

UNIVERSIDAD NACIONAL

“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**INAPLICACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS
CONTRA LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LAS
ACUSACIONES POR EL DELITO DE COLUSIÓN EN LA
FISCALÍA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN
DE FUNCIONARIOS DE HUARAZ, 2012 – 2016.**

Tesis para optar el Título profesional de Abogado

Presentado por:

Bach. ALAN ERICK CASTROMONTE ALMENDRADES

Asesor:

Dr. ELMER ROBLES BLACIDO

Huaraz – Áncash – Perú

2018



UNIVERSIDAD NACIONAL
SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO
"Una nueva Universidad para el Desarrollo"

REPOSITORIO
INSTITUCIONAL
UNASAM



Dirección del
Instituto de
Investigación

**FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN,
PARA OPTAR GRADOS ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES EN EL
REPOSITORIO INSTITUCIONAL DIGITAL - UNASAM**

Conforme al Reglamento del Repositorio Nacional de Trabajos de Investigación – RENATI.
Resolución del Consejo Directivo de SUNEDU N° 033-2016-SUNEDU/CD

1. Datos del Autor:

Apellidos y Nombres: **CASTROMONTE ALMENDRADES, Alan Erick**

Código de alumno: **111.1604.489** Teléfono: **973733608**

Correo electrónico: erickx-x@hotmail.com DNI o Extranjería: N° **44979031**

2. Modalidad de trabajo de investigación:

- () Trabajo de investigación () Trabajo académico
() Trabajo de suficiencia profesional (**X**) Tesis

3. Título profesional o grado académico:

- () Bachiller (**X**) Título () Segunda especialidad
() Licenciado () Magister () Doctor

4. Título del trabajo de investigación:

“INAPLICACION DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS CONTRA LAS PERSONAS JURIDICAS EN LAS ACUSACIONES POR EL DELITO DE COLUSION EN LA FISCALIA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCION DE FUNCIONARIOS DE HUARAZ, 2012 - 2016”

5. Facultad de: DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

6. Escuela, Carrera o Programa: Derecho

7. Asesor:

Apellidos y Nombres: **ROBLES BLACIDO, Elmer** Teléfono: **940226692**

Correo electrónico: elmer_rb_31@hotmail.com DNI o Extranjería: N° **31674266**

A través de este medio autorizo a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, publicar el trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional Digital, Repositorio Nacional Digital de Acceso Libre (ALICIA) y el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI).

Asimismo, por la presente dejen constancia que los documentos entregados a la UNASAM, versión impresa y digital, son las versiones finales del trabajo sustentado y aprobado por el jurado y son de autoría del suscrito en estricto respeto de la legislación en materia de propiedad intelectual.

Firma:

D.N.I.: 44979031

FECHA: 06 / junio / 2019

AGRADECIMIENTO:

A DIOS todopoderoso, por ser fortaleza.

A la UNIVERSIDAD NACIONAL “SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO” - FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS -, con gratitud imperecedera por habernos brindado la oportunidad de forjarnos un futuro.

Al Dr. ELMER ROBLES BLÁCIDO, por el rigor de la labor dogmática y la asesoría concedida.

DEDICATORIA:

A MIS PADRES:

Pilares fundamentales en mi vida, por su genuino e invaluable apoyo.

A MIS HERMANOS:

Por lo que representan para mí, por la solidaridad mostrada en los momentos difíciles.

A LA MEMORIA DE MI HERMANA:

Ayer a mi lado, hoy en el cielo.

Sólo Dios sabe cuál es la proporción del tormento y a la vez, la quietud del descanso eterno en el que te encuentras.

... y a mi pequeña sobrina Alice Luana, por convertirse en fuente de alegrías y sueños. Posiblemente en este momento no entiendas mis palabras pero para cuando seas capaz, quiero que te des cuenta de lo que significas para mí.

A TI:

Compañera de vida, por ser soporte en los buenos y en los malos momentos.

ÍNDICE

	Pág.
Resumen	ix
Abstract	x
Introducción	1

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema	4
1.2. Formulación del problema	5
1.2.1. Problema general	5
1.2.2. Problemas específicos.....	5
1.3. Importancia del problema	5
1.4. Justificación y viabilidad	6
1.4.1. Justificación teórica	6
1.4.2. Justificación práctica	7
1.4.3. Justificación legal	7
1.4.4. Justificación metodológica	8
1.4.5. Justificación técnica.....	9
1.4.6. Viabilidad	9
1.5. Formulación de objetivos.....	10
1.5.1. Objetivo general.....	10
1.5.2. Objetivos específicos	10
1.6. Formulación de hipótesis	10
1.6.1. Hipótesis general	10
1.6.2. Hipótesis específicas.....	11
1.7. Variables	11
1.8. Metodología de la investigación	12
1.8.1. Tipo, nivel y diseño de investigación.....	12
1.8.1.1. Tipo de investigación.....	12
1.8.1.2. Nivel de investigación	12
1.8.1.3. Tipo de diseño.....	13

a) Diseño general	13
b) Diseño específico	13
1.8.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico	14
1.8.2.1. Población	14
1.8.2.2. Muestra	15
1.8.2.3. Unidad de análisis	16
1.8.3. Instrumentos de recolección de la información	16
1.8.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información	17
1.8.5. Técnica de contrastación de la hipótesis.....	18

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes	20
2.1.1. Antecedentes Locales	20
2.1.2. Antecedentes Nacionales	20
2.1.3. Antecedentes Internacionales	21
2.2. Bases teóricas	21
2.2.1. Delito de Colusión	21
2.2.2. Necesaria intervención del Derecho Penal en los procesos de contratación que realiza el Estado	25
2.2.2.1. Espacios en los cuales pueden manifestarse indicios de actos de corrupción en las contrataciones públicas	28
2.2.3. Personas Jurídicas	29
2.2.3.1. Generalidades.....	29
2.2.3.2. Teorías que buscan explicar la naturaleza jurídica de las personas jurídicas.....	30
a) Teoría de la Ficción	30
b) Teoría de la Realidad.....	31
2.2.3.3. Clasificación de las personas jurídicas	34
2.2.4. Relevancia de la empresa como factor criminógeno	35
2.2.5. Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	37
2.2.5.1. Modelo de la Heterorresponsabilidad (sistema vicarial, de transferencia o por representación).....	38

2.2.5.1.1. Incidencia del principio <i>non bis in ídem</i> en relación a la imposición de sanciones	40
2.2.5.2. Modelo de la Autorresponsabilidad (Por hecho propio)....	41
2.2.6. La responsabilidad de la persona jurídica en el ordenamiento jurídico peruano	42
2.2.6.1. Predominio del sistema de imputación penal individual en el Código Penal.....	42
2.2.6.2. Fundamento de la regla del Actuar en lugar de otro.....	47
2.2.7. Principio “ <i>societas delinquere non potest</i> ”	51
2.2.8. Fundamento jurídico de las Consecuencias Accesorias en el Perú ..	52
2.2.8.1. Las Consecuencias Accesorias	54
2.2.9. Posturas respecto a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias	55
2.2.9.1. Las consecuencias accesorias como penas	56
2.2.9.2. Las consecuencias accesorias como medidas de seguridad57	
2.2.9.3. Las consecuencias accesorias como un nuevo y tercer tipo de sanción penal	58
2.2.10. Posturas sobre la imposibilidad absoluta de incriminación a las personas jurídicas.....	59
2.2.10.1. Incapacidad de acción de las personas jurídicas.....	59
2.2.10.2. Incapacidad de culpabilidad de las personas jurídicas	62
2.2.10.3. Incapacidad de pena de las personas jurídicas	64
2.3. Definición de términos.....	65

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Resultado doctrinario	72
3.2. Resultado jurisprudencial.....	97
3.3. Resultado normativo	108
3.4. Presentación de la unidad de análisis y los resultados	135
3.5. Resultados empíricos: Cuadros, Gráficos, Interpretaciones	135

CAPÍTULO IV
VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Validación de hipótesis principal.....	178
CONCLUSIONES	197
RECOMENDACIONES	199
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	201
ANEXO.....	206

RESUMEN

El requerimiento acusatorio es la concreción de una investigación minuciosa, objetiva y suficiente; los mismos que además están respaldadas por elementos probatorios también con las mismas características.

Una acusación es la hipótesis que el Ministerio Público plantea ante el Juez de Investigación Preparatoria y si pasa el control correspondiente, ante el Juez Unipersonal, por consiguiente, debe estar debidamente sustentado.

En el proceso penal común y cualquiera, una de las pretensiones infaltables del Ministerio Público, es la imposición de la pena que establece cada tipo penal. Pero en el proceso penal, no solo se pretende que se imponga la pena al sujeto activo; sino también hay otras pretensiones que el Ministerio Público debe postular: pretensión asegurativa, resarcitoria, de decomiso, anulatoria, pretensiones urgentes e instrumentales y contra las personas jurídicas.

En este trabajo, se ha referido en estricto a éste último caso; es decir, la pretensión punitiva – consecuencias accesorias – referida a las personas jurídicas.

En los delitos de colusión necesariamente participan dos o más personas, funcionario o servidor público y el *extraneus*. Este último, por lo general es una persona jurídica (empresa) que coadyuva en la realización del hecho ilícito a través de su representante legal (gerente, presidente del directorio, administradores, etc.).

En las acusaciones, solo se advierte la imputación contra el representante legal, quedando al margen de ella, la persona jurídica. Este es el motivo de esta investigación, los mismos que han sido explicados a través de los presupuestos que la investigación científica aconseja.

Se ha combinado la teoría y la realidad práctica y, a partir de ella, llegar a conclusiones que merecen tenerlos en cuenta, con la finalidad de combatir sin concesiones ese flagelo que sufre nuestra sociedad: La corrupción.

PALABRAS CLAVES: Acusación, Colusión, *Extraneus*, Persona Jurídica, Representante Legal, Consecuencias Accesorias.

ABSTRACT

The accusatory requirement is the concretion of a thorough, objective and sufficient investigation; the same ones that are also backed by probative elements with the same characteristics.

An accusation is the hypothesis that the Public Ministry raises before the Preparatory Investigation Judge and if it passes the corresponding control, before the Unipersonal Judge, therefore, it must be duly supported.

In the common criminal process and any, one of the unalterable pretensions of the Public Ministry, is the imposition of the penalty that establishes each criminal type. But in the criminal process, not only is it intended to impose the penalty on the active subject; but there are also other claims that the Public Ministry must postulate: insurance claim, compensation, confiscation, and annulment, urgent and instrumental claims and against legal persons.

In this work, I have referred in strict to this last case; that is, the punitive claim - accessory consequences - referred to legal persons.

In the crimes of collusion, two or more persons, civil servant or public servant and the *extraneus* necessarily participate. The latter is usually a legal entity (company) that contributes to the accomplishment of the unlawful act through its legal representative (Manager, Chairman of the Board, Administrators, etc.).

In the accusations, only the imputation against the legal representative is noticed, being left out of it, the legal person. This is the reason for this investigation, the same ones that have been explained through the budgets that scientific research advises.

The theory and practical reality have been combined and, from it, to reach conclusions that deserve to be taken into account, with the aim of combating without concessions that scourge that our society suffers: Corruption.

KEY WORDS: Accusation, Collusion, *Extraneus*, Legal Person, Legal Representative, Accessory Consequenc

INTRODUCCIÓN

Como todo trabajo de investigación que se desarrolla en la universidad, ésta obedece a criterios y necesidades terrenales. La presente tesis tuvo como motivación acceder a mayor conocimiento jurídico, pero también ostentar el título profesional de Abogado, que es la consecuencia lógica de la culminación de los estudios universitarios.

La persecución penal tiene muchos problemas, no solo teóricos, sino también prácticos. Precisamente ello, conlleva a que no haya área en el Derecho que se encuentre terminada y con reglas eternas. Todos los días aparecen nuevos problemas, es más, muchos más complejos, que requieren respuestas rápidas.

En nuestra región y el país, existen evidentes signos de corrupción. Esto no es ninguna novedad, es más, hay evidencias que tiene un origen estructural e histórico. No es fácil combatirla. Pero existe una exigencia mayor. Entonces, el Derecho Penal, tiene nuevos retos y exigencias, principalmente de la sociedad actual.

Uno de esos delitos comunes en cuanto a corrupción de funcionarios, es el delito de colusión. Sobre ella se ha escrito y explicado bastante; sin embargo, hay algo que no viene funcionando bien: El castigo al *extraneus* representado por las personas jurídicas. Nuestro sistema penal solo castiga al representante legal, pero olvida que la persona jurídica sigue inmune a la actuación penal.

Para ello se creó en el Código Penal, la figura de las consecuencias accesorias. Al terminar la investigación, se puede afirmar que ha quedado simplemente en una prescripción, pero se encuentra proscrita por el Ministerio

Público, quien tiene la potestad de sustentarla en su requerimiento y, hacerla práctica y útil.

Lo que queda a los que asumimos fielmente los postulados penales del Código Penal, es revalorarla y abogar por su cumplimiento. Espero que este trabajo pueda cumplir dicha función.

Por razones didácticas y siguiendo el esquema de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la universidad, se ha dividido el trabajo en cuatro capítulos:

El primer capítulo, contiene lo referido al problema y la metodología de investigación. En ella se explica los motivos del problema, los problemas planteados, las hipótesis y la justificación correspondiente del trabajo realizado.

El segundo capítulo, comprende el estudio de los antecedentes de la investigación y el marco teórico que precisamente sustenta el trabajo de investigación. Se trata de explicar de manera didáctica y somera respecto a la teoría que fundamenta o sustenta a la figura de las consecuencias accesorias dentro de la doctrina penal actual.

El tercer capítulo, está referido a los resultados de la investigación desde el ámbito doctrinario, jurisprudencial y normativo, es decir, todo aquello que nos ha servido para sustentar en el plano fáctico el trabajo de investigación.

El cuarto capítulo, está referido a la validación de hipótesis. En ella se ha tratado de corroborar o descartar las hipótesis primigenias, las mismas que sirvieron para desarrollar este trabajo.

Por último, el trabajo termina presentando conclusiones, sugerencias, así como indicando las fuentes bibliográficas que se ha tenido en cuenta para desarrollar el trabajo de investigación.

Como todo trabajo, el presente no ha estado exento de limitaciones y problemas. Quizá el más trascendente haya sido la falta de facilidades que otorgan a los investigadores los operadores judiciales; quienes con mil pretextos burocráticos se niegan a facilitarnos la información requerida; sin embargo, gracias al apoyo desinteresado de algunos colegas y amigos, esto fue superado. El otro aspecto saltante en cuanto a las limitaciones está referido a la falta de bibliografía especializada respecto al tema. Es verdad que los medios electrónicos a la fecha son inmensos y dan mayor facilidad; pero también es cierto que la veracidad y exigencias académicas a veces están en duda; sin embargo, un trabajo paciente ha permitido acceder a lo mejor de ello.

Finalmente, estoy seguro de las limitaciones, omisiones y errores que debe contener el presente trabajo. De todas ellas me hago responsable; es más, tengo el compromiso *ex ante* de superarlas en cuanto los detecte el jurado evaluador o los lectores acuciosos o, en defecto pueda en la relectura advertir dichas deficiencias con el crisol de los nuevos conocimientos y experiencias que estoy seguro voy a tener en adelante.

El tesista

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema

Son frecuentes las acusaciones que realiza el Ministerio Público, es más, es su función. De ello no cabe duda, menos cuestionamiento, más aun cuando la Constitución Política del Estado y la Ley Orgánica del Ministerio Público, así lo facultan.

Uno de los delitos que con más frecuencia se investigan y, como es lógico, también se acusan, es por el delito de colusión. En este delito por su propia naturaleza, existe la participación necesaria del *intraneus* y *extraneus*. Solo con la participación acreditada de ellos, puede concluirse en la posibilidad de la comisión del delito de colusión. Es más, en lo referido al *extraneus*, no solo participa la persona natural (representante legal, gerente u otro); sino también el directo beneficiado viene a ser la persona jurídica.

