello demuestra que a pesar del reconocimiento formal de este principio, los fiscales especializados en el ámbito penal, que por ello son quienes aplican la norma penal, no encuentran justificación a la aplicación del principio “*delinquere non potest*”.

En otras palabras, la vigencia del principio *delinquere non potest* genera un efecto de no persecución penal, lo cual consiste en una baja o reducida aplicación de la ley penal a las personas jurídicas que participan en actos de infracción a la norma penal.

Ello permite afirmar que la hipótesis específica 2 ha sido comprobada.

En relación a la Hipótesis específica 2: La comisión de ilícitos penales en la persona jurídica conlleva la sanción penal del artículo 105 del Código penal.

En relación a la primera variable (La comisión de ilícitos penales en la persona jurídica), debemos señalar que la consulta a las fuentes doctrinarias y legales permiten afirmar que en dichos

ámbitos se reconoce la comisión de actos ilícitos en la persona jurídica. La investigación ha permitido comprobar que en doctrina se ha precisado las diversas formas como las personas físicas que integran la persona jurídica participan en ilícitos penales, ya sea de forma individual o mediante una acción concertada en grupo, y asumiendo dicha actividad ilícita como la verdadera actividad principal, o también como una actividad marginal en relación al principal giro u objeto social de la persona jurídica.

En relación a la variable “Comisión de ilícitos penales en la persona jurídica”, tenemos que en lo relativo a la variable “Participación de integrantes de persona jurídica en delitos”, la mayoría de fiscales encuestados reconoce que habiéndose comprobado la realización de un acto ilícito en el interior de la persona jurídica, ello determina que la respuesta penal debe alcanzar tanto a la persona física como a la persona jurídica donde se cometió el delito (pregunta 13).

Asimismo, en relación a la Dimensión de la variable “Tipo de delitos cometidos usando a persona jurídica”, tenemos que de acuerdo a Huamán (2019) los delitos más comunes en los que participa la persona jurídica son colusión, negociación incompatible y peculado. Asimismo, señala que hasta mediados del año 2019 se comprobaron 1,431 denuncias contra empresarios y 16 procesos donde la persona jurídica fue considerada imputada, y un conjunto de 12 empresas fueron condenadas a pagar noventa millones de soles de reparación civil a favor del Estado peruano.

Por tanto, esta variable se ha comprobado.

En relación a la variable “Sanción del artículo 105 Código penal”, en lo relativo a la dimensión “Naturaleza administrativa de la persona jurídica”, encontramos que la mayoría de fiscales encuestados señala que la persona jurídica debe recibir una sanción compatible con su

naturaleza de ente que se genera mediante un acto administrativo (pregunta 15), lo cual permite afirmar que esta dimensión se verifica. Asimismo, la mayoría de fiscales encuestados precisa que el delito cometido por la persona física es imputable a la persona jurídica de la cual forma parte (pregunta 14), lo cual permite comprobar la realidad de la dimensión “Imputación de delitos a la persona jurídica”. Finalmente, la mayoría de fiscales considera que medidas tales como la clausura, disolución y cierre de la persona jurídica, constituyen respuestas adecuadas frente a la comprobación de la participación de la persona jurídica en un ilícito penal (pregunta 17), lo cual verifica la forma como perciben la dimensión “Medidas contra la persona jurídica”.

En relación a la variable dependiente (La sanción del artículo 105 del Código penal), la misma ha sido descrita en doctrina precisándose sus alcances. Asimismo, la jurisprudencia de la Corte suprema ha reconocido que las medidas contempladas en el artículo 105 del Código penal y que en dicho corpus legal son denominadas “consecuencias accesorias”, en realidad constituyen medidas punitivas aplicables a la persona jurídica.

Es así que la mayoría de fiscales encuestados no solamente reconocen la comisión de hechos ilícitos de carácter penal en el interior de la persona jurídica, sino también señalan que las medidas previstas en el artículo 105 del Código penal, constituyen medidas punitivas razonables.

Por tanto, la hipótesis ha sido comprobada.