De existir medios de prueba suficientes que corroboren la tesis del Ministerio Público, sobre la comisión del delito de colusión, entonces, según la norma penal en abstracto, debería aplicarse las consecuencias accesorias establecidas en el artículo 105° y siguiente del Código Penal.

Si ello es la premisa, entonces, debe evaluarse en cada caso particular si es necesario o no y, si esta es proporcional, sobre la petición de las consecuencias accesorias cuando se acusa al *extraneus* por el delito de colusión.

Precisamente ese ha sido el tema materia de investigación.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿A qué obedece la inaplicación de las consecuencias accesorias contra las personas jurídicas en las acusaciones por el delito de colusión en las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Huaraz, 2012-2016?

1.2.2. Problemas específicos

- a) ¿Cuáles son las posturas que existen en el Perú respecto a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias?
- b) ¿Existe uniformidad en la doctrina y la jurisprudencia sobre la determinación de aplicación de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas?

1.3. Importancia del problema

Todo trabajo de investigación es importante *per se*, sin embargo, en el presente caso, la importancia se da, porque va a explicar una realidad existente y dinámica que se encuentra en la lucha diaria contra la corrupción en nuestra región; es más, a partir de ella se dará algunos alcances que ayuden de mejorar la administración de justicia.

En resumen, el trabajo de investigación tiene una importancia teórica y práctica, más aun cuando no existen trabajos similares en nuestro ámbito.

1.4. Justificación y viabilidad

En las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Huaraz, existen acusaciones por el delito de colusión, donde hay evidencia de la participación de las personas jurídicas.

La actuación dolosa de las personas jurídicas es un evento criminal, le corresponde en abstracto la aplicación de las consecuencias accesorias, en consecuencia, deviene en necesaria saber cuál es el fundamento de ésta y, lógico a partir de ella se podrá ampliar el análisis teórico o doctrinal de la misma.

Asimismo, hay problemas teóricos y prácticos que requieren ser resueltos y uniformizados en la práctica de la administración de justicia, la discusión de este problema, no solo se quedará en el plano teórico, sino tendrá una incidencia directa en la práctica, pues se pretende que las consecuencias accesorias puedan aplicarse y si no se dan las condiciones, se indiquen las razones para que no proceda tal mandato existente en el Código Penal.

1.4.1. Justificación teórica

En las acusaciones del Ministerio Público, por el delito de colusión, se advierte la participación de las personas jurídicas, en consecuencia, es necesario evaluar su actuar dentro del hecho criminal y, evaluar si corresponde la aplicación de las consecuencias accesorias.

El presente trabajo, no solo permite iniciar un proceso de discusión, análisis de los problemas teóricos y jurisprudenciales al respecto. Hasta ahora, existe silencio absoluto al respecto en el plano práctico y también teórico; en

consecuencia, se justifica la plasmación de este trabajo, más aun si con ello se puede de algún modo coadyuvar a la solución de candentes problemas teóricos que tiene sobre el tema.

1.4.2. Justificación práctica

Hay problemas teóricos y prácticos que requieren ser resueltos y uniformizados en la práctica de la administración de justicia, la discusión de este problema, no solo se quedará en el plano teórico, sino tendrá una incidencia directa en la práctica, pues se pretende que los aportes que se hagan puedan servir para sustentar las decisiones judiciales en adelante y, ello es precisamente la justificación práctica, pues se trata de encontrar nuevos enfoques, nuevos fundamentos sobre las consecuencias accesorias. Y eso naturalmente, puede coadyuvar a cambiar o variar los criterios que ahora tienen los magistrados, especialmente del Ministerio Público.

1.4.3. Justificación legal

El trabajo, se ha circunscrito, a lo señalado en las normas legales vigentes en nuestro país, siendo las más saltantes los siguientes:

- Constitución Política del Perú
- Ley Universitaria N° 30220
- Código Penal Peruano
- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento General de la UNASAM
- Reglamento de Grados y Títulos de la FDCCPP - UNASAM

1.4.4. Justificación metodológica

Se aplicó la metodología de la investigación jurídica en cuanto a las etapas, al tipo, diseño y métodos de investigación, técnicas e instrumentos de recolección de datos, para lo cual se tomaron en cuenta las orientaciones de dicha metodología científica y jurídica.

Asimismo, en el trabajo de investigación se propuso analizar el fenómeno jurídico a partir de una metodología determinada, permitiendo que esta no solo se repita, sino también se adecúe a nuevas exigencias y nuevos problemas, por lo que también en este extremo se justifica de la realización del trabajo de investigación.

La metodología usada es propia de la investigación cualitativa y cuantitativa; es decir, mixta, se debe precisar que sobresale el mérito de la argumentación jurídica y el dogmático; es decir, con el método dogmático se discute en el plano doctrinal respecto al problema de investigación; confrontando las posturas; para luego concluir con la argumentación; donde se trata de exponer siguiendo las reglas de la lógica los fundamentos de la propuesta.

Es decir, desde el plano metodológico el presente trabajo, se justifica, porque ha seguido dichos parámetros; es más, se ha ceñido en estricto a dichas exigencias. Asimismo, la justificación es necesaria, porque no puede haber un trabajo al margen de las exigencias metodológicas que la investigación exige.

1.4.5. Justificación técnica

La justificación técnica está garantizada con el uso del soporte informático –programas del Microsoft Office 2011– y el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación – TICs. Para la viabilidad metodológica, se cuenta con el asesoramiento del asesor de la tesis – especialista en Metodología Jurídica– y también se cuenta con el apoyo de especialistas en la materia penal y procesal penal.

1.4.6. Viabilidad

Es viable la realización del presente trabajo de investigación; toda vez que no solo existe información en el plano teórico sino fundamentalmente en el plano práctico, por lo tanto, se justifica la realización del trabajo, más aún si con ello se trata de incrementar los conocimientos y, por supuesto, generar discusión; es decir, se cuenta con los recursos económicos para poder afrontar los gastos que irrige el desarrollo de la presente investigación, los que fueron cubiertos con recursos propios.

Existe información bibliográfica, tanto en formato físico como digital, disponible en las bibliotecas propias del suscrito, de la Universidad y así como en la internet, los mismos que sirven de soporte para el desarrollo del marco teórico de la investigación.

1.5. Formulación de objetivos

1.5.1. Objetivo general

Determinar a qué obedece la inaplicación de las consecuencias accesorias contra las personas jurídicas en las acusaciones por el delito de colusión en las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Huaraz, 2012-2016.

1.5.2. Objetivos específicos

- a) Describir cuáles son las posturas que existen en el Perú respecto a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias.
- b) Explicar si existe uniformidad en la doctrina y la jurisprudencia sobre determinación de aplicación de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas.

1.6. Formulación de hipótesis

1.6.1. Hipótesis general

En las acusaciones que realizan las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios por el delito de colusión, no solicitan o requieren las consecuencias accesorias para las personas jurídicas que participan en forma individual o en consorcio en hechos presuntamente delictuales; debido probablemente a la falta de conocimiento de los fundamentos de esta figura jurídico penal o, en su defecto por desconocimiento del *iter procesal* para incorporarlo al proceso.

1.6.2. Hipótesis específicas

- En nuestro país, existen posturas disímiles respecto a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias; debido a que en cada autor prevalece su propia formación doctrinal.
- Existe falta de uniformidad en la doctrina y la jurisprudencia sobre la determinación de aplicación de las consecuencias accesorias, debido a la necesidad de unidad de criterios de imputación de sanciones a personas jurídicas, aunque haya sido subsanado en parte con acuerdos plenarios al respecto.

1.7. Variables

- **Variable Independiente (X):** Consecuencias accesorias
 - **Variable Dependiente (Y):** Acusaciones del Ministerio Público
- **Operacionalización de Variables:**

<i>VARIABLES</i>	<i>DEFINICIÓN CONCEPTUAL</i>	<i>DEFINICIÓN OPERACIONAL</i>	<i>INDICADORES</i>
(X) <i>Consecuencias accesorias</i>	Las teorías sobre las consecuencias accesorias.	Permitirá demostrar que hay variadas posturas que justifican su existencia.	- Doctrina. - Posturas. - Fundamentos
(Y) <i>Acusaciones del Ministerio Público</i>	En las acusaciones solo se hace mención a los representantes legales de las personas jurídicas cuando hay acusación por el delito de colusión.	Permitirá explicar la aplicación de las consecuencias accesorias en un caso concreto, es decir, en la realidad de uno o varios casos penales.	- Teorías. - Jurisprudencia. - Casos reales sucedidos. - Acusaciones del Ministerio Público por el

1.8. Metodología de la investigación

1.8.1. Tipo, nivel y diseño de investigación

1.8.1.1. Tipo de investigación

El tipo de investigación, según su finalidad corresponderá a una “Investigación Jurisdiccional” (**jurídica formal**) que tendrá también carácter **jurídico social**; es decir, una investigación Mixta: **Dogmática - Empírica**¹, que posibilitará ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, ya que se trata del estudio de los fundamentos de las consecuencias accesorias respecto de las personas jurídicas en el delito de colusión. Asimismo, partirá de una realidad concreta.

1.8.1.2. Nivel de investigación

Desde el punto de vista de la investigación científica correspondió al **Nivel Descriptivo**², el cual trata de informar sobre el estado actual de los fenómenos, que para el presente caso vendría a ser la inaplicación de las consecuencias accesorias contra las personas

¹ SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Metodología de la investigación jurídico-social*. Lima, Editora Fecatt, 2007.

² ENCINAS RAMÍREZ, Irma. *Teoría y técnicas de la investigación*. Lima, Editorial Ave S.A., 1987, p. 38.

jurídicas en las acusaciones por el delito de colusión en las Fiscalías Especializadas en delitos de Corrupción de Funcionarios.

1.8.1.3. Tipo de diseño

Corresponderá al denominado diseño **No Experimental**³, debido a que careció de manipulación intencional de la variable independiente, además, no posee grupo de control ni experimental; su finalidad fue estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

a) Diseño general

Se empleó el diseño **Transeccional o Transversal**⁴, cuya finalidad fue recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado; en el presente caso, está delimitado temporalmente para el periodo 2012 - 2016.

b) Diseño específico

Se empleó el diseño **Descriptivo-explicativo**⁵, porque se tratará de relacionar los fundamentos de las consecuencias accesorias y las acusaciones del Ministerio Público por el delito de colusión.

³ ROBLES TREJO, Luis. et al., *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima: Editorial Fecatt, 2012, p 34.

⁴ *Ibíd.*, p. 151.

⁵ *Ibíd.*, p. 155.

1.8.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

A continuación, se detallan las actividades del proceso que se ha seguido en la construcción de la información y/o conocimiento:

Proceso que incluye:

- a) Determinación de la población o sujetos de estudio
- b) Selección de la muestra
- c) Diseño del instrumento
- d) Aplicación del método para procesar la información

1.8.2.1. Población

- **Universo Físico:** La delimitación geográfica está constituida por el Distrito Fiscal de Áncash.
- **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribió a los magistrados conformado por 15 Jueces penales, 20 Fiscales y 65 Abogados.

$N = 100$ (Jueces, Fiscales, Abogados)

Donde:

$N_1 = 15$ --- Jueces penales

$N_2 = 20$ --- Fiscales

$N_3 = 65$ --- Abogados

- **Universo temporal:** El período de estudio correspondió al año 2012 - 2016.

1.8.2.2. Muestra

- **Tipo:** No Probabilística
- **Técnica muestral:** Intencional
- **Marco muestral:** Jueces penales, Fiscales, Abogados
- **Tamaño muestral⁶:** Se trabajará con lo siguiente:

Personas: 15 Jueces penales, 20 Fiscales y 65 Abogados

Para hallar la muestra se tendrá en cuenta la “TABLA DE ADDISON-WESLEY Y LOGMAN”.

<i>TAMAÑO DE LA POBLACIÓN</i>	<i>TAMAÑO DE LA MUESTRA</i>
10	10
20	19
50	44
100	79
200	113
500	216
1000	275
2000	319
5000	353

Atendiendo al universo y la tabla de la determinación de la muestra, se tiene como muestra final lo siguiente: 15 Jueces penales, 20 Fiscales y 65 Abogados.

⁶ ROBLES TREJO, Luis. *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*. Lima, Editorial Fecaat, p. 73. “La cantidad de sujetos o elementos es arbitraria y no existe criterios metodológicos para la inclusión o exclusión. El investigador fija o establece el tamaño de muestra. El tamaño de la muestra en una investigación probabilística si se fija a través de fórmulas estadísticas más no del diseño estadístico que sirva para poder contrastar la hipótesis de investigación”.

1.8.2.3. Unidad de análisis⁷

La unidad de análisis estuvo conformada por:

1. Personas (Jueces penales, fiscales provinciales titulares y adjuntos y Abogados penalistas litigantes)
2. Doctrina y jurisprudencia penal y procesal penal y normatividad vigente.

1.8.3. Instrumentos de recolección de la información

Se utilizarán los siguientes instrumentos:

- a) **Ficha de análisis de contenido:** Para el análisis de los documentos y determinar sus fundamentos y posiciones en la jurisprudencia.
- b) **Documentales:** Ello referido a textos bibliográficos y hemerográficos para recopilar información sobre la doctrina penal.
- c) **Electrónicos:** La información que deberá recabarse de las distintas páginas web, que se ofertan en el ciberespacio, sobre el presente problema de investigación.
- d) **Fichas de Información Jurídica:** Es un criterio de recolectar la información, a fin de almacenarla y procesarla adecuadamente en el momento oportuno, empleándose las diversas fichas.

⁷ GÓMES, Romeu. “Análisis de datos en la investigación”. En: Investigación social. Buenos Aires, 2003, p 55. Expresa que “La palabra categoría, se refiere en general a un concepto que abarca elementos o aspectos con características comunes o que se relacionan entre sí. Esa palabra está relacionada a la idea de clase o serie. Las categorías son empleadas para establecer clasificaciones. En este sentido trabajar con ellas implica agrupar elementos, ideas y expresiones en torno a un concepto capaz de abarcar todo”. En ese sentido, las categorías son los diferentes valores, alternativas es la forma de clasificar conceptuar o codificar un término o expresión de forma clara que no se preste para confusiones a los fines de determinada investigación.

1.8.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información

Respecto al análisis de datos y/o información empírica, se utilizó el enfoque cuantitativo para los datos empíricos, empleados la estadística descriptiva simple para la representación e interpretación de datos en cuadros y gráficos estadísticos.

Cuyos pasos a seguir fueron:

- a) Selección de la información que fue estudiada;
- b) Selección de las categorías que se utilizarán;
- c) Selección de las unidades de análisis;
- d) Selección del sistema de recuento o de medida;
- e) Representación e interpretación de datos.

Mientras que para el procesamiento y análisis de los datos empíricos se empleó la técnica del análisis estadístico descriptivo, el cual busca representar los datos en cuadros y gráficos estadísticos en base a la frecuencia de respuestas.

Para el procesamiento y análisis de los datos teóricos se empleó la técnica del análisis cualitativo⁸, para lograr la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina, para lo cual se empleó la argumentación jurídica para el análisis de la información. Los *criterios* a seguir en el presente proceso de investigación fueron los siguientes:

⁸ BRIONES, Guillermo. *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. México, Editorial Trillas, 1986, p 43.

- Identificación del espacio físico donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información en función a los objetivos y variables de investigación, empleando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- Análisis y evaluación de la información.
- Sistematización de la información.

En ese sentido, RAMOS NÚÑEZ, establece que: La prueba de la hipótesis será posible solo si ella ha sido formulada correctamente. De allí derivará validez. En realidad, no podemos probar que una hipótesis es verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada o no de acuerdo con ciertos datos obtenidos en nuestro estudio.

Para decirlo, en otros términos, no se acepta una hipótesis mediante la elaboración de una tesis, sino que se aporta evidencia a favor o en contra de la hipótesis. Cuanto más intenso haya sido el trabajo de investigación, mayor será la solidez de la comprobación⁹.