En relación a la propuesta de Protocolo de prevención

La presente investigación intenta ofrecer una propuesta de innovación legal, de modo tal que no solamente se reconozca explícitamente en la regulación legal la responsabilidad penal de

las personas jurídicas, sino también que se consagre un mecanismo que facilite la labor de la Administración de justicia en el procesamiento de las personas jurídicas que cometen delito.

Casi todos los fiscales empleados consideran que si se demuestra que la persona jurídica no adoptó adecuadas medidas de prevención y de reacción frente a la comisión de un delito en su interior, entonces se justifica que se le aplique una respuesta penal por participación en el delito (pregunta 16), y también casi todos los fiscales encuestados aceptan que dicha respuesta penal debe darse por un delito consecuencia de la inacción de los órganos de administración y gestión de la persona jurídica (pregunta 18).

Asimismo, consultados en términos más específicos en relación a la propuesta del protocolo de prevención, los fiscales consultados aceptaron que si existe un conjunto de procedimientos obligatorios para prevenir la comisión de ilícitos mediante la persona jurídica, su incumplimiento determina la responsabilidad penal tanto de la persona jurídica como de los funcionarios que omitieron la ejecución de dicho protocolo (pregunta 19), y que dicho incumplimiento constituye prueba de la responsabilidad penal tanto de la persona jurídica como de quienes omitieron el cumplimiento del protocolo (pregunta 21)

Finalmente, en lo relativo a la vigencia de dicho protocolo de prevención, la mayoría de fiscales encuestados respondieron que dicho instrumento podría establecerse desde el instante de inscripción de la persona jurídica en el registro (pregunta 20).

Como puede advertirse, los fiscales encuestados respondieron afirmativamente en relación a cuestiones cruciales tales como la necesidad de establecer un protocolo de prevención con carácter probatorio de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el alcance temporal desde el

instante de la inscripción de la persona jurídica y la vinculatoriedad de sus efectos tanto en relación a la propia persona jurídica como en relación a los órganos que la conforman.

El carácter probatorio de la propuesta de protocolo de prevención es lo que debemos destacar toda vez que una vez que se comprueba objetivamente el incumplimiento de las pautas o medidas de prevención de delito por parte de la persona jurídica, dicho protocolo debe incorporarse al proceso penal y en tanto dicho instrumento está vigente desde la inscripción de la persona su incorporación al proceso puede darse como una prueba anticipada, facilitando el ejercicio de la acción penal y permitiendo así superar una situación de impunidad de la persona jurídica, tal como lo perciben los fiscales encuestados y lo confirman los datos recabados de las entidades oficiales.

V. Discusión de resultados

Los resultados alcanzados en la investigación se dan tanto en relación a lo encontrado en las fuentes documentales (doctrina) como en las fuentes legales (ley y jurisprudencia) y fuentes primarias (encuesta), y nos permiten efectuar un análisis crítico de los tópicos implicados en la problemática a la cual pretende dar solución la presente investigación:

1.- En relación a la responsabilidad penal de la persona jurídica

En el actual contexto doctrinario e histórico la noción del “*delinquere non potest*” ha quedado superada y, por consiguiente, el debate se afina en la determinación del criterio bajo el cual se debe fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Al respecto, nosotros consideramos que la misma se halla en la teoría de la organización defectuosa de la persona jurídica, por lo siguiente:

1.1.- Desde el ámbito de la libertad

La característica esencial de la libertad de la persona se refiere al despliegue de un proyecto de vida, el cual al poder discurrir por cualquier ámbito del quehacer humano, implica en la práctica el reconocimiento de una capacidad de desplegar diversas actividades, lo cual hace necesario frente a dichas infinitas posibilidades la formulación de dos límites: a) el reconocimiento de un ejercicio limitado de los derechos; y b) el principio de legalidad, el cual delimita aquellos campos en los que la persona debe ajustar su conducta a lo preceptuado en la ley como expresión de la voluntad

general y donde todos los destinatarios de la norma se encuentran vinculados en igualdad de condiciones.

En el caso de la persona jurídica, ello no es posible. Desde su origen la persona jurídica tiene reconocidos los siguientes límites esenciales: a) Está vinculada a un determinado diseño organizacional, el cual está encadenado al específico propósito o fin para el cual dicha persona jurídica ha sido creada; b) Las actividades que debe desarrollar la persona jurídica se limitan a aquéllas que se inscriben dentro de la órbita correspondiente a su objeto social.