1.8.5. Técnica de contrastación de la hipótesis

- **Técnicas:**

⁹ ROBLES TREJO, Luis. *Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica*. Lima, Editorial Fecaat, 2014, p 58 y ARANZAMENDI, Lino. *Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho*. Lima: Grijley, 2011, p 112 y ss. “Las investigaciones jurídicas-teóricas, se particulariza, porque tienen como punto de partida un determinado marco teórico y permanece en él. Su finalidad consiste en formular nuevas teorías, modificar, cuestionar, refutar o validar las existentes, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico”.

Las técnicas a utilizarse en la presente investigación serán:

- **Cuestionario:** Para realizar la entrevista a profesionales o especialistas, respecto al tema de investigación.
 - **Análisis documental:** Atendiendo a que la investigación también es dogmática; por lo que se irá plasmando el análisis en ellas.
- **Contexto:**

Lugar donde se desarrollará la investigación será en la ciudad de Huaraz.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

2.1.1. Antecedentes Locales

Revisado las tesis para optar el título de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo” - UNASAM; no se ha podido encontrar trabajos de investigación similares o que tenga cierta similitud, por ende, se pretende que la presente investigación sea un aporte al entendimiento de la problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la óptica de las consecuencias accesorias.

Aparte de ello, se ha recurrido a las escuelas de Derecho de las Universidades Privadas: “Uladech”, “San Pedro”, “Alas Peruanas” y “César Vallejo” que tienen su sede en esta ciudad; sin embargo, tampoco se ha podido encontrar trabajos que sirvan como antecedente para la presente investigación. Es decir, no hay ningún trabajo relacionado respecto al trabajo que se ha ejecutado, es más, en sus bibliotecas no hay registro de tesis, solo textos o tratados sobre distintas áreas del Derecho.

2.1.2. Antecedentes Nacionales

Asimismo, a nivel nacional, con la finalidad de tener información suficiente y que además que nos permita precisar mejor el trabajo de investigación que nos proponemos realizar, se ha recurrido a las bibliotecas

de otras universidades del Perú, especialmente de la ciudad de Lima; no obstante, debemos señalar que no se ha podido hallar un trabajo parecido o igual al ejecutado. Sin embargo, revisada la información doctrinal al respecto, existen publicaciones que tratan el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas, las mismas que podemos encontrarlas en revistas especializadas como Actualidad Jurídica, Dialogo con la Jurisprudencia, Gaceta Penal, entre otras publicaciones de revistas jurídicas, los que dieron viabilidad a la investigación.

2.1.3. Antecedentes Internacionales

En la literatura internacional, sólo se ha podido acceder a publicaciones realizadas a través de libros, más no así a otros medios como tesis.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Delito de Colusión

El delito de colusión es un comportamiento que atenta contra el sistema de contratación estatal y el patrimonio estatal desde dentro de la organización estatal. Es así que la conducta relevante en el tipo penal, está vinculado a la actividad presupuestal del Estado, las mismas, que están referidas al proceso y modalidad de selección establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado – Ley N° 30225 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 350–2015–EF, para efecto de la tipicidad se requiere la intervención del autor que en su condición especial de funcionario o servidor público *–intraeius–*, y en circunstancias de aprovechamiento indebido de su

cargo defrauda al Estado concertándose con los interesados –*extraneus*– en los procesos y modalidades de selección.

Sobre el particular, cabe precisar que el Código Penal detalla en su artículo 384° que el delito de colusión puede ser configurado en una modalidad simple o agravada. Así, señala que se comete delito de colusión simple cuando, “el funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios o concesiones o cualquier operación a cargo del Estado *concierta* con los interesados *para defraudar* al Estado o entidad u organismo del Estado, (...)”. Dicha conducta colusoria es un indicativo de un peligro abstracto del bien jurídico tutelado, donde se perfecciona con la simple concertación, pacto o acuerdo, sin necesidad de que el Estado sufra un efectivo perjuicio patrimonial.

En su modalidad agravada, indica un delito de resultado, es decir, se requiere la producción de un perjuicio real al patrimonio estatal. Se configura cuando, “el funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, *defraudare* patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado (...)”.

La colusión constituye una conducta sumamente perjudicial, que para su realización requiere de maniobras confabulatorias o defraudatorias y

suponen de alguna manera astucia, engaño, artificio o ardid, etc., que se materializa al momento de suscribir el contrato con beneficios concertados, durante su ejecución y a la culminación de la misma para presentar, por ejemplo, precios simulados –sobrevaluados o subvaluados–, admitir calidades inferiores a las requeridas, no imponer las penalidades por incumplimiento en los contratos, emitir informes de conformidad de obra cuando esta no se ha concluido, crear en forma ficticia la necesidad del servicio, aceptar bienes malogrados como si fueran nuevos, etcétera; pues a través de ella se obtiene un beneficio indebido para el funcionario o servidor público – *intraneus* – y los terceros interesados – *extraneus* – con los que se colude generando así un perjuicio –*potencial o real*– a la administración pública.

El tipo constituye un delito especial propio, pues únicamente puede ser cometido, a título de autor, por funcionarios o servidores públicos en el ejercicio de sus funciones con poder de decisión para intervenir en todo procedimiento contractual u operación de naturaleza patrimonial a cargo del Estado y, por el otro, la conducta del tercero interesado, que puede ser una persona natural o jurídica que tiene interés de contratar con el Estado, responderá a título de cómplice del mismo delito en aplicación del artículo 25⁽¹⁰⁾ del Código Penal que ha positivizado la Teoría de la unidad del título de imputación.

¹⁰ Artículo modificado por el Decreto Legislativo 1351.

Hay que señalar que en el contexto fáctico – normativo del delito de colusión, tanto en su modalidad simple como agravada, constituye una conducta observada en la realidad con mucha frecuencia. Se trata de una forma de delito que vulnera los intereses de la administración pública al distorsionar la forma en que el Estado realiza la contratación de bienes, servicios y obras para obtener las necesidades del país.

En **la investigación** de delitos de corrupción en el ámbito de las contrataciones públicas, cualquier intervención del Ministerio Público será siempre *ex post*. Donde recibida la denuncia y abierta investigación preliminar suele pedirse información a la Contraloría General de la República, respecto a si ha efectuado alguna acción de control sobre el proceso de selección cuestionado. A veces, no se obtiene respuesta de la solicitud; de ser así, la acción de control y la investigación fiscal frecuentemente van por caminos separados, pues cada cual considera que su actuación es independiente de la otra. Ello unido en ocasiones a la existencia insalvable dificultades probatorias. El fiscal espera que se concluya la acción de control para decidir, a partir de la identificación de las irregularidades, si formula una imputación penal (formalización de investigación preparatoria), que usualmente está reservada solo a los funcionarios públicos, y específicamente a los miembros del Comité Especial, dejándose de lado a los particulares y a las personas jurídicas.

2.2.2. Necesaria intervención del Derecho Penal en los Procesos de Contratación que realiza el Estado

En primer lugar, porque de ellos depende la satisfacción y ejercicio de derechos fundamentales, lo cual se refleja en la construcción de colegios (derecho a la educación), la compra de medicinas para un hospital (derecho a la salud) o de maquinaria para atender de manera inmediata los efectos de catástrofes ambientales. De otro lado, supone la delegación de poderes públicos a determinados funcionarios para la elección del mejor postor, lo cual deviene en un conjunto de deberes que recaen sobre los funcionarios para garantizar niveles mínimos de transparencia e imparcialidad.

Tomando en cuenta su importancia, resulta necesario conocer (a grandes rasgos) cómo se desarrollan las contrataciones con el Estado y a partir de ello identificar ciertos ámbitos de la contratación pública en los cuales podrían plantearse ciertas alertas sobre la posible comisión de delitos de corrupción. Cabe advertir que el presente texto no pretende agotar todos los posibles aspectos sintomáticos de la comisión de los delitos de corrupción en las contrataciones con el Estado, pero sí identificar los que se considera como más resaltantes en relación con el delito de colusión.

Se debe partir señalando que la contratación pública (actualmente) se rige por la Ley de Contrataciones del Estado – Ley N° 30225. El ámbito de aplicación de dicha normativa sólo es posible a partir de la concurrencia de cuatro condiciones: **(i)** participación de entidades del Estado, **(ii)** que la contratación se dé en relación a bienes, servicios u obras, **(iii)** que se realicen

con cargo a fondos públicos y **(iv)** que sea útil a la entidad pública. Asimismo, se tiene que los procesos de contratación estatal están compuestos por tres etapas: **(i)** Actos preparatorios, **(ii)** Selección y **(iii)** Ejecución contractual.

Los *actos preparatorios* están relacionados con el plan anual de contrataciones que tiene cada entidad. Se trata de un documento en el cual se plasman las necesidades en obras, servicios y bienes que requiere la entidad para el cumplimiento de sus funciones.

A partir de este documento se confeccionará luego el expediente de contratación en donde se define el requerimiento de los bienes o servicios de manera específica y detallada. En este punto se señala que el requerimiento lo realiza el área usuaria, es decir, aquella que, al interior de la entidad pública, necesita determinados bienes o servicios. Dicho requerimiento luego será enviado al órgano encargado de las contrataciones de la entidad.

El estudio de mercado se prepara sobre la base de documentos técnicos e investigación de campo. Ello permite obtener información sobre requerimientos técnicos mínimos, los posibles factores de evaluación a tomar en cuenta, así como para conocer sobre eventuales postores y marcas existentes en el mercado. Además servirá para establecer el valor referencial de la contratación, cifra que determinará el tipo de proceso de selección que se realizará.

Luego de ello se conforma el Comité Especial, el mismo que tiene como objetivo principal la elección del ganador de la buena pro en el proceso de selección. En estos casos está conformado por un miembro del área

usuaria, otro del órgano encargado de las contrataciones y un tercero especialista. En todos los casos se trata de un puesto irrenunciable e inamovible ya que se trata de un cargo de confianza.

Otra de las funciones del Comité de Selección es la elaboración de las bases del proceso de contratación, para ello se utilizará la información del requerimiento del Área Usuaria y del estudio de mercado elaborado por el órgano encargado de las contrataciones de la entidad. Las bases deben incluir las reglas del procedimiento, los factores de evaluación técnicos y económicos, así como los derechos y obligaciones de las partes. Las bases luego serán publicadas en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE).

El *proceso de selección* se inicia con la convocatoria. En ella podrán participar los proveedores que se encuentren registrados como tales¹¹, que cuenten con el registro vigente y que no hayan incurrido en una causal de inhabilitación. De otro lado, si el proveedor manifiesta su interés en algún proceso de contratación en particular, se le calificará como “participante”.

Luego se integran a las bases del proceso y será sobre el conjunto de ellas que se establecen las reglas definitivas del proceso de selección. A partir de este momento los participantes podrán presentar sus propuestas técnicas y económicas, adquiriendo así la condición de “postores”. Las propuestas técnicas y económicas serán evaluadas y calificadas por el Comité de Selección quien definirá a quién se le otorgará la buena pro.

¹¹ En el Registro Nacional de Proveedores (RNP).

Finalmente, la etapa de *ejecución contractual* comprende los aspectos relacionados con la firma del contrato. Para ello será necesario el cumplimiento de los requisitos establecidos por las bases, la presentación de la constancia de no encontrarse inhabilitado y de las garantías que correspondan. Después del análisis de dicha documentación se procederá a suscribir el contrato, por lo que el postor que ganó la buena pro será calificado como “contratista”.

2.2.2.1. Espacios en los cuales pueden manifestarse indicios de actos de corrupción en las contrataciones públicas

La corrupción (en este caso, el acto colusorio) empieza desde la fase previa o precontractual, de forma que ha variado el estereotipo, en el que se creía que la corrupción se daba – especialmente – al momento de la contratación y que los directivos y únicos responsables siempre eran los miembros del Comité Especial.

Algunas de las irregularidades frecuentes que pueden constituir indicios de corrupción, pueden ser:

- ✦ Muchos postores se aprovechan del principio de buena fe, que rige en el proceso contratación, para introducir información falsa tendiente a obtener la buena pro (por ejemplo, información falsa sobre la experiencia de los profesionales).
- ✦ Durante la **evaluación de la propuesta técnica** se asignan puntajes no debidos a la empresa o postor coludido, y el

correspondiente no reconocimiento de puntaje a los demás postores.

- ✦ Durante la **ejecución contractual** se pagan adelantos que no corresponden o por montos mayores a los previstos; o, se reconoce valorizaciones no justificadas.
- ✦ No se cumple con los plazos de ejecución, o se cumple con condiciones distintas a las pactadas (menor calidad, etc.), sin mayor control de parte del área encargada de la entidad estatal.

2.2.3. Personas Jurídicas

2.2.3.1. Generalidades

Es necesario determinar qué se entiende por persona jurídica, para lo cual citamos a GUSTAVO PALACIO quien define a las personas jurídicas como las “*entidades abstractas, de existencia ideal a las cuales el Derecho les reconoce una personalidad, susceptible de adquirir derechos y de contraer obligaciones, persiguiendo finalidades patrimoniales como extrapatrimoniales*”¹². Es decir, las personas jurídicas al igual que las personas naturales, claro está con ciertas restricciones propias de su naturaleza abstracta, constituyen centro de derechos y obligaciones, y por ende, con capacidad para poder desenvolverse jurídicamente dentro de una sociedad.

¹² PALACIO PIMENTEL, Gustavo. *Manual de Derecho Civil*. Tomo I, Lima, Editorial Huallaga, 2000, p. 107.

Según el maestro CARLOS FERNÁNDEZ toda persona jurídica es un centro unitario, ideal, de referencia de situaciones jurídicas, de imputación de deberes y derechos. Dato formal que se constituye mediante la abstracción o reducción de una pluralidad de personas a una unidad ideal de referencia normativa¹³.

2.2.3.2. Teorías que buscan explicar la naturaleza jurídica de las personas jurídicas

a) Teoría de la Ficción

Según MEINI MÉNDEZ¹⁴ citando a Savigny, señala que fue expuesta en su obra "*Traité de droit Romain*" en donde 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 sólo el individuo tiene capacidad de derecho. Verdaderamente que el Derecho positivo puede modificar la idea primitiva de la persona, restringiéndola o ampliándola, de igual modo que negar a ciertos individuos la capacidad de derecho en totalidad y en parte, y además, arrancando por decirlo así, dicha capacidad del individuo a estos seres ficticios se les llama personas jurídicas, es decir, personas que no existen sino para fines jurídicos.

¹³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. Lima, Editorial Grijley, 1996, p.p. 107-108.

¹⁴ MEINI MÉNDEZ, Iván. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú-Fondo Editorial, 1999, p. 68.

De lo antes mencionado podemos interpretar que, según este autor que en el mundo real sólo existen las personas naturales y que por ende, las personas jurídicas son una ficción creadas por el legislador, justificadas por el interés social que ellas despiertan en la comunidad. Esta ficción, por otra parte, solamente podría utilizarse en el Derecho Civil, pero no en el Derecho Penal, pues en este ámbito las personas son tratadas como seres pensantes y con voluntad¹⁵.

La Teoría de la Ficción se nutre del concepto de Derecho subjetivo, es decir, el derecho importa un poder de obrar atribuido a la voluntad, en consecuencia, sujeto de derecho sólo puede ser el hombre, ya que es el único dotado de ella. En conclusión podemos afirmar que esta teoría se contrapone abiertamente a la idea de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas ya que son seres ficticios creados por el legislador con un derecho limitado y carente de voluntad, por ende carente de voluntad propia.

b) Teoría de la Realidad

Sostenida por VONN GIERKE¹⁶, quien señala que la persona jurídica o corporativa es una persona real formada por seres humanos reunidos y organizados para la consecución de fines que traspasan la esfera de los intereses individuales, mediante una común y única fuerza de voluntad y de acción, que no es una simple suma de

¹⁵ Vid., SAVIGNY. System, II, p. 312.

¹⁶ VONN GIERKE, Otto. *La función social del derecho privado: La naturaleza de las asociaciones humanas*, Trad. J. María Navarro de Palencia, Madrid, Sociedad Editorial Española, 1963.

voluntades humanas, sino, por el contrario, una voluntad nueva y superior. Así, la persona jurídica encarna la individualidad propia, no accesoria de sus integrantes humanos, que manifiesta su voluntad colectiva o social a través de sus órganos.

En otras palabras según SCHÜNEMANN, Gierke formula una teoría contrapuesta a la Teoría de la Ficción de Savigny, que fundamentaba teóricamente la responsabilidad criminal de entes jurídicos¹⁷.

En base a lo antes mencionado, podemos establecer que esta teoría confiere a las personas jurídicas una voluntad propia, independiente a los miembros que la conforman, por lo que es admisible la responsabilidad por los actos que realiza, postura que un inicio sólo se aplicó al Derecho Civil¹⁸, sin embargo, la misma armoniza con la idea de penalización a las personas jurídicas ya que acepta sin reparos la existencia de un ser nuevo, autónomo, independiente de las personas que lo conforman, con voluntad propia y con evidente capacidad de acción y volitiva, independiente a la de los miembros que la conforman.

Este debate sobre la esencia de la persona jurídica, ha informado de algún modo el espíritu de ese tiempo. Por ello, no sería

¹⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. “*Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la Criminalidad de la Empresa*”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. 1988, p.p. 530-531.

¹⁸ Vonn. *La función social del derecho privado: La naturaleza de las asociaciones humanas*. p. 8.

inexacto sostener que defensores de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas como BERNER, BINDING o VON LILIENTHAL se apoyaron de alguna forma en la Teoría de la Ficción¹⁹, mientras que autores como VON LISZT, HAFTER y MESTRE afirmaron la posibilidad de una responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir de su realidad social²⁰.

En cualquier caso, la posición doctrinal que finalmente se impuso en esta etapa de la historia de las ideas dogmáticas fue aquella que negaba la responsabilidad penal de los entes colectivos (como la empresa), sintetizándose su conclusión central en el extendido aforismo de *societas delinquere non potest*. La legislación penal, por su parte, se mantuvo fiel a esta formulación de principio, de manera que ante la comisión de hechos delictivos en el marco de las actividades de personas jurídicas, se consideró suficiente sancionar a las personas naturales que habían participado activa u omisivamente en el hecho delictivo.

Nuestro Código Civil establece una clasificación de las Personas Jurídicas, dividiéndolas en Personas Jurídicas de Derecho

¹⁹ Vid., BERNER. Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, 1857, § 40; BINDING, Handbuch des Strafrechts, I, Leipzig, 1885, I, p. 310; VON LILIENTHAL, Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht, 2. Aufl., 1890, p. 32

²⁰ Vid., VON LISZT, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 3. Aufl., Berlin, 1888, p. 114 y ss.

Público y de Derecho Privado, según lo prescrito en los artículos 76²¹ y 77²² del Código Civil, respectivamente.

2.2.3.3. Clasificación de las personas jurídicas

Las personas jurídicas se clasifican en:

- 1. Las personas jurídicas de Derecho Público:** son las creadas por ley, están investidas de la facultad de imperio, tienden a la realización de un fin social, esto es, de interés general y su patrimonio generalmente lo obtienen del pueblo.
- 2. Las personas jurídicas de Derecho Privado²³:** se constituye por iniciativa de sus miembros integrantes y nacen a la vida del Derecho, cuando son inscritas en los Registros Públicos correspondientes, carecen de la potestad del imperio, tienen como propósito por lo general, la consecución de intereses particulares de los miembros integrantes y su patrimonio, se forma con el aporte de sus miembros.

Debe quedar claro que estas consecuencias accesorias, conforme con el principio de Legalidad, sólo se podrán imponer a las personas jurídicas de Derecho Privado²⁴ (Empresa Unipersonal,

²¹ Artículo 76.- Normas que rigen la persona jurídica

La existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica, se determinan por las disposiciones del presente Código o de las leyes respectivas.

La persona jurídica de derecho público interno se rige por la ley de su creación.

²² Artículo 77.- Inicio de la persona jurídica

“La existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley. (...)”.

²³ Primer párrafo del artículo 77 del Código Civil Peruano de 1984.

²⁴ Regulado en el Código Civil en la Sección Segunda del Libro I de Personas.

Sociedades Anónima, Sociedad de Responsabilidad Limitada, Empresa Individual de Responsabilidad Limitada²⁵ y las organizaciones de personas no inscritas²⁶: Asociación, Fundación y Comités no inscritos), excluyéndose por ese motivo a las personas jurídicas de Derecho Público.

2.2.4. Relevancia de la empresa como factor criminógeno

Resulta necesario trazar un punto de partida, la sociedad postindustrial, es una sociedad del riesgo, con otros caracteres individualizadores, de enorme complejidad, en la que se ha logrado un desarrollo de la interacción individual por las necesidades de cooperación y de división funcional.

La actuación de las empresas en el mundo de los negocios, ligada a su importancia en la actualidad, las relaciones entre ellas, así como su gran complejidad interna debido a su estructuración, se ha ido desarrollando desmesuradamente en los últimos tiempos.

Así pues, la criminalidad que se lleva a cabo en empresas, ya sean creadas de manera lícita o ilícita con el fin exclusivo de cometer delitos socioeconómicos, está muy ligada a la criminalidad organizada, debido a que la utilización de persona jurídica, de entes colectivos organizados, suele ser el medio idóneo utilizado por parte de sus miembros para poder cometer sus delitos tales como el tráfico de drogas, blanqueo de capitales, estafa,

²⁵ Personas jurídicas de Derecho Privado previstas por la Ley General de Sociedades - Ley N° 268887.

²⁶ Personas jurídicas reguladas en forma específica por el Código Civil Peruano de 1984.

delitos de corrupción, etc.²⁷ Y precisamente una de las razones que causan esta posible actuación criminal de grupo es la división de trabajo, las jerarquías, que provoca la difícil, incluso a veces imposible, individualización de las personas físicas, aprovechando y cometiendo así los sujetos que la integran la comisión de delitos en el seno de organizaciones criminales.

La globalización intensificó y amplió el área de actuación de empresas transnacionales quienes al poseer grandes estructuras y una marcada división del trabajo, pueden vulnerar el poder punitivo de los estados. Es así que la criminalidad organizada empresarial aprovecha los mecanismos de libre comercio, libre tráfico en las fronteras y el que las legislaciones de los bloques de países (v.gr. la Unión Europea) no sean homogéneas por la que se dificulta la persecución penal. Entre las razones político - criminales de esta expansión podemos observar que responde a cierta perversión del aparato estatal originado fundamentalmente por un fracaso del modelo del Estado de Bienestar (desempleo, marginalidad, migración, etc.). La empresa es una importante fuente de riesgos para bienes jurídicos, los cuales se realizan en procesos complejos en los que es muy difícil determinar un solo autor.

Por consiguiente, el protagonismo que adquieren las personas jurídicas en la sociedad actual, es de tal magnitud que las diversas legislaciones a nivel internacional como local se han visto en la necesidad de prever las sanciones aplicables a las mismas. *“En el ámbito de las fuentes de producción y servicio, el desarrollo tecnológico y económico ha incidido en el desplazamiento total*

²⁷ ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Aranzadi, Navarra, 2003, p.48.

*de la figura tradicional del empresario individual por el de las grandes corporaciones*²⁸.

La dificultad en la aplicación de penas o sanciones a las personas jurídicas que se generan a través de actividades delictivas, alteran la vida social y ha llevado a generar diversas políticas de Estado para luchar contra el crimen a nivel empresarial. Pero es imprescindible considerar que cualquier reforma que se realice en la legislación penal, debe previamente ser estudiado y analizado con las implicancias positivas o negativas que podría acarrear en el sistema penal.

Lógicamente, aplicando no solo una política criminal práctica como lo demanda GRACIA MARTÍN²⁹ sino una política criminal científica orientada a la persona que deberá tener a esta como base de su construcción teórica, la cual permite la racionalidad de las medidas que la política criminal emprende. En efecto, toda puesta en marcha de tamaño iniciativa, requiere la elaboración de distintos programas de política - criminal y la asignación de partidas presupuestarias de recursos para su efectivo cumplimiento.

2.2.5. Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Los modelos que se manejan en la legislación comparada son la Heterorresponsabilidad y la Autorresponsabilidad.

²⁸ OFREDDI. 2012

²⁹ GRACIA MARTÍN, Luis. *“La cuestión de la responsabilidad de las propias personas jurídicas”*. p. 471.

2.2.5.1. Modelo de la Heterorresponsabilidad (sistema vicarial, de transferencia o por representación)

Presupone que para poder atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, se requiere la previa actuación delictiva por parte de una persona física, siendo necesario para ello la existencia de un hecho de conexión entre la persona física y la jurídica.

En el modelo de la atribución se trata de construir la responsabilidad de la persona jurídica exclusivamente a partir de la transferencia o imputación de la responsabilidad de la persona física que actúa como órgano: lo que realiza el órgano se le imputa a la persona jurídica. Se entiende, en definitiva, que cuando obra la persona física que representa a la empresa cometiendo un delito, entonces también lo está cometiendo la empresa misma (“Teoría de la identificación”)³⁰. Como fácilmente puede advertirse, este modelo de imputación implica la atribución de responsabilidad por hechos ajenos, sin necesidad de fundamentar reproche alguno frente a la propia persona jurídica (esto es, mera responsabilidad objetiva), algo totalmente censurado en la actual forma de concebir la responsabilidad penal. Ello, unido a que en los supuestos en los que por alguna razón no es posible atribuir responsabilidad completa a la persona física no habría posibilidad de transferir ninguna responsabilidad a la persona

³⁰ Esta forma de concebir la responsabilidad de la persona jurídica es la clásica de los países anglosajones, pero también es el modelo acogido en Francia y Bélgica.

jurídica, provoca un rechazo doctrinal, cuando menos de principio, de este modelo³¹.

La imposibilidad de atribución de responsabilidad a la persona física procede, fundamentalmente, de dos situaciones: bien porque la propia persona jurídica se organiza de un modo tal que impide la depuración de responsabilidades (irresponsabilidad individual organizada), bien por las dificultades propias de la atribución de responsabilidad penal en estructuras organizadas (irresponsabilidad individual estructural)³².

Sin embargo, podría ser considerado constitucionalmente admisible si se parte de que las personas jurídicas no son titulares de “Derechos Fundamentales” o al menos no de los mismos que las personas físicas de modo que todo aquello ciertamente cuestionable en este ámbito (principio de culpabilidad, *non bis in ídem*, presunción de inocencia, etc.) simplemente se evaporaría del panorama de la discusión o al menos podría relajarse el estricto garantismo penal en el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica sin aparente merma de derechos.

³¹ Destacadamente, véase, HEINE. 2000, p. 875

³² Sobre ello, HEINE. 1995, p. 41.

2.2.5.1.1. Incidencia del principio *non bis in ídem* en relación a la imposición de sanciones

Muchas veces se critica al modelo vicarial³³ porque permite la transferencia de responsabilidad de la persona física a la persona jurídica y el fundamento está en que este modelo infringe el principio de Proporcionalidad de la pena y el principio *non bis in ídem*³⁴. Como sabemos para que se produzca este doble castigo por el mismo hecho se deben de cumplir tres requisitos: en primer lugar que el hecho sea idéntico, en segundo lugar que el sujeto sea idéntico y en tercer lugar que el fundamento sea idéntico, en caso de que no tengamos esta triple coincidencia no estamos infringiendo el principio *non bis in ídem*.

Un mismo hecho, realizado por un mismo sujeto puede dar lugar a varias sanciones, de varios ordenes jurídicos, y la explicación está en

³³ *Sistema vicarial* o de transferencia o por representación: Requiere que una persona física cometa un delito y que posteriormente se pueda identificar un hecho de conexión con la persona jurídica.

³⁴ El principio *non bis in ídem* como una de las garantías que asiste a la persona ante el ejercicio del poder punitivo estatal tiene como finalidad evitar que se someta a ésta al riesgo de ser procesada o sancionada dos veces por el mismo hecho y bajo el mismo fundamento. En tal sentido, mediante el presente principio se busca dar a la persona la seguridad de que el Estado no ejercerá de manera abusiva su potestad sancionadora cuando nos encontremos ante la comisión de un hecho ilícito que ya ha merecido la aplicación de una sanción o que es materia de un proceso o procedimiento sancionador.

Elementos: para la aplicación del principio *non bis in ídem* se requiere que nos encontremos frente a la identidad de *sujeto, hechos y fundamento*. *Identidad de sujeto.-* Mediante éste requisito se exige que el sujeto al cual se sancionó o se sigue en su contra un proceso o procedimiento por la comisión de un hecho ilícito, sea el mismo al cual se le pretende sancionar o iniciar un proceso o procedimiento en su contra por el mismo hecho. En tal sentido, la identidad subjetiva se enfoca en la persona a quien se le imputa la comisión del hecho ilícito más no en los agraviados. En el caso de la comisión de un ilícito que tiene relevancia penal y administrativa se discute si se puede iniciar un proceso penal contra una persona individual cuando previamente se ha sancionado administrativamente a la persona jurídica en la cual es parte de algún órgano de decisión.

En tal sentido, por *identidad de hecho* se debe entender al suceso desarrollado en un lugar y momento determinado. *Identidad de fundamento.-* El Tribunal Constitucional peruano ha señalado que la identidad de fundamento se configura cuando nos encontramos ante el mismo bien o interés jurídico protegido.

el fundamento jurídico. De un hecho delictivo puede nacer responsabilidad civil o administrativa, pero esto no da lugar a un doble castigo. Todavía menos podríamos hablar del doble castigo en el modelo vicarial porque el único elemento coincidente es el hecho, pero estamos ante dos sujetos diferentes y dos fundamentos diferentes.

Sumándose a ello, GARCÍA CAVERO afirma que: “(...) la imposición de sanciones penales a los responsables individuales de un delito cometido en el marco de actividades de una persona jurídica resulta completamente independiente de las medidas aplicables directamente a la persona jurídica, de manera tal que no resulta procedente hacer un análisis de sobrereacción a partir del principio de *non bis in ídem*”³⁵.

2.2.5.2. Modelo de la Autorresponsabilidad (Por hecho propio)

Por su parte, el modelo de la Autorresponsabilidad trata de articular la responsabilidad sobre la base de un injusto propio y/o de una culpabilidad propia de la persona jurídica plenamente autónoma de la persona física.

En este modelo no se atribuye a la persona jurídica lo realizado por su representante, sino que la responsabilidad de la persona jurídica se construye a partir de la infracción de deberes propios que incumben exclusivamente a ésta y en esa medida puede hablarse de una

³⁵ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte General*. Tomo I, Segunda edición, Grijley, 2007.

“organización defectuosa de la empresa”. Como puede observarse, la aspiración última de este modelo es la de superar el defecto de atribuir responsabilidad objetiva a la empresa del que adolece el modelo anterior.

A grandes rasgos puede afirmarse que el aludido conjunto de deberes cristaliza en una posición de garantía de vigilancia de la persona jurídica con respecto a la comisión de delitos: la responsabilidad de la persona jurídica es responsabilidad por infracción de deberes de control de lo que ocurre en su seno³⁶.

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

2.2.6.1. Predominio del sistema de imputación penal individual en el Código Penal

Aunque la Criminología ha reconocido que la empresa constituye un factor criminógeno pues comporta un entorno de generación de riesgos sobre los bienes jurídicos penalmente protegidos y las reformas penales más trascendentes en nuestro entorno jurídico se vienen decantando a favor de un reconocimiento directo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (España, Brasil, Chile, Colombia, Venezuela), en nuestro país dicha opción –la de responsabilizar directamente a las personas morales– es recusada

³⁶ Sobre este modelo, en general, SILVA SÁNCHEZ. 2001, pp. 326 y ss.; HEINE. 2000, p. 875-876

por el artículo 11° del Código Penal³⁷ en la cual se menciona que, “*son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley*”, reconociendo de esta forma como presupuesto del hecho punible la existencia de una acción jurídico penalmente relevante.