Es decir, lo que tiene reconocida la persona jurídica es una capacidad de actuación previamente reglamentada, de la cual no puede apartarse, excepto el caso de que solicite y obtenga del ordenamiento la autorización para efectuar el correspondiente proceso de modificación, lo cual además, constituye una posibilidad muy restringida en el ordenamiento.

Por consiguiente, en la medida en que la capacidad de actuación de la organización es muy limitada y sesgada en relación con aquella correspondiente a la persona, entonces las posibilidades de ejercer un control o supervisión son mayores.

La formulación de un protocolo de prevención debe incidir en aspectos claves del diseño organizacional tales como las instancias o dependencias encargadas de suscribir los contratos, de cumplir con las prestaciones asumidas, de proveer los insumos y el personal requeridos para la realización de la obra, etc.

1.2.- Desde el ámbito de la configuración de la voluntad

A diferencia del caso de la persona –en la que es necesaria la investigación para determinar si su actuación externa refleja la voluntad interna-, en el caso de la organización la experiencia ha demostrado que ello resulta inútil: son múltiples los casos de organizaciones empresariales que proclamaron su adhesión y respeto a las leyes y a la lucha anticorrupción y que al mismo tiempo organizaron cárteles y redes de corrupción específicamente orientadas a la compra de las autoridades políticas para ser favorecidas con licitaciones y pagos adelantados de obras que además eran sobrevaloradas. Asimismo, muchas organizaciones comerciales dedicadas a labores de construcción, financieras y bancarias y de seguros habían aprobado un procedimiento de “compliance” con el respectivo oficial de cumplimiento, sin embargo ello no impidió que efectuaran millonarios desembolsos que vulneraban sus propios protocolos de Compliance.

Por tanto, es la propia actuación externa de la organización la que da cuenta de la orientación y/o aplicación de sus actividades. Los específicos actos de celebración de acuerdos y ejecución de los mismos son elementos que permiten identificar si nos encontramos frente a una actuación respetuosa de la ley.

2.- En relación a la utilidad o eficacia del protocolo de prevención aplicable a las personas jurídicas

El protocolo de Compliance tal como ha sido implementado a nuestro entender adolece de dos defectos esenciales:

2.1.- Coloca el control en manos de la propia organización que debe cumplirlo.

Al colocar en la propia organización el ejercicio del control de sus actividades, ello conlleva a que finalmente la organización puede decidir en qué casos efectúa actuaciones dentro de los márgenes de la ley y en qué otros casos puede decidir incumplirla, posibilidad que además

se ha mostrado real en los acontecimientos recientes en las últimas décadas. Las organizaciones empresariales que financiaron ilegalmente a políticos lo hicieron sin que fueran obstaculizadas en su accionar por los funcionarios que en su interior ejercían la labor de “oficiales de cumplimiento”, lo cual refleja que en la práctica dichas organizaciones estaban al margen del control que supuestamente se instauraba mediante el procedimiento de Compliance.

2.2.- Carece de eficacia probatoria alguna en relación al análisis de la conducta de la organización.

En el ámbito de la investigación y determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es irrelevante la existencia de un procedimiento de Compliance. Lo que cuenta finalmente es: a) La comprobación de un acto que está previsto en la regulación penal; b) El empleo de instalaciones, recursos o la participación del personal de una empresa en dichas actividades objeto de represión penal; y c) La vinculación entre el resultado penalmente relevante con la actuación donde se emplearon recursos, actividad y personal de la empresa.

Asimismo, consideramos que la investigación además de alcanzar sus objetivos de demostración de las hipótesis de trabajo, también debe apuntalar una propuesta de innovación legal en virtud de la cual el escenario jurídico procesal alcance una herramienta eficaz que al mismo tiempo que consagre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, también permita a los agentes encargados de la lucha contra el delito sostener en el proceso la pretensión persecutoria. Por ello consideramos lo siguiente:

- a) Tratándose de un protocolo de prevención establecido legalmente y de obligatorio cumplimiento, la omisión de algunas de sus disposiciones, trámites o procedimientos

constituye la prueba de que la actuación de la persona jurídica ha sido con proclividad o favorecimiento a la comisión de un acto ilícito en su interior.

h) El reconocimiento del carácter de prueba al incumplimiento de los procedimientos establecidos en el protocolo de prevención, es consecuencia de: a) La existencia de un deber legal de cumplimiento por parte de la persona jurídica; b) la comprobación de una objetiva situación de incumplimiento u omisión;

c) La identificación de un sujeto en el interior de la estructura y organigrama de la persona jurídica, encargado de supervisar el cumplimiento del procedimiento; d) La lesión de un bien jurídico, consecuencia del incumplimiento del procedimiento establecido en el protocolo.

d) Por su propia naturaleza, el incumplimiento del procedimiento establecido en el protocolo debe configurarse procesalmente como una prueba anticipada; y

e) Quien debe solicitar la incorporación de la prueba anticipada debe ser el Ministerio Público.

También asumimos que dicha propuesta de Código de prevención posee los siguientes alcances:

1.- Se reconoce que a mayor nivel en la estructura de la empresa habrá mayor culpabilidad.

2.- Si se reconoce que la empresa está en condiciones de estructurar procedimientos de prevención de ilícitos penales tal como lo hace en relación a sus procesos de producción y administrativos.

3.- No es posible advertir que la comprobación de un defecto sea debido al factor causal “negligencia”, sino que la sola existencia del defecto prueba por sí solo la permisibilidad, tolerancia y favorecimiento al delito en la propia existencia de una organización defectuosa.

4.- Nosotros consideramos que si se comprueba la participación de funcionarios de alto nivel que desempeñan sus labores en distintas instancias de la empresa, debe conllevar a lo siguiente:

- La responsabilidad penal de la persona jurídica, en tanto se identifique que la defectuosa organización de la empresa es la que ha favorecido las maniobras e ilícitas actividades de los funcionarios.

- La responsabilidad penal de los perpetradores del delito, y de quienes estando en control de la información y con el rol de supervisión y comunicación en relación a los hechos relacionados, ni supervisaron adecuadamente, ni controlaron cuando era el momento, ni comunicaron oportunamente a las instancias pertinentes las anomalías que hubieran detectado.

5.- Dado el poder económico que puede alcanzar una empresa y el impacto que puede generar el delito, lo que se requiere más bien es establecer un protocolo de reacción, el cual tiene como principal función el vincular desde las etapas iniciales en que se manifiesta la

irregularidad o defecto en la organización, con la actividad procesal que debe desarrollarse en caso que finalmente se compruebe la perpetración de un delito.

6.- En la empresa debe existir una cadena documentaria que permita comprobar en tiempo si la labor de control y supervisión se está efectuando por las instancias, personal y funcionarios pertinentes. Deben emitirse documentos diarios, los cuales deben ser almacenados obligatoriamente en fotografía y videos, para así cuando se comprueba la realización de un delito, mediante la presencia o ausencia de la firma del funcionario respectivo, se pueda comprobar si la perpetración del ilícito se ha debido a un diseño defectuoso de la organización o si por el contrario ha tenido como elemento decisorio una mera actividad individual.

7.- En términos más específicos, pongamos por ejemplo el caso de contratación de una empresa con el Estado. Lo que se debe generar documentariamente es lo siguiente:

- Registro fílmico y fotoFigura del avance de las etapas, día a día.
- Registro documentario donde los funcionarios de la empresa y el personal encargado de dirigir y supervisar la obra, pongan su firma confirmando el avance de la obra y detallando el porqué de una situación de retraso o cese de la obra.
- Registro documentario donde los directivos de la empresa que aprueban el desembolso, declaran que lo hacen después de comprobar que ello corresponde al avance de la obra y que no hay un incremento o costo no previsto originalmente en el contrato. Ello permitiría determinar lo siguiente:

- Si hubo o no efectiva y previa supervisión y control.

- Si las instancias pertinentes de la empresa actuaron rápidamente y notificaron a las autoridades, o si actuaron con complicidad y desidia.

- Si existían a la fecha en que se cometieron los delitos, los correspondientes mecanismos de seguimiento y comprobación de un proceso correcto y debido, con pleno respeto a la legalidad y a los bienes jurídicos.