Desde esta perspectiva, nuestro Código Penal descarta la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esto porque las estructuras dogmáticas sobre las que descansa el estatuto punitivo nacional son de corte claramente individual. Debido a que la exigencia de que la responsabilidad penal dependa de la realización de una acción u omisión, supone introducir la voluntad humana como precondition para calificar un comportamiento como penalmente relevante. Desconocer esta lógica enfrentaría las estructuras dogmáticas de una legislación penal fundada en una dogmática penal pensada para la persona natural.

Este concepto, tal cual ha sido construido por la dogmática jurídico penal, permite disgregar las acciones en sentido estricto (ontológico material), esto es, aquellas que modifican la conformación exterior del mundo, de aquellas que al Derecho Penal le interesa abarcar, esto es, de aquellas que son penalmente relevantes.

Y al Derecho Penal le interesa castigar, en primer lugar, las acciones que impliquen la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos en tanto esta –la protección de bienes jurídicos- es la misión

³⁷ Art. 11° del Código Penal.- Base de punibilidad

misma del Derecho Penal. En segundo lugar, al Derecho Penal le interesa castigar las acciones que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos en tanto y en cuanto ellas se encuentren orientadas por la voluntad humana. Dicho de otro modo, las acciones –en sentido material- podrán calificarse de acciones penalmente relevantes si lesionan o ponen en peligro un bien jurídico y se encuentran además guiadas por la voluntad humana. Desde esta perspectiva, puede decirse que la persona jurídica no puede ser penalmente responsable ya que carece de capacidad de acción en sentido jurídico penal y por ello se encuentra, de momento, fuera del alcance del Derecho Penal³⁸.

Por otra parte, el reconocimiento de la culpabilidad como un elemento fundamental del hecho punible conforme a la clasificación tripartita propuesta por la Teoría del delito –tipicidad, antijuricidad y culpabilidad– impide aditivamente descartar, *de lege lata*, la existencia de una responsabilidad directa de la persona jurídica.

En efecto, dentro de los elementos de la culpabilidad – categoría que implica un juicio de reproche sobre el autor del injusto penal por resultarle exigibilidad una conducta distinta– se halla la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, el conocimiento de la antijuricidad y la capacidad de motivación. Estas categorías resultan, difícilmente aplicables en relación a las personas jurídicas.

³⁸ De este modo, reitero lo expuesto en: REYNA ALFARO, Luis Miguel. Op. Cit, p.p. 120-121. 669.

La imputabilidad, reconocida de modo tácito por el artículo 20º del Código Penal que reconoce capacidad exculpante, es decir, de eliminación de culpabilidad, de ciertos supuestos de inimputabilidad, alude al halo de condiciones estructurales de tipo cognitivo y volitivo que debe reunir la persona para reconocer el contenido de la prohibición penal: Imputabilidad es, en otras palabras, capacidad de culpabilidad. Es evidente, sin la existencia de las condiciones estructurales propias de la imputabilidad, no sería posible que el Derecho Penal pueda reprochar al autor la realización del injusto penal.

Del mismo modo, tampoco resultaría posible emitir juicio de reproche sobre el autor del hecho típico y antijurídico si aquel desconoce que el comportamiento realizado es prohibido por el ordenamiento jurídico. El conocimiento de la antijuricidad implica el reconocimiento por parte del autor que su actuación se encuentra dentro de los ámbitos de lo prohibido por el ordenamiento jurídico. Esto supone, por otra parte, que el injusto penal no debe haberse realizado bajo influencia de error (error de prohibición).

La exigibilidad de otra conducta o motivabilidad exige identificar si en las circunstancias concretas del caso el autor del injusto penal se hallaba o no en condiciones de seguir los parámetros de actuación fijados por el ordenamiento jurídico. En efecto, no resultaría razonable que el Derecho Penal emita el juicio de reproche propio de la culpabilidad si al autor, en las circunstancias concretas

del caso, no puede exigírsele un comportamiento distinto (inexigibilidad de otra conducta).

Conforme se desprende del contenido de las categorías que integran la culpabilidad, aquellas terminan reconduciéndose a la voluntad y la capacidad de motivación, por lo que no pueden ser atribuidas a la persona jurídica y, por lo tanto, impiden la concurrencia de los presupuestos del hecho punible. Desde la perspectiva de los desarrollos de la Teoría del delito, conforme ésta ha sido desarrollada por el dogmático jurídico - penal, queda en evidencia que la persona jurídica no puede ser considerada sujeto de imputación penal. Se revela de éste modo el denunciado contraste entre las necesidades político - criminales y las posibilidades de la dogmática penal tradicional³⁹.

- i) Con esto, por cierto, no se quiere sostener que la responsabilidad penal de la empresa no sea viable, sino únicamente que dicha opción no es defendible *de lege lata*. Por ello se concluye que el legislador peruano adoptó el modelo de la heterorresponsabilidad. En el Código penal vigente se acepta de manera innovadora la aplicación de las denominadas consecuencias accesorias reguladas en el artículo 105° de dicho cuerpo de leyes. En este sentido, se requiere de tres condiciones

³⁹ TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit, p.p. 216-217.

para responsabilizar penalmente al representante de la persona jurídica:

- ii) La relación de representación
- iii) Actuar como órgano de representación o como socio representante; es decir, el acto que da lugar a la punibilidad debe ser realizado a título de representante y no a título personal.
- iv) La realización del tipo penal

2.2.6.2. Fundamento de la regla del Actuar en lugar de otro

El antecedente legislativo del artículo 27° del Código Penal peruano⁴⁰ se encuentra en el antiguo art. 15 bis –que rigió desde el año 1983 hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995⁽⁴¹⁾–. Estos artículos, a su vez, encontraron su antecedente inmediato en el § 14 del STGB de Alemania. Creado con el objetivo de colmar el vacío de punibilidad que se producía en los “delitos especiales”, cuando quien cometía el hecho delictivo no reunía las cualidades subjetivas típicas precisas para ser autor del delito.

Era evidente, por tanto, la vinculación entre la “actuación en lugar de otro” y la responsabilidad de la persona jurídica que los tribunales optaban por confirmar la irresponsabilidad penal de la persona jurídica por la vigencia absoluta del principio “*societas*

⁴⁰ Artículo 27° del Código Penal: “*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*”.

⁴¹ Regulada actualmente art. 31 Código Penal español.

delinquere non potest”, recurriendo así, a la cláusula de la “actuación en lugar de otro” como aparente solución al problema que se generaba por dicha la irresponsabilidad corporativa.

Es por ello que el legislador nacional en la necesidad imperante de suplir las lagunas legales de que ciertos fenómenos delictivos empresariales no pueden ser abordados con los elementos propios del Derecho penal clásico de corte individual, incorpora esta fórmula legislativa contenida en el artículo 27° del Código Penal peruano que regula lo que en doctrina se conoce como el “actuar en lugar de otro”; *grosso modo*, una cláusula de extensión de autoría⁴² que permite imputar responsabilidad penal a título de autor a determinados órganos de gestión de una persona jurídica que realizan el supuesto de hecho de un delito especial, a pesar de que la cualificación que este exige no concurre en el órgano de gestión sino en la persona jurídica representada.

Del mismo modo, la persona jurídica representada no podía ser sancionada por reconocerse la incapacidad de los entes colectivos para delinquir, acarreado, en consecuencia, la impunidad de las personas naturales que en su lugar actuaban debido a la accesoriedad de la participación⁴³, habida cuenta de que el ente colectivo no puede ser

⁴² GRACIA MARTÍN, Luis. *El Actuar en nombre de otro en Derecho Penal II*. Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1986, p. 84.

⁴³ La accesoriedad de la participación significa que la conducta del partícipe depende de la del autor. \lid. QUINTERO MORALES, Prats. *Manual de Derecho Penal, Parte general*. Madrid, Aranzadi, 1999, p. 617 y BUSTOS, Juan. *Manual de Derecho Penal, Parte general*, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 1989, p. 289. De acuerdo con este principio la participación será accesorio de la autoría en el sentido de que el hecho realizado por el autor tiene que ser típico y antijurídico

considerado autor de un delito. Por lo tanto, la figura del “*actuar en nombre de otro*” no compensa la falta de acción de la persona jurídica, sino simplemente la ausencia de características típicas de la autoría en la persona del autor⁴⁴.

Nótese que es la persona natural, en este caso el representante, órgano autorizado o socio autorizado que realiza la acción, y no la persona jurídica, y si se ha decidido sancionar a la persona natural no es porque ostente el cargo de representante de la empresa sino porque es quien realiza la acción prohibida en ejercicio del cargo que ostenta. Como se aprecia, es un precepto cuya aplicación está destinada, fundamentalmente, al campo del derecho penal de la empresa.

La aplicación del “actuar por otro” importa la existencia de un delito, así como la identificación del autor material del mismo; ya que lo contrario –sancionar al representante legal por la comisión de un delito en el interior de la empresa por el sólo hecho de manejarla– sería aceptar la responsabilidad objetiva y atentar contra el principio de inocencia.

Además, si sostenemos que debido a que no se puede imputar responsabilidad penal de los entes colectivos es que existe la fórmula

(accesoriedad limitada o media) y, además, culpable (accesoriedad estricta o máxima). La accesoriedad mínima, esto es, aquella referida a que la acción del autor sea solamente típica para que la conducta de partícipe sea relevante para el Derecho Penal prácticamente ya no encuentra seguidores. Cfr. MIGUEL DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, PPU, 1991, p. 118. Sin importar por cuál contenido de accesoriedad se opte: mínima, inedia o limitada, o máxima o estricta, al no tener capacidad de acción las personas jurídicas, sus acciones serán siempre atípicas y las de sus representantes no soportarán juicio alguno de "accesoriedad".

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op.cit., p. 376.

del actuar por otro, podríamos sostener que si se reconoce responsabilidad penal a las personas jurídicas ya no sería necesario la positivización de la fórmula del “actuar por otro”⁴⁵. Tengamos en cuenta que son las personas naturales las autoras materiales del delito y dejarlas impunes, porque ya se impuso una pena a las empresas que representan, sería una verdadera laguna de punibilidad.

Desde esa perspectiva, la responsabilidad penal –la tendencia actual se orienta a admitir la culpabilidad– de las ficciones jurídicas no debería depender más de la responsabilidad individual de determinados sujetos, considerándose al ente corporativo como un nuevo sujeto de imputación penal⁴⁶, en donde cada uno debe mantener su autonomía e independencia en el marco de su propia responsabilidad penal.

Por eso mismo se debe sostener que donde haya o no responsabilidad penal de las personas jurídicas, esta debe ser distinta de la responsabilidad penal que pueda o no existir en la persona natural bajo la figura del “actuar en lugar de otro” que se encuentra prevista en el artículo 27° del Código Penal.

⁴⁵ Aun en el campo de la lógica formal esta deducción no encuentra contradicción. Si A entonces B (donde A es *societas delinquere non potest* y B el actuar por otro) lo único que no se puede inferir es no B entonces no A, pero esto dependerá de los valores que le demos tanto a A como a B, y como no se puede afirmar que A o B sean falsas o verdaderas no se puede inferir algo válido sin valores establecidos previamente.

⁴⁶ ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel. “*Bases para una teoría de la imputación de la personas jurídica*”. En: *Sistemas Penales Iberoamericanos*. Libro Homenaje al Dr. D. Enrique BACIGALUPO en su 65 aniversario. Ara Editores, 2003, p.p. 645 – 663.

2.2.7. Principio “*societas delinquere non potest*”

El clásico principio de Derecho Penal instaurado en nuestra tradición jurídica reflejado en la locución latina “*societas delinquere non potest*”, que se traduce literalmente como, “las sociedades no pueden delinquir”. Según este principio, una persona jurídica no puede cometer delitos, puesto que carecen de voluntad -elemento subjetivo- que abarque el dolo en sus actuaciones, lo que implica que en ningún caso una persona jurídica podía ser sujeto activo de un ilícito penal, sólo pudiendo ser imputados a las personas físicas, y no así a un sujeto que carece de corporalidad y de voluntad para poder incurrir en lo que comúnmente se entendía por delito.

Siguiendo esta línea, la doctrina más tradicional ha venido negando la posibilidad de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, bajo el sólido argumento de que éstas no poseen capacidad de acción, capacidad de culpabilidad ni capacidad punitiva. Por tanto, para este sector doctrinal, no es posible concebir a la persona jurídica como sujeto activo del delito debido a que este ente colectivo no puede realizar una acción penalmente relevante y, por consiguiente, tampoco puede ser declarada culpable, ni imponérsele una pena, entendida como la consecuencia jurídico-penal clásica, subsistiendo únicamente una responsabilidad civil subsidiaria especial por los hechos delictivos cometidos por sus representantes. Suponiendo esta reforma, desde un punto de vista dogmático, una arriesgada novedad tanto en Derecho penal general como especial, al esgrimirse la imposibilidad de adaptar los principios generales clásicos de nuestro sistema penal o de construir un sistema de

Derecho penal que derive en una responsabilidad a la persona jurídica culpable.

2.2.8. Fundamento jurídico de las Consecuencias Accesorias en el Perú

Una de las dificultades que enfrenta la lucha contra el crimen organizado en nuestro país y en un mundo globalizado, es el uso de personas jurídicas de distinta naturaleza para favorecer, facilitar o encubrir acciones delictivas, motivo por el cual parte de este combate implica el establecimiento de sanciones para ellas. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) establece en su artículo 10, acciones que deberán adoptar los Estados parte a efectos de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en delitos graves, sean estas sanciones de carácter penal, civil o administrativa.

La trascendencia e importancia adquirida por las personas jurídicas en la sociedad actual, conceptualizada como una sociedad de riesgos, hace difícil que podamos explicar los hechos sociales solo sobre la base de acciones humanas individuales sin tomar en consideración la importancia que las corporaciones han adquirido como sujetos en la vida social, y que en esa medida las hacen partícipes de aquellas acciones desarrolladas por el “lado oscuro del alma humana”, y que ha generado que, desde el mismo seno de la dogmática penal, mucho antes de la Convención de Palermo, se cuestione el aforismo jurídico “*societas delinquere non potest*”.

En ese sentido, las medidas propuestas (consecuencias accesorias) responderían a la lógica de la peligrosidad de la persona jurídica en el sentido

de existir una estructura organizada que favorece u oculta la comisión de futuros hechos delictivos. En efecto, la imposición de sanciones penales a los miembros de las personas jurídicas no elimina la peligrosidad criminal de la estructura organizativa de la persona jurídica, por lo que resulta necesario imponer medidas directamente sobre aquella para erradicar o limitar significativamente esa peligrosidad.

En el actuar de las personas jurídicas, existe el peligro cierto de que éstas estén inmiscuidas en hechos delictuosos o, en su defecto, su representante legal, se aproveche de esta cobertura para pretender legalizar algunas de sus actuaciones.

En la antigüedad o, mejor hace poco, las personas jurídicas no podían responder absolutamente en nada, sino tan solo a través de su representante legal. El principio “*societas delinquere non potest*”, era una verdad absoluta.

Esta postura o verdad en su tiempo, hoy ha decaído. La nueva tendencia, es por hacer responsable de los actos a las personas jurídicas. Aunque no haya consenso respecto a qué acciones hay que criminalizar o qué tipo de pena se debe imponer, por lo menos hay consenso en la posibilidad de que tenga responsabilidad.

Una de esas posturas, ya no en teoría, sino en la legislación es la posibilidad de imponer las consecuencias accesorias ante el incremento de la actividad delictual cometida a través de las personas jurídicas, es más, ya se encuentra en el nuestro Código Penal peruano de 1991. Donde las medidas reguladas son aplicables directamente a la persona jurídica, con

independencia de la sanción que pueda ser aplicable a la persona que actuó dirigiéndola, bajo la figura del “actuar en nombre de otro” regulada en el artículo 27° del Código Penal.