VI. Conclusiones

1.- La persona jurídica posee capacidad de actuación en el ámbito jurídico en general y en el ámbito del Derecho penal en particular, lo cual determina el reconocimiento de su capacidad para asumir la responsabilidad penal por aquellos delitos en los que participa.

2.- La vigencia en el ordenamiento jurídico peruano del principio “delinquere non potest” favorece una situación de impunidad de los delitos en los que se comprueba la participación de la persona jurídica.

3.- Las denominadas consecuencias accesorias reguladas en el artículo 105 del Código penal peruano, constituyen verdaderas medidas punitivas dirigidas contra la persona jurídica en cuyo interior se comprueba la comisión de ilícitos penales.

4.- La capacidad de actuación de la persona jurídica en el ámbito penal se justifica por su capacidad de actuación en el ámbito jurídico; 2. Existe una situación de impunidad en el delito, consecuencia de la vigencia del principio “delinquere non potest” y 3. La implementación de medidas punitivas contra la persona jurídica deben respetar su naturaleza de ente nacido de un acto administrativo.

VII. Recomendaciones

1.- Establecer un protocolo de prevención de ilícitos en la persona jurídica, con específicos deberes de cada integrante con poder de dirección y/o representación, de modo tal que si se comprueba la comisión de ilícitos penales en la persona jurídica o la participación de ésta en actividades delictivas como consecuencia del incumplimiento de los parámetros de actuación especificados en dicho protocolo, ello constituye un elemento probatorio de responsabilidad de la persona jurídica por organización defectuosa y la del funcionario o directivo que hubiera incumplido la exigencia que le correspondía por el cargo o posición que ocupase en la persona jurídica.

2.- El Protocolo de prevención debe poseer el siguiente contenido mínimo:

2.1.- Sujetos obligados al cumplimiento del protocolo de prevención

Están obligados al cumplimiento del protocolo de prevención los integrantes de la persona jurídica que ostentan el poder de dirección y/o ejercen la representación de la persona jurídica en la celebración de actos de naturaleza patrimonial tales como celebración de contratos, pago de impuestos, percepción de rentas, depósitos, compraventa de acciones, etc. y que tienen el poder de disponer de los fondos de la persona jurídica.

2.2.- Exigencias de prevención

Los actos de disposición patrimonial y de celebración de contratos deben contar con una supervisión interna que de modo previo emita un informe sobre la legalidad del acto y sobre la no vulneración de las normas del Código Penal, Código tributario y la legislación que combate los delitos de lavado de activos y corrupción de funcionarios.

El órgano encargado de ejercer la labor de supervisión y de emitir el informe sobre la legalidad del acto de disposición patrimonial o celebración del contrato o adenda, debe estar integrado por persona distinta al órgano, directivo o sujeto con poder de decisión en la estructura de la persona jurídica.

2.3.- Información que deben consignar obligatoriamente las personas jurídicas que contratan con el Estado.

1.- Documentación fotográfica y filmográfica del avance de las etapas, día por día.

2.- Firma del supervisor.

3.- Firma del jefe de la sección o división de la empresa encargada de efectuar el seguimiento de la obra.

2.4.- Documento fotoFigura y video de la suscripción de la adenda.

Las personas jurídicas de Derecho privado que suscriben adendas en los contratos con el Estado deben generar la correspondiente documentación donde se consigne:

-Firmas de los encargados de la negociación y/o celebración del contrato.

-Firma del directivo encargado de la labor de supervisión.

-Firma del responsable de elaborar la estructura de costos.

-Firma de los directivos que aprobaron la negociación.

-Firma de quienes aprobaron el nuevo presupuesto.

Dicha información no tiene carácter secreto.

3.- Incorporar como prueba anticipada al proceso el protocolo de prevención vigente desde la inscripción de la persona jurídica. Dicha incorporación se hará en todo proceso donde la persona jurídica sea la parte demandada.

VIII. Referencias

- Abanto, M. (2000). Derecho penal económico: parte especial. IDEMSA.
- Abanto, M. (2014). Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública. Grijley.
- Abanto, M. y Olaechea, J. (Coordin.). (2015). Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal: homenaje a Klaus Tiedeman. Gaceta Jurídica.
- Alcántara, O. (2001). Lineamientos sobre protección al consumidor: problemas relacionados con el uso de las tarjetas de crédito y de débito. *Actualidad Jurídica*, 92, pp. 107-112.
- Alpaca, A. (2012). Reflexiones en torno al estado actual de la "responsabilidad penal" de las personas jurídicas a partir del Acuerdo Plenario 7-2009/CJ-116. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 40, pp. 54-79.
- Angulo, E. (1995). Delitos contra el orden económico. Fundación M.J. Bustamante De la Fuente.
- Arroyo, L. (Director). (2013). El derecho penal económico en la era "compliance". Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bacigalupo, E. (1998). *Curso de derecho penal económico*. Marcial Pons.
- Beraún, D. (2003). El problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Actualidad Jurídica*, 119, pp. 9-30.
- Blossiers, J. (2003). *Derecho monetario y bancario*. Universidad Inca Garcilazo de la Vega, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

- Blossiers, J. (2001). La evolución de la tarjeta de crédito bancaria. *Agora Revista de Derecho*, 2, pp. 153-160.
- Boix, J. (1994). Intereses difusos y derecho penal. Consejo General del Poder Judicial.
- Bonfanti, M. (1993). Contratos bancarios: responsabilidad de la entidad financiera, secreto bancario, descuento bancario, leasing, factoring, underwriting. Abeledo-Perrot.
- Bramont, L. (1998). *Lecciones de la parte general y el código penal*. San Marcos.
- Bramont, L. (2001). *Los delitos empresariales*. Gaceta Jurídica.
- Bustos, J. (1994). *Manual de Derecho Penal. Parte general*. (4ª Ed). Barcelona: PPU.
- Bustos, J. (1999). *Lecciones de Derecho Penal*. (t. 2). Editorial Trotta.
- Caro, D. (2002). Responsabilidad penal de los medios de comunicación por actos de sus directores, administradores o propietarios? *Revista Jurídica del Perú*, 35, pp. i-iv.
- Carranza, C. (2012). Reforzando la transparencia en la información de productos y servicios financieros. *Actualidad Jurídica*, 224, pp. 17-22.
- Castillo, J. (2002). Principios de derecho penal. Parte general. Gaceta jurídica.
- Cesano, J. (2010). La imputación penal en el ámbito de la empresa y las estructuras omisivas: bases para su análisis. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 14, pp. 179-203.
- Claros, A. (2011). Dificultades de imputación de la responsabilidad penal a los miembros de la empresa. *Gaceta Penal y Procesal Penal*, 24, pp. 155-162.

- Claros, A. (2013). La imputación del resultado típico a los miembros de los órganos de la empresa en los delitos de comisión por omisión. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 54, pp. 146-152.
- Collantes, J. (Coord.). (2004). Tratado de derecho penal: desafíos del derecho penal contemporáneo. Normas Legales.
- Echaiz, D. (2005). La responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas. *Actualidad Jurídica*, 156, pp. 269-277.
- Echaiz, D. (2012). El nuevo régimen de protección del consumidor financiero. *Actualidad Jurídica*, 224, pp. 13-16.
- Espinoza, J. (1995). La responsabilidad civil de los bancos en el servicio de cajas de seguridad. *Derecho PUCP*, 50, pp. 313-330.
- Feijoo, B. (2001). Cuestiones básicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de otras personas morales y de agrupaciones y asociaciones de personas. *Revista Jurídica del Perú*, 29, pp. 59-87.
- Gabriel, C. (2011). La responsabilidad de las entidades financieras y los establecimientos comerciales en el consumo fraudulento con tarjetas de crédito. *Actualidad Jurídica*, 214, pp. 278-281.
- Gálvez, T. y Guerrero S. (2009). *Consecuencias accesorias del delito y medidas cautelares reales en el proceso penal*. Jurista Editores.
- García, F. (2002). *Derecho penal Parte General y Parte especial*. Ediciones Iberoamericanas.

García, L. (1990). Criminalidad de empresa: responsabilidad penal de los directivos de sociedades comerciales y de entidades financieras. AD-HOC.

García, L. (2009). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *JUS Doctrina & Práctica*, 1, pp. 61-74.

García, P. (2002). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. ARA Editores.