2.2.8.1. Las Consecuencias Accesorias

El jurista GARCÍA CAVERO, refiere que nuestro cuerpo legislativo de 1991 se adscribe a la tendencia legislativa de incorporar medidas aplicables a la persona jurídica bajo el rubro de consecuencias accesorias contenidas en el artículo 105⁽⁴⁷⁾, que recoge una diversa gama de medidas contra la persona jurídica sea por ejemplo la clausura de sus locales o establecimientos, la disolución (como una medida de carácter grave), la suspensión de las actividades y la prohibición de realizar en el futuro actividades de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido.

⁴⁷ Dicho artículo prescribe lo siguiente:

Artículo 105°.- Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

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

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

Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un periodo de dos años.

El cambio de razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas.

Se trata en definitiva de sanciones que afectan a la persona colectiva, como tal ente jurídico y cuyo amparo se cometieron acciones delictivas.

Si bien estas medidas se regulan junto con otras de mayor tradición legislativa como el decomiso de instrumentos y efectos del delito, no puede desconocerse la novedad que constituye su incorporación en las normas generales del Código Penal. Esta misma orientación legislativa se presenta en las leyes penales especiales, en donde se han incorporado dispositivos especiales para aplicar consecuencias accesorias a las personas jurídicas, como es el caso de la Ley Penal Tributaria (Art. 17° del Decreto Legislativo 813) y la Ley de Delitos Aduaneros (Art. 11° de la Ley 28008)⁴⁸.

La tipificación de tales medidas en la legislación penal nacional tiene como finalidad principal servir como medio para reforzar básicamente la lucha contra la criminalidad empresarial, contextualizada en la comisión de delitos a través de estructuras societarias (delitos de corrupción, tributarios, aduaneros, entre otros).

2.2.9. Posturas respecto a la naturaleza jurídica de las Consecuencias Accesorias

La naturaleza de las consecuencias accesorias resulta confusa, por ello no es de extrañar que las propuestas realizadas por la doctrina en torno a las

⁴⁸ GARCÍA CAVERO, Percy. *La persona jurídica en el Derecho Penal*. Lima, Editorial Grijley, 2008, p. 75.

mismas hayan agotado todas las soluciones imaginables posibles, desde que se tratan de auténticas penas, o bien de medidas de seguridad o de otra clase de consecuencia jurídica del delito distinta a las anteriores. Desde un enfoque político – criminal es acertada la tipificación de dichas medidas, sin embargo, de la redacción de las mismas no se ha podido determinar indubitablemente qué naturaleza jurídica ostentan.

Ante dicha situación, la resolución es importante porque se trata de dar respuesta a la pregunta de con qué requisitos o bajo qué condiciones es posible aplicar a una persona jurídica las consecuencias accesorias previstas en el artículo 105° del Código Penal.

2.2.9.1. Las Consecuencias Accesorias como Penas

La posibilidad de compatibilizar el concepto de pena con la organización empresarial constituye, sin duda uno de los mayores escollos a la hora de institucionalizar la responsabilidad penal empresarial⁴⁹.

El carácter punitivo de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, es postulado fundamentalmente por ZUGALDÍA ESPINAR, quien sostiene que las consecuencias accesorias, “por exclusión” deben ser consideradas auténticas penas: En tanto que, si las consecuencias accesorias no tienen naturaleza

⁴⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El modelo constructivista de autoresponsabilidad penal empresarial*. Lima: ARA Editores, 2010, p. 50.

reparatoria civil ni son medidas preventivas reafirmativas (medidas de seguridad), son entonces penas.

La solución de considerar las consecuencias jurídicas del delito verdaderas penas para las personas jurídicas, tiene un escollo legal insuperable que impide recurrir al argumento de la exclusión postulado por ZUGALDÍA ESPINAR.

En efecto, el Art. 28° del Código Penal peruano establece una cláusula cerrada de penas (clases de pena) dentro de las cuáles no se encuentra las contenidas en el Art. 105° del Código Penal. Esta cuestión como afirma SEELMAN, sumada a la exigencia de culpabilidad como presupuesto para la imposición de una pena y la incapacidad de culpabilidad de los entes colectivos impiden afirmar que las medidas del Art. 105° del Código Penal constituyan auténticas penas para las personas jurídicas.

2.2.9.2. Las Consecuencias Accesorias como Medidas de Seguridad

Siguiendo las líneas generales esbozadas en la discusión de los años cincuenta, algunos autores han intentado sostener que las medidas previstas en las legislaciones penales para ser aplicadas a las P.J responden a la lógica de las medidas de seguridad.

Este planteamiento partiría de otorgarles a las personas jurídicas cierta capacidad de acción, pero negarles, a la vez, capacidad de culpabilidad. En consecuencia, como señala FEIJOO SÁNCHEZ,

la imposición de la medida de seguridad no se encontraría justificada en la culpabilidad de la persona jurídica por el delito cometido, sino en la situación de peligrosidad de la futura comisión de delitos.

De lo señalado podemos afirmar que el concepto de medida de seguridad ha sido elaborado para ser aplicado a entes bio-psicológicos más no a personas jurídicas, toda vez que éstas carecen de capacidad de acción para realizar hechos típicamente antijurídicos y, por tanto, no se les puede aplicar la noción de peligrosidad criminal.

Por consideraciones similares a las antes desarrolladas en relación a la pena es que debe negarse que las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica constituyan una especie medidas de seguridad: Primero, porque contradicen el sentido del Art. 71° del Código Penal que determina como únicas medidas de seguridad: el tratamiento ambulatorio y la internación; segundo, porque la calificación como medidas de seguridad exigiría una reformulación total del concepto de peligrosidad criminal.

2.2.9.3. Las Consecuencias Accesorias como un nuevo y tercer tipo de sanción penal

Esta posición concibe a las consecuencias accesorias como medidas de carácter penal distintas a las penas y medidas de seguridad, pues como señala GARCÍA CAVERO, su fundamento no radica en la culpabilidad de la persona jurídica en la comisión del delito sino en la peligrosidad de su organización, derivada de su eventual

instrumentalización para favorecer o encubrir el entorno delictuoso imputable a las personas naturales.

En lo que concierne a la estricta atribución de naturaleza penal a las consecuencias accesorias, la doctrina mayoritaria considera que aquella se funda en que las mismas, de igual modo que las penas y medidas de seguridad, no solo pueden tener un carácter represivo, sino sobre todo en que sirven a los fines de prevención, particularmente a los de prevención especial –y eventualmente a los de prevención general⁵⁰–.

2.2.10. Posturas sobre la imposibilidad absoluta de incriminación a las personas jurídicas

No es novedoso que haya posturas que recusan cualquier pretensión de punibilidad a las personas jurídicas, precisamente por ser ficticias. Para sustentar esta postura, doctrinalmente, se ha partido de la total separación del actuar ilícito de las personas jurídicas, de los fundamentos básicos para la imputación, y en virtud de ello se han expuesto tres argumentos sustentados en: **a)** Incapacidad de acción, **b)** Incapacidad de culpabilidad y, **c)** Incapacidad de pena de las personas jurídicas.

2.2.10.1. Incapacidad de acción de las personas jurídicas

Se puede empezar por decir que las personas jurídicas, para actuar en el mundo exterior, necesitan servirse de las acciones

⁵⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. Ob. cit., p. 167.

humanas y, por ello, la doctrina mayoritaria afirma que en ellas falta una verdadera capacidad de acción propia, ya que han de actuar a través de acciones naturales de otros. En este sentido es necesario definir previamente la acción en el Derecho Penal, no sin antes dejar de mencionar que dicho concepto ha sido uno de los más complejos a la hora de definir y, aún hoy, no existe unanimidad absoluta en cuanto a su delimitación. De este modo, actualmente conviven tres concepciones distintas de acción, que han ocasionado divergencias en la ciencia jurídico-penal, a saber, el concepto causal, el concepto final y el concepto social de acción.

El concepto causal de acción, constituye la postura tradicional y aún vigente en algunos sectores doctrinarios, concepto considerado por la doctrina alemana como el pilar en el que se asienta todo el esquema clásico del delito; cuyas bases fueron sentadas por FRANZ VON LIZT, BELING y RADBRUCH.

Para sus defensores la teoría causal de la acción, la acción es la producción o la no evitación voluntaria de un cambio en el mundo externo. El resultado ha de ser perceptible por los sentidos y dependiente, de algún modo, del querer⁵¹. Cabe mencionar que este concepto fue criticado por la dificultad de abarcar los delitos omisivos,

⁵¹ VIVES ANTON, Tomas. “*Fundamentos del Sistema Penal*”. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1996, p.p. 106-109.

u otro donde lo importante no son los movimientos corporales sino el contenido o significado de los mismos.

El concepto social de acción, surge aparentemente para superar las insuficiencias que presentaban tanto el concepto causal de acción como el final, se rige por la idea desarrollada por MAIHOFFER, de que la valoración de un comportamiento como acción parte de la comunidad social. Por tanto, éste autor define la acción como “todo comportamiento objetivamente dominable, dirigido a un resultado social objetivamente previsible”⁵².

En otras palabras acción es todo comportamiento humano socialmente relevante jurídico – penalmente, calificación dada por el Derecho Penal, previa selección de los hechos que para el Derecho Penal ameritan su intervención, contrario sensu otros hechos humanos que para el Derecho Penal no son relevantes, serán excluidos del concepto jurídico penal de acción, según la teoría en mención.

En conclusión ninguna de las teorías mencionadas han logrado articular un supra concepto de la misma, ya que siempre se han planteado las críticas en el sentido de que no abarcan todas las conductas delictivas, es decir, aplicable tanto para las acciones positivas y las omisiones, las acciones dolosas y las imprudentes.

⁵² COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomas. *Derecho Penal. Parte general*, 5ta. Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p.p. 370-371.

Es decir, que los hechos calificados como acciones, en el dominio del derecho penal, son aquellos considerados por el sistema normativo jurídico. De modo que la acción no es substrato general y previo de las categorías penales: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Ahora bien trasladando estas concepciones dogmáticas al determinar si las personas jurídicas poseen o no capacidad de acción, es oportuno mencionar la concepción significativa de acción, la cual sostiene que las personas jurídicas no poseen capacidad de acción, debido a que la acción no es un hecho específico, sino un sentido que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados comportamientos humanos.

Es decir, sólo pueden ser calificadas como acciones las ejecutadas por personas físicas, ya que la acción presupone una capacidad natural para formar y expresar intenciones, sustentadas, claro está, en códigos sociales de interpretación. Así, según, la doctrina mayoritaria, se afirma que la persona jurídica carece de capacidad de acción, y, en su caso, la acción típica la ejecutarán las personas físicas que la integran⁵³.

2.2.10.2. Incapacidad de culpabilidad de las personas jurídicas

Con respecto a este punto podemos establecer que constituye otro de los pilares que sostiene la tesis acerca de la imposibilidad de

⁵³ MIR PUIG, Santiago y LUZON PEÑA, Diego. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona, Bosch Editor, 1996.

atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, ya que la capacidad de culpabilidad supone una reprochabilidad personal por la realización de la acción típicamente antijurídica, cuando podía haber actuado de modo distinto a como lo hizo, es decir, conforme a deber. La esencia del principio de culpabilidad es que no hay pena sin culpa, y la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad. Por tanto el principio de culpabilidad. Se convierte en una garantía del Estado de Derecho, frente a la imposición de penas innecesarias o desproporcionadas.

En este sentido podemos señalar que la culpabilidad implica un juicio valorativo que se compone de la imputabilidad (capacidad de culpabilidad), el dolo y la culpa (formas de culpabilidad) y por la exigibilidad. En cuanto a la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, ésta sólo concurre cuando un sujeto puede valorar y comprender la ilicitud del hecho realizado (elemento intelectual), y tiene un poder de voluntad suficiente para adecuar su conducta al mandato normativo (elemento volitivo)⁵⁴.

En conclusión, en base a lo antes citado, podemos señalar que la capacidad de culpabilidad exige la presencia de una serie de estructuras biopsicológicas, que difícilmente se puede encontrar en las personas jurídicas, con lo que no pueden ser consideradas sujetos imputables, y nunca podría concurrir en ellas responsabilidad penal

⁵⁴ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomas. *Derecho Penal. Parte general*, p. 487.

alguna. La capacidad intelectual o volitiva imprescindible para predicar la culpabilidad de una persona, sólo se daría en las personas físicas que componen la persona jurídica, y únicamente aquéllas podrían ser responsables penalmente.

2.2.10.3. Incapacidad de pena de las personas jurídicas

Finalmente con respecto a este apartado los defensores de esta tesis parten de afirmar que la función de la pena es la prevención, por ende la imposición de penas a las personas jurídicas no puede tener efectos preventivos (generales o especiales), en virtud de que si la persona jurídica no tiene capacidad volitiva ni intelectual, no puede motivarse para actuar de acuerdo con la norma y tampoco puede resultar intimidada para no delinquir. En cuanto a la prevención especial, no cabría apreciar ningún tipo de corrección, enmienda o arrepentimiento⁵⁵.

Se afirma, en este mismo sentido, que penando a la persona jurídica, se castiga de forma indistinta a sus miembros, tanto a aquellos que han conocido y querido el delito, como aquellos que no lo han conocido y/o querido, es decir, no en función de su culpabilidad, como es tradicional en el Derecho Penal; así por ejemplo se acuerda la clausura de la empresa, o la suspensión de sus actividades, no sólo se castiga a quienes han intervenido activa o pasivamente en el delito, sino también a los socios y trabajadores, que

⁵⁵ TERREROS, Villavicencio. *Derecho Penal. Parte General*, p. 96.

eran totalmente ajenos a la comisión de los delitos, máxime si se trata de una gran empresa o una multinacional. De esta forma, se haría responder a personas físicas por el hecho de otro, al no haber intervenido en la acción típicamente antijurídica.

2.3. Definición de términos

- **Acusación.**- El profesor SÁNCHEZ VELARDE⁵⁶ enseña que la acusación fiscal o requerimiento acusatorio constituye uno de los actos procesales propios del Ministerio Público, en donde ejerce a plenitud su función acusadora formulando ante el órgano jurisdiccional los cargos de incriminación contra persona determinada, desarrollando en su contenido la individualización del acusado, el hecho imputado, la tipificación, los medios de prueba a actuarse en juicio, las circunstancias modificativas, y la solicitud de pena y reparación civil. La acusación delimita el objeto del proceso, haciendo con ello posible una adecuada defensa y fijando los límites de la sentencia. Por eso, la acusación debe ser concreta, pues si no se prestaría a la injusticia y arbitrio judicial⁵⁷.

Es en la investigación preparatoria donde se reúnen las evidencias a efectos de poder presentar la acusación que será examinada por el Juez de la etapa intermedia teniendo como finalidad de reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y en su caso, al imputado preparar su defensa; determinar si

⁵⁶ Cfr. Op. Cit., 2009, p. 158.

⁵⁷ ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob, cit. p. 131

la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.

- **Consecuencias accesorias**⁵⁸. - Son medidas de sanción que se aplican a las personas jurídicas que resulten involucradas a través de su actividad, administración u organización con la comisión, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible. Son consecuencias accesorias porque su aplicación dependerá de que se haya identificado y sancionado a una persona natural como autora del delito.
- **Consortio**. - Es la unión de varias entidades que, al compartir objetivos comunes, deciden aliarse en una estrategia conjunta. No se trata de una fusión de empresas sino que cada entidad mantiene su independencia pero adoptan un marco de relaciones con un propósito compartido. De esta manera, se puede decir que las empresas asociadas solo traspasan o ceden sus funciones al consorcio para trabajar como uno solo, mas no para fusionarse como uno solo.
- **Contrataciones del Estado**. - Es el conjunto de procedimientos establecidos para la adquisición de bienes y servicios por personas, empresas u organizaciones, desde la evaluación de las necesidades iniciales hasta la concesión del contrato y la provisión del servicio.