García, P. (2003). Derecho penal económico. Parte General. ARA Editores.

García, P. (2007). (2ª Ed). (t. 1). Derecho penal económico. Parte General. Editora Jurídica Grijley.

Gómez, C. (2009). Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 6, pp. 147-171.

Gómez, C. (2011). Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas? Una respuesta a las críticas planteadas al modelo constructivista de autoresponsabilidad penal empresarial. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 23, pp. 101-117.

Gracia, L. (2004). Estudios de Derecho penal. Idemsa.

Gutiérrez, M. (2012). Del amor al odio siempre hay un solo paso. La relación entre las entidades financieras, los consumidores y sus intereses. *Actualidad Jurídica*, 224, pp. 23-30.

Guzmán, J. (2008). El contrato de tarjeta de crédito y su nueva reglamentación. *Actualidad Jurídica*, 177, pp. 322-326.

Huamán, G. (10 de Junio de 2019) Hay más de 1.400 empresarios investigados por corrupción en el Perú. Portal Ojo Público. Recuperado de: <https://ojo-publico.com/1235/hay-mas-de-1400-empresarios-investigados-por-corrupcion-en-el-peru>

Hurtado, J. (2005). (3ª Ed.). Derecho penal. Parte general I. Grijley y PUCP.

Hurtado, J. (2010). La reponsabilidad penal de la empresa en el derecho penal suizo. *Revista Institucional AMAG*, 9, pp. 13-23.

Hurtado, J. (Director). (1997). Anuario de Derecho penal 96. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Asociación peruana de Derecho penal.

Hurtado, J. y Prado, V. (2011). Manual de Derecho Penal. Parte General. (4ª ed., v. 2). Idemsa.

Jescheck, H-H. (2002). *Tratado de derecho penal. Parte general*. (5ª Ed.). Granada: Editorial Comares.

Martínez, R. (2007). Problemas de la criminalidad de empresa en el modelo dogmático penal tradicional. *Revista Jurídica del Perú*, 77, pp. 171-180.

Medina, M. (2014). La compensación bancaria y el deber de idoneidad. A propósito del caso Huaranga Acosta contra Scotiabank Perú. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 184, pp. 263-276.

Meini, I. (1999). Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos: el deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. *Derecho PUCP*, 52, pp. 883-914.

- Miranda, M. (2001). Fundamentos jurídicos y económicos de regulación bancaria. *Agora Revista de Derecho*, 2, pp. 191-203.
- Mory, F. (2011). La investigación del delito. El policía, el Fiscal y el Juez. Derechos fundamentales del imputado. Editorial Rodhas.
- Nicolau, N. (2008). Prevención de daños derivados del accionar empresario. *Revista de Derechos de Daños - Prevención del daño*, 2, pp. 341-350.
- Nieto, A. (2010). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 11, pp. 143-168.
- Núñez, F. (2003). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: hacia la extinción del dogma *societas delinquere non potest*. *Revista Jurídica del Perú*, 53, pp. 81-100.
- Palomino, W. (2014). Alcances sobre el caso Utopía: particularidades de la atribución de responsabilidad penal en el ámbito de la empresa. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 63, pp. 50-74.
- Palomino, W. (2014). Crítica a la teoría del dominio del hecho a partir de la sentencia casatoria 367-2011-Lambayeque. Especial referencia a su difícil aplicación en el ámbito de la empresa. *Gaceta Penal & Procesal penal*, 60, pp. 20-37.
- Peña, A. (2005). Derecho penal peruano. Editorial Rodhas.
- Peña, A. (2011). Curso elemental de Derecho Penal. Parte General. Ediciones Legales.
- Peña, R. (1997). Tratado de Derecho penal. Parte General. Grijley.

Polaino, M. (2008). Introducción al Derecho Penal. Grijley.

Prado, V. (2000). Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú. *Gaceta jurídica*.

Quiroga, C. (2004). Teoría del levantamiento del velo societario: ¿es aplicable en el Derecho peruano? *Normas Legales*, 339, pp. 49-64.

Ramos, J. (2012). Estructure el marco teórico en su tesis de posgrado en Derecho. Grijley.

Reátegui, J. (2005). La presencia de personas jurídicas en el moderno Derecho penal: ¿hacia un Derecho penal de las personas jurídicas? *Actualidad Jurídica*, 144, pp. 283-300.

Reátegui, J. (2006). La responsabilidad penal en forma mediata : especial mención a las intermediaciones en el ámbito de organizaciones de poder: segunda parte. *Actualidad Jurídica*, 151, pp. 119-125.

Reyna, L. (2015). Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Observaciones en torno a las propuestas legislativas de incorporación de la responsabilidad penal de la propia persona jurídica en el Perú. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 76, pp. 102-111.

Rivas, M. (2012). El problema sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Actualidad Jurídica*, 227, pp. 109-113.

Rojas, F. (2013). Derecho Penal. Estudios fundamentales de la Parte General y Especial. *Gaceta Jurídica*.

Roxin, I. (2010). Autoría y participación en una empresa económica. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 18, pp. 43-54.

Salas, C. (2011). El proceso penal común. *Gaceta Jurídica*.

Salcedo, R. (2012). La responsabilidad penal de los órganos de gobierno de las entidades financieras en la comisión del tipo base de lavado de activos. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 37, pp. 138-158.

Sánchez, P. (2009). El Nuevo Proceso Penal. Idemsa.

Serrano-Piedecasas, J. (1997). Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *THEMIS Revista de Derecho Segunda Epoca*, 35, pp. 127-136.

Silva, J. (2000). Estudios de Derecho penal. Grijley.

Silva, J. (Dir.). (2013). La teoría del delito en la práctica penal económica. Madrid: La Ley.

Sota, P. (2012). Reflexiones en torno a la naturaleza de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 34, pp. 51-72.

Terradillos, J. (1995). Derecho penal de la empresa. Trotta.

Terradillos, J. (2010). Cuestiones actuales de derecho penal económico y de la empresa. ARA.

Tiedemann, K. (1993). Lecciones de derecho penal económico: comunitario, español, alemán. PPU.

Tiedemann, K. (1999). Temas de derecho penal económico y ambiental. IDEMSA.

Tiedemann, K. (2000). Derecho penal y nuevas formas de criminalidad. IDEMSA.

Torres, M. (2005). La responsabilidad de los directores y gerentes por los acuerdos o actos contrarios al interés de la sociedad. *Actualidad Jurídica*, 143, pp. 13-15.

Ulloa, C. (2006). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho comparado. *Normas Legales*, 360, pp. 343-352.

Universidad Inca Garcilaso de la Vega. (2007). Libro homenaje por el XXV Aniversario de la Fundación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Parte General de Derecho Penal. Política criminal. Derecho Penal Económico. Grijley.

Urquiza, J. (Coord.) (2015). Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal: homenaje a Klaus Tiedemann. *Gaceta Jurídica*.

Urquiza, J. y Salazar, N. (2007). Responsabilidad penal del directivo de la empresa en el Código penal peruano: competencia por organización y naturaleza normativa del injusto de resultado lesivo en los supuestos de comisión por omisión. *Actualidad Jurídica*, 160, pp. 255-273.

Urtecho, A. (2008). Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Estado actual de la cuestión. *Actualidad Jurídica*, 179, pp. 125-142.

Vilela, J. (2012). Los principios de transparencia e información como mecanismos de protección del consumidor financiero. *Actualidad Jurídica*, 224, pp. 31-38.

Villavicencio, F. (2001). (3ª Ed). Código penal anotado. Grijley.

Villavicencio, F. (2006). Derecho Penal. Parte General. Grijley.

Vinelli, R. (2011). Responsabilidad penal de los órganos de representación de las personas jurídicas. Consideraciones sobre la cláusula del actuar en el lugar de otro. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, pp. 382-406.

Zugaldía, J. (1993). Fundamentos de derecho penal. Parte general. Valencia: Tirant to blach.

Zúñiga, L. (2013). Criminalidad de empresa y criminalidad organizada: dos modelos para armar en el derecho penal. CEDPE y Jurista Editores.

IX. Anexos

ENCUESTA

Número de encuesta: _____

Identidad

Nombres: _____

Apellidos: _____

de colegiatura: _____

Cargo o labor que desempeña

[a] Juez ()

[b] Fiscal ()