⁵⁸ ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy. *El proceso penal en la práctica*. Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2017, p. 100.

- **Corrupción.**- Es definida como el uso indebido del poder público ejercido por funcionarios o servidores públicos, encargado (por elección, selección, nombramiento o designación) para obtener beneficios irregulares (económicos o no), propios o de un tercero, violando la ley (en perjuicio del interés general) y afectando la legitimidad de la autoridad y los derechos fundamentales de la persona.
- **Delito.**- El delito, en sentido dogmático, es definido como una conducta, acción u omisión típica (descrita por la ley), antijurídica (contraria a Derecho) y culpable a la que corresponde una sanción denominada pena, con condiciones objetivas de punibilidad. Supone una conducta infraccional del Derecho Penal, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley. En sentido legal, los códigos penales y la doctrina definen al "*delito*" como toda aquella conducta (acción u omisión) contraria al ordenamiento jurídico del país donde se produce.
- **Delito de Colusión.**- El Código Penal peruano, describe en qué consiste el delito de colusión desleal, conceptuándolo como aquel acuerdo que en el marco de las contrataciones estatales, realizan el funcionario o servidor público competente con terceras personas (*interesados*) con el fin de defraudar al Estado. Configurándolo así, como un delito especial propio, es decir, que el tipo penal sólo puede ser realizado por una persona calificada, en este caso, un funcionario público vinculado funcionalmente con la contratación pública.

- **Doctrina.-** Es la Ciencia del Derecho elaborada por los jurisconsultos y comprende el conjunto de sus investigaciones, estudios, análisis y planteamientos críticos. Contiene juicios, procesos u operaciones mentales efectuados por abogados con una sólida, experta y calificada formación académica⁵⁹.
- **Dogmática.-** La dogmática jurídica es una disciplina perteneciente al Derecho, cuyo método se basa en la elaboración de complejos sistemas de carácter formal, compuestos por dogmas jurídicos o tipos. Tales dogmas han de extraerse del contenido de las normas jurídicas positivas, utilizando la abstracción, y siguiendo una serie de operaciones lógicas que otorgan a la dogmática jurídica un carácter eminentemente sistemático. En contraposición al método exegético, en el que la interpretación de la norma se sustenta en el sentido de las palabras reflejadas en el Derecho positivo, el método dogmático se atiene a los principios doctrinales como medio principal para interpretar el sentido de la norma jurídica. Estudia el contenido normativo de las leyes, de todo un sistema jurídico o de sectores concretos de cada sistema jurídico⁶⁰.
- **Extraneus.-** Sujeto que no detenta la titularidad de los deberes exigidos por los tipos penales de funcionario o servidor público.

⁵⁹ GARCÍA TOMA, Víctor. *Introducción a las Ciencias Jurídicas*. Lima, Editorial Jurista Editores, 2007, p. 262.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 264.

- **Garantías Procesales.**- El concepto de garantías procesales indica la preexistencia de principios jurídicos y éticos que requieren de condiciones idóneas para tener vigencia real mediante la actividad procesal. Esa vigencia real (aplicación) será el indicador para “medir” la legalidad y legitimidad del procedimiento, en especial del procedimiento penal. Las garantías procesales deben consistir una política de Estado, apoyada por la sociedad civil, orientada de modo permanente a crear, mantener y proveer las condiciones idóneas, para que tanto la investigación del delito como la subsiguiente fase de prueba en el juzgamiento cuenten con las seguridades apropiadas para el ejercicio regular de los derechos fundamentales y de los demás derechos tutelados también por la Constitución, por los tratados y convenios ratificados sobre Derechos Humanos y por la ley que regula el método de actividad procesal, acorde con el debido proceso.
- **Jurisprudencia.**- Es el conjunto de los fallos de los tribunales judiciales que sirven de precedentes. Todas las sentencias emitidas por el órgano supremo conforman la jurisprudencia⁶¹.
- **Pena**⁶².- La pena se plantea como un concepto formal del Derecho, en tal sentido, la pena es la sanción jurídica aplicable a quien viola la norma jurídica prohibitiva. Es la condena, la sanción o la punición que un Juez o un Tribunal impone, según lo estipulado por la legislación, a la persona que ha cometido un delito una infracción. Es una figura previamente creada en forma escrita y estricta, al amparo del “principio de legalidad”, donde toda

⁶¹ *Ibíd.*, p. 268.

⁶² <http://definicion.de/pena/>

persona debe ser castigada si el hecho está previsto en la ley como delito con anterioridad a la comisión del mismo. Este principio, es el pilar del Derecho Penal, representado por el apotegma latino: *nullum crime, nulla poena sine lege*.

- **Persona Jurídica.**- Una persona jurídica o persona moral es un sujeto de derechos y obligaciones que existe físicamente pero no como individuo, sino como institución y que es creada por una o más personas físicas para cumplir un papel. En otras palabras, una persona jurídica es todo ente con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones y que no sea una persona física. Así, junto a las personas físicas existen también las personas jurídicas, que son entidades a las que el Derecho atribuye y reconoce una personalidad jurídica propia y, en consecuencia, capacidad para actuar como sujetos de derecho, esto es, capacidad para adquirir y poseer bienes de todas clases, para contraer obligaciones y ejercitar acciones judiciales⁶³.
- **Proceso penal.**- Es el conjunto de normas jurídicas correspondientes al derecho público interno que regulan cualquier proceso de carácter penal desde su inicio hasta su fin entre el Estado y los particulares tiene un carácter primordial como un estudio de una justa e imparcial administración de justicia: la actividad de los jueces y la ley de fondo en la sentencia. Tiene como función investigar, identificar y sancionar (en caso de que así sea requerido) las conductas que constituyen delitos, evaluando las circunstancias particulares en cada caso y con el propósito de preservar el

⁶³ LEÓN BARANDIARÁN. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, Lima, WG Editores, 1991.

orden social. El Derecho Procesal Penal busca objetivos claramente concernientes al orden público.

- **Responsabilidad penal.**- Es la consecuencia jurídica cuando existe una violación de la ley, realizada por un sujeto imputable o inimputable que lleva a término actos previstos como ilícitos, lesionando o poniendo en peligro un bien material o la integridad física de las personas. En Derecho significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto por el Derecho Penal al deber de afrontar las consecuencias que impone la ley.
- **Representante legal.**- Son aquellas personas físicas que ejercen la representación de la sociedad respecto a todos los actos comprendidos en su objeto social⁶⁴.
- **Sociedad de riesgo.**- Es la síntesis sociológica de un momento histórico del período moderno, en el cual éste pierde sus componentes centrales, provocando una serie de debates, reformulaciones y nuevas estrategias de dominación. Se trataría de una sociedad pos-industrial, en el sentido en que las matrices básicas de la modernidad y su misma correlación de fuerzas han cambiado sustancialmente.

⁶⁴ DÍEZ, Ripollés. 2016, p. 268.

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Resultado doctrinario

3.1.1. Fundamento dogmático de las Consecuencias Accesorias en el Derecho Penal peruano

Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas (artículo 105° del C.P.) junto a las clásicas penas, medidas de seguridad, y la reparación civil *ex delicto* forman parte, pero sin confundirse con ellas, de las denominadas consecuencias jurídicas del delito. Tanto la pena como la medida de seguridad tienen su base penológica, respondiendo a una lógica de represión – prevención y la responsabilidad civil a un esquema de reparación – compensación.

Las consecuencias accesorias en el Perú, han tenido autonomía legislativa a partir de la vigencia del Código Penal de 1991, bajo inspiración del modelo español, brasileño y colombiano, y sigue siendo “la cenicienta” en la dogmática jurídico –penal, de modo tal que su análisis discursivo es todavía incipiente y confuso.

Como hemos señalado líneas atrás, el ordenamiento penal peruano no sanciona directamente a las personas morales, sino que descansa en la responsabilidad individual. Prueba de ello lo constituyen, por un lado, la regulación de la fórmula del “actuar en nombre de otro” (artículo 27° del

Código Penal), y por otro, la regulación de las “consecuencias accesorias”⁶⁵, concepto procedente del Derecho alemán, aplicadas a las personas jurídicas, ubicadas en el Título VI del Libro Primero del Código Penal, que aparece legislado conjuntamente con el tema de la reparación civil.

El legislador nacional, consciente de que la criminalidad empresarial actúa por, para y a través de una persona jurídica. Si se utiliza al ente colectivo para “favorecer” o “encubrir” hechos delictivos, entonces, político-criminalmente resultaba lógico que se prevea ciertos instrumentos preventivos perfilados en el rubro de las consecuencias jurídicas provenientes del delito, para contener las ganancias económicas obtenidas de los ilícitos penales.

En definitiva, la figura de las consecuencias accesorias pretende encubrir con soluciones gramaticales un problema de fondo, material, cual es si se responsabiliza o no penalmente a los entes colectivos⁶⁶.

La consecuencia accesoria tal como está incorporada en la legislación peruana, es distinta en naturaleza, contenido y alcance a aquella accesoriedad que se aplica a las penas asignadas en el catálogo del artículo 28° del Código Penal. De manera que en algunas ocasiones la imposición de una medida represiva principal como la pena privativa de libertad por más leve que sea, acarreará también una pena complementaria, que estará supeditada al grado de complejidad que reviste el hecho punible y la calidad que ostenta el autor

⁶⁵ GARCÍA CAVERO, Percy. *La persona jurídica en el Derecho Penal*, p. 80.

⁶⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Navarra, Aranzandi, 2000, p. 241.

(por ejemplo, el artículo 37° del Código Penal prescribe: “la pena de inhabilitación puede ser impuesta como principal o accesoria”, como la inhabilitación a un funcionario público)⁶⁷, cumpliendo ambas la misma finalidad punitiva.

En cambio, las consecuencias accesorias responden a un razonamiento de complementariedad para la prevención de la criminalidad empresarial (y ahora con la criminalidad contra la Administración Pública), en la cual no buscan sino evitar la utilización reiterada de un instrumento del delito (la persona jurídica) así como el saneamiento del patrimonio del delincuente que hallado responsable penal, pretende escapar al control de la ley⁶⁸. Por otro lado, una de las cuestiones más debatidas es la naturaleza jurídica de estas “consecuencias”. En tal sentido, en la doctrina se pueden encontrar hasta tres posturas.

3.1.2. Naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica previstas en el artículo 105° del Código Penal

Desde hace algunos años sostenemos que el debate sobre la naturaleza jurídica de las sanciones contempladas en el artículo 105 del Código Penal – aplicables a las personas jurídicas en el ámbito penal⁶⁹– puede constituir una discusión larga y poco fértil si es que no se incide directamente sobre lo

⁶⁷ Siguiendo esta línea, el artículo 39° del Código Penal peruano prescribe: “*La inhabilitación se impondrá como pena accesoria cuando el hecho cometido por el condenado constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de una deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela, o actividad regulada por ley. Se extiende por igual tiempo que la pena principal*”.

⁶⁸ CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho Penal del Ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, p. 357.

⁶⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. 2009.

fundamental, esto es, los criterios de aplicación de las mismas; ello, toda vez que la doctrina y la jurisprudencia se han mostrado dubitativas.

El que las personas jurídicas no sean penalmente responsables no significa que el sistema penal deba permanecer indiferente ante la criminalidad generada desde la empresa y en su beneficio. En estos casos, el Código Penal ha introducido una serie de medidas aplicables a las personas jurídicas de naturaleza mixta penal/administrativa, reguladas mediante el artículo 105 ° del Código Penal, denominadas consecuencias accesorias y que han sido reproducidas posteriormente para ciertos espacios específicos (artículo 17° de la Ley Penal Tributaria; artículo 11° de la Ley de los delitos aduaneros; artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1106 de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado).

En el Derecho, la consecuencia jurídica está condicionada –y es subsiguiente– a un presupuesto de hecho, y nunca al revés. Así, la pena tiene como presupuesto de hecho la comisión de un delito, y el fundamento de su aplicación radica en la culpabilidad del autor del hecho⁷⁰. Ahora bien, es indudable que no hay consenso sobre el presupuesto de hecho de las sanciones aplicables a las personas jurídicas –en nuestra regulación–, toda vez que el concepto de delito requiere indispensablemente la culpabilidad de una persona física. Por ello, dentro de este razonamiento apriorístico no es posible dar una respuesta satisfactoria a la naturaleza jurídica de las sanciones que se

⁷⁰ Aunque también ha de reconocerse que en la actualidad los contornos del injusto penal también se desdibujan. *Vid.* por todos DONINI. 2004, *passim*, especialmente p. 47 y ss.

imponen a las personas jurídicas en el ámbito penal y, sobre todo, es difícil esclarecer los criterios de atribución de la sanción.

Por eso, es falaz el dilema de «sanciones penales o sanciones administrativas» para las personas jurídicas, ya que no es posible distinguir una naturaleza jurídica distinta, ni en los presupuestos ni en las consecuencias jurídicas, aplicables a estas.

La huida hacia el Derecho Administrativo no es una solución ya que, en los casos más graves, sólo la sanción penal puede cumplir con los fines preventivo generales de protección social⁷¹. Incluso algunas de las sanciones contra las personas jurídicas, como lo es la disolución, son tan aflictivas como lo constituyen –en gravedad– las penas; por lo que sería incongruente con el principio de Proporcionalidad si, desde la perspectiva del principio de *última ratio*, se conviene que la sanción penal es el recurso más grave y último del ordenamiento.

Por ello, es lógico que coexistan diferentes formas de responsabilidad construidas para prevenir y sancionar el fenómeno criminal, penal, administrativo y civil. Como ya anunciara TIEDEMANN hace varios años, el futuro del Derecho Penal económico depende de la interrelación entre estas diversas formas de responsabilidad.

⁷¹ Especialmente crítico con la huida hacia el derecho administrativo sancionador se muestra VERVAELE. 2007, p. 62 y ss.

3.1.2.1. Las Consecuencias Accesorias como Penas

El carácter punitivo de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas es postulado fundamentalmente por ZUGALDÍA ESPINAR quien sostiene que las consecuencias accesorias del artículo 129° del CP español “por exclusión” deben ser consideradas auténticas penas⁷²: Si las consecuencias accesorias – refiere ZUGALDÍA ESPINAR– no tienen naturaleza reparatoria civil ni son medidas preventivas reafirmativas, son entonces penas. Este argumento es completando por otros autores con la noción de mayor garantismo asociado a la imposición de las penas: Si se considera a las consecuencias accesorias auténticas penas se podría garantizar un mejor respeto de los derechos de las personas jurídicas dentro del proceso penal⁷³.

La solución de considerar las consecuencias jurídicas del delito verdaderas penas para las personas jurídicas tiene un escollo legal insuperable que impide recurrir al argumento de la exclusión postulado por ZUGALDÍA ESPINAR.

En efecto, el artículo 28° del CP establece una cláusula cerrada de penas dentro de las cuáles no se encuentra las contenidas en el artículo 105° del CP. Esta cuestión, sumada a la exigencia de

⁷² ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “Vigencia del principio *societas delinquere potest* en el moderno Derecho penal”, en: HURTADO POZO, José/ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo/ SIMONS VALLEJO, Rafael (Directores). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 253.

⁷³ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 179.

culpabilidad como presupuesto para la imposición de una pena y la incapacidad de culpabilidad de los entes colectivos impiden afirmar que las medidas del artículo 105° del CP constituyan auténticas penas para las personas jurídicas. Es de reconocer, además, que la imposición de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas, conforme al contenido del artículo 105° del CP, exige no sólo la realización de un hecho punible sino un estado de cosas específico: actitud criminal de la persona jurídica⁷⁴.

3.1.2.2. Las Consecuencias Accesorias como Medidas de Seguridad

Las medidas de seguridad han sido reguladas en el Código Penal para ser aplicadas a todos aquellos sujetos que cometen un hecho típico y antijurídico más no culpable, toda vez que determinados agentes pueden cometer hechos previstos como delitos en la legislación penal sin ser por ello merecedores de la aplicación de una pena. Ello se debe a que no tienen la capacidad de comprender el mensaje comunicativo de la norma penal y, por tanto, no pueden ser fieles al Derecho del ciudadano. Es por ello que, a tales sujetos no se les impone una pena ante la comisión de un hecho previsto como delito sino una medida de seguridad pues éstos mediante su comportamiento han demostrado su peligrosidad criminal, es decir, manifiestan que a futuro pueden volver a cometer hechos ilícitos.

⁷⁴ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo & PÉREZ VALERO, Ignacio. Op. Cit., p. 38.

De lo señalado podemos afirmar que el concepto de medida de seguridad ha sido elaborado para ser aplicado a entes bio-psicológicos más no a personas jurídicas toda vez que éstas carecen de capacidad de acción para realizar hechos típicamente antijurídicos⁷⁵ y, por tanto, no se les puede aplicar la noción de peligrosidad criminal.

Por consideraciones similares a las antes desarrolladas en relación a la pena es que debe negarse que las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica constituyan una especie medidas de seguridad⁷⁶. Primero, porque contradicen el sentido del artículo 71° del CP que determina como únicas medidas de seguridad previstas por el Estatuto penal el tratamiento ambulatorio y la internación; segundo, porque la calificación como medidas de seguridad exigiría una reformulación total del concepto de peligrosidad criminal⁷⁷.

Sin perjuicio de los argumentos dogmáticos expuestos precedentemente, la propia opción legislativa de abordar las medidas aplicables a la persona jurídica en un título independiente del CP⁷⁸, permiten sostener que su naturaleza jurídica es distinta a la de las penas y las medidas de seguridad. Sin embargo, sostener que las medidas descritas en el artículo 105° del CP no son penas ni medidas de

⁷⁵ Vid. CARO CORIA, Carlos. *“La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en la Reforma Penal de 1991”*. Op. Cit. p.p. 73.

⁷⁶ Como proponen, por ejemplo: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel & BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid, Ceura, 2001, p. 152.

⁷⁷ MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico. Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p.p. 231-232; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Op. Cit., p. 254.

⁷⁸ En esa línea: MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico. Parte General*. p. 231.

seguridad no permite aún reconocer cuál es, en efecto, la naturaleza jurídica de dichas medidas.

3.1.2.3. Las Consecuencias Accesorias como Sanciones Penales Especiales

No obstante, la mayor parte de la doctrina se ha decantado por la constitución de un *tertium genus* o *figura sui generis*, siempre dentro de la esfera del Derecho Penal, dados su indiscutible contenido aflictivo y las dificultades conceptuales expuestas para su inclusión tanto en el ámbito de las penas como en el de las medidas de seguridad. Su relación con las sanciones administrativas tiene que ver su estructura ontológica en tanto son medidas previstas comúnmente en el Derecho Administrativo Sancionador, en tanto que con las sanciones penales les une el fin perseguido –el preventivo– y la jurisdiccionalidad de su imposición.

Es importante reconocer la naturaleza *sui generis* de este tipo de consecuencias jurídicas del delito. No se tratan de penas ni medidas de seguridad pues no están reguladas por los artículos 28° y 71° del CP, que identifican cuáles son las penas y medidas de seguridad.

Tampoco se tratan de medidas de naturaleza jurídico civil en la medida que carecen de propósitos reparatorios o indemnizatorios.

Aunque cierto sector de la doctrina penal destaca la coincidencia entre el repertorio de consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas previstas en el artículo 105° del Código Penal con el catálogo

usualmente utilizado por el Derecho Administrativo Sancionador (por ejemplo, el cierre de locales), debe rechazarse la idea de considerar a las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica como meras sanciones administrativas pues es innegable que la intervención de un Juez Penal en su imposición les dota de sentido expresivo distinto al meramente administrativo a dicha sanción. De allí el carácter *sui generis* que se ha señalado poseen las consecuencias accesorias.

Desafortunadamente, el Acuerdo Plenario N° 07–2009/CJ–116 emitido en el contexto del V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República ha perdido la oportunidad de dar claridad a esta cuestión, debatida aun intensamente por la dogmática jurídico penal peruana. Es que la calificación, en el mencionado Acuerdo Plenario, de las consecuencias accesorias del delito como “sanciones de carácter penal” (parágrafo sexto) o “sanciones penales especiales” (parágrafo once), – entendemos que se adhiere a la tesis que considera a las consecuencias accesorias como un tipo especial de sanción penal –, no hace más que ensombrecer el poco claro panorama respecto a la cuestión de la naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas accesorias.

En tanto, descifrar la verdadera naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas como sinceras y reales sanciones penales especiales, conlleva justificar, en cierta medida, que estas sanciones han permanecido, todo este tiempo

ignorada o muy alejada de la *praxis* funcional de la judicatura penal en todas las instancias⁷⁹.

La calificación de las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica como “sanciones de carácter penal” o “sanciones penales especiales” no resultan incompatible con la aquí sostenida naturaleza *sui generis* de las mencionadas consecuencias accesorias.

Es que el propio Acuerdo Plenario, aunque de modo poco directo, señala que esta calificación responde al hecho de que las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas deben ser impuesta como consecuencia de una declaración judicial que recaiga sobre la persona jurídica y que las involucre en el hecho punible –esto es, que sea determinada por un Juez luego de un proceso penal en el que se determine su intervención en el delito– y porque aquellas tienen necesariamente un contenido afflictivo de privación o restricción de derechos y facultades de la persona jurídica (parágrafo once del Acuerdo Plenario N° 7/2009–CJ–116).

– **Análisis crítico**

Como se ha podido advertir, se tiene muchas posturas respecto a la naturaleza de las consecuencias accesorias. La indefinición, tiene su raíz en la propia prescripción normativa del Código Penal, donde no se precisa qué naturaleza tiene ésta. Pues, mientras en el artículo 28°

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116. “Las Personas Jurídicas y Consecuencias Accesorias”. p. 2.

del CP no lo señala como pena, entonces, nos preguntamos ¿qué es? es decir, si es realmente una pena o una sanción de carácter administrativa incluida en el Código Penal.

El desarrollo social avanza con más dinámica que los ámbitos regulados por las normas penales. En este, las personas jurídicas poseen un lugar privilegiado en el tráfico económico, jurídico y social, lo cual ha dado lugar a toda esta discusión por las categorías y el lenguaje que los etiqueta, olvidando que en los momentos de transformaciones sociales, cuando los conceptos no son capaces de aprehender las nuevas realidades que se presentan, lo recomendable es preocuparse de lo sustancial: las garantías sustantivas y procesales, y los criterios de selección de las sanciones que han de aplicarse contra las personas jurídicas por los ilícitos que lesionen bienes jurídicos fundamentales.

Las interpretaciones más genéricas, de considerar las sanciones impuestas a las personas jurídicas por la comisión de un delito de organización como sanciones de *naturaleza punitiva*, esto es, sanciones afflictivas con efectos disuasorios y preventivos, parecen ser más acordes con el momento actual del debate en el Derecho Penal y con la prescripción general, tanto de los convenios internacionales y de la Unión Europea, acerca de que las sanciones que ha de imponerse a las personas jurídicas deben ser «eficaces, proporcionadas y disuasorias»⁸⁰.

⁸⁰ En similar sentido parece la postura de GARCÍA ARÁN. 2007: p. 253, para quien «...las consecuencias accesorias son sanciones (privaciones de derechos consecuencia de un hecho ilícito) penales (porque el ilícito es un ilícito penal y se orientan a la prevención de delitos) que

Ahora bien, aun sosteniendo que se trata de sanciones de carácter punitivo especiales, de todos modos nos enfrentamos a una cuestión no resuelta: el presupuesto o fundamento de dichas sanciones. Determinar los criterios de imputación subjetiva del hecho típico a las personas jurídicas es el problema más importante a resolver.

De hecho, en el ámbito administrativo sancionador no existe inconveniente en responsabilizar a las propias personas jurídicas, por los hechos cometidos por sus representantes o directivos, aunque incluso en este ámbito, la tendencia se orienta a requerir también criterios subjetivos para sancionarla⁸¹. El carácter personal de la pena también da lugar a que dentro de los cánones clásicos se exija unidad entre el sujeto a quien se dirige la norma y el sujeto pasivo de la imputación penal⁸², cosa que no sucede respecto de las sanciones punitivas que se imponen a la persona jurídica, ya que ésta siempre actúa por intermedio de una persona física. Por tanto, es necesario determinar los criterios de atribución de las medidas aplicables a las

pueden recaer sobre personas jurídicas, pero que no participan de los fundamentos legales, ni de las penas ni de las medidas de seguridad, refiriéndolos al sujeto sobre el que recaer».

⁸¹ STC N. 256/1991. En esta sentencia el TC ha señalado que el principio de culpabilidad le es aplicable al injusto administrativo «con matices» porque no es admisible un régimen de responsabilidad objetiva. La sentencia prosigue: «*Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distante a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz*».

⁸² Regla que admite sus excepciones, incluso en el derecho penal de las personas físicas, como sucede con la autoría mediata.

personas jurídicas. Pero esa imprecisión, no puede ser óbice para su ejecución o aplicación. La criminalidad organizada especialmente de hoy, exige mayor análisis y aplicación de estas consecuencias accesorias.

Habiendo establecido –en la doctrina– que en el Derecho Penal las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas no son consideradas como penas propiamente, ni las personas jurídicas son catalogadas como sujetos activos del delito, ello en razón de que la culpabilidad solo es reconocida, en términos de atribución penal, a las personas físicas y no a las personas jurídicas y tras determinar que las medidas previstas en el artículo 105º del CP poseen carácter *sui generis* (administrativo – penal), corresponde establecer cuál es el fundamento jurídico para la imposición de dichas medidas a la persona moral.

3.1.3. Fundamento jurídico para la aplicación de consecuencias accesorias a las personas jurídicas

3.1.3.1. Peligrosidad objetiva

Zanjada la cuestión respecto a su naturaleza *sui generis*, corresponde ahora identificar cuál es su fundamento material y su estructura organizativa⁸³, es decir, qué circunstancia es la que autoriza su imposición. En torno a esta cuestión, existe consenso doctrinal en reconocer que el fundamento material para la imposición de las

⁸³ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo & PÉREZ VALERO, Ignacio. Op. Cit., p. 36.

consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica es la peligrosidad objetiva⁸⁴ de la persona jurídica, entendida como la posibilidad de que su estructura sirva de medio para la realización de delitos. Y esto es evidente en la medida que su estructura y características permiten su utilización con el afán de favorecer o encubrir la comisión de ilícitos.

Ahora, la peligrosidad objetiva de la persona jurídica (o del negocio unipersonal, en el caso de delitos tributarios y delitos aduaneros), conforme se infiere del Acuerdo Plenario N° 7/2009-CJ-116, se constata a partir de tres elementos: **(i)** La comisión de un hecho punible o delito; **(ii)** La utilización de la persona jurídica para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito; y, **(iii)** La condena penal al autor, físico y específico, del delito. Ahora, estas condiciones, se reconocen en términos legales a partir de la exigencia de que el hecho punible “fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo” utilizada por el artículo 105° del Código Penal.

Evidentemente, la verificación de la peligrosidad objetiva de la persona jurídica debe producirse dentro del proceso penal y conforme a ciertas pautas de actuación que el mencionado Acuerdo Plenario N° 7/2009-CJ-116 ha desarrollado.

⁸⁴ Constituye una suerte de instrumento peligroso al facilitar y encubrir, de modo continuo y prolongado, la realización de comportamientos delictivos.

En conclusión, puede sostenerse que la aplicación de consecuencias accesorias para las personas jurídicas sólo es posible si aquella tiene como propósito general o dominante contribuir y encubrir delitos. Hechos delictivos aislados o infrecuentes no justifican legalmente la imposición a una empresa de las consecuencias jurídicas accesorias descritas en el artículo 105° del CP.

3.1.4. Fundamentos dogmáticos sobre la imposibilidad absoluta de incriminación de las personas jurídicas

Como se sabe el Derecho Penal Moderno, en principio ha concebido a la persona natural como la única autora de delitos, al respecto el Dr. BAJO FERNANDEZ, señala que “tal y como se concibe la acción, la culpabilidad y la pena, la persona jurídica no tiene capacidad de acción, de culpabilidad ni de pena⁸⁵”. En esa misma línea MUÑOZ CONDE afirma que desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de responsabilidad y de pena exige la presencia de una voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual, que no existe en la persona jurídica, mero ente ficticio al que el Derecho Penal atribuye capacidad a otros efectos distintos a los penales.

Con las citas doctrinales, antes mencionadas se resumen las razones por las que un gran sector de la dogmática jurídico – penal, se opone a la posibilidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. En base a las mismas, y a fin de profundizar en los fundamentos opuestos al tema en

⁸⁵ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”. p. 371

estudio, dividiremos dichos fundamentos en tres apartados, lo cual nos parece didácticamente más adecuado:

3.1.4.1. Incapacidad de acción de las personas jurídicas

Empezaremos por decir que las personas jurídicas, para actuar en el mundo exterior, necesitan servirse de las acciones humanas y, por ello, la doctrina mayoritaria afirma que en ellas falta una verdadera capacidad de acción propia, ya que han de actuar a través de acciones naturales de otros.

En este sentido es necesario definir previamente la acción en el Derecho Penal, no sin antes dejar de mencionar que dicho concepto ha sido uno de los más complejos a la hora de definir y, aún hoy, no existe unanimidad absoluta en cuanto a su delimitación. De este modo, actualmente conviven tres concepciones distintas de acción, que han ocasionado divergencias en la ciencia jurídico-penal, a saber, el concepto causal, el concepto final y el concepto social de acción.

El concepto causal de acción, constituye la postura tradicional y aún vigente en algunos sectores doctrinarios, concepto considerado por la doctrina alemana como el pilar en el que se asienta todo el esquema clásico del delito; cuyas bases fueron sentadas por FRANZ VON LIZT, BELING y RADBRUCH. Para sus defensores la teoría causal de la acción, la acción es la producción o la no evitación voluntaria de un cambio en el mundo externo. El resultado ha de ser perceptible por los sentidos y dependiente, de algún modo, del

querer⁸⁶. Cabe mencionar que este concepto fue criticado por la dificultad de abarcar los delitos omisivos, u otro donde lo importante no son los movimientos corporales sino el contenido o significado de los mismo.

El planteamiento de las críticas en mención dio paso al concepto final de acción articulado por HANS WELZEL, quien sostiene que “la acción humana es ejercicio de actividad final”, de forma que el dolo pertenece a la acción como momento esencial. La dirección final de la acción se divide conceptualmente en dos momentos: en una primera etapa, que transcurre en la esfera del pensamiento, el autor anticipa el fin, selecciona los medios para su consecución y considera los efectos concomitantes unidos a ésta; en la segunda, de ejecución, que tiene lugar en la esfera externa, el autor efectúa su acción poniendo en movimiento los factores causales escogidos. Aunque esta teoría se impuso en gran parte del siglo pasado, sobre la misma se han esbozado críticas relacionadas con los delitos imprudentes, en los que el contenido de la voluntad no se dirige a la causación del resultado, aunque WELZEL trató de salvar esa dificultad articulando otro concepto de acción final para los delitos imprudentes⁸⁷.

⁸⁶ VIVES ANTON, Tomás. “*Fundamentos del sistema penal*”. p.p. 106-109.

⁸⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomás. “*Derecho Penal. Parte General*”. p.p. 370-371.

El concepto social de acción, surge aparentemente para superar las insuficiencias que presentaban tanto el concepto causal de acción como el final, se rige por la idea desarrollada por MAIHOFFER, de que la valoración de un comportamiento como acción parte de la comunidad social. Por tanto, éste autor define la acción como “todo comportamiento objetivamente dominable, dirigido a un resultado social objetivamente previsible⁸⁸”. En otras palabras acción es todo comportamiento humano socialmente relevante jurídico-penalmente, calificación dada por el Derecho Penal, previa selección de los hechos que para el Derecho Penal ameritan su intervención, *contrario sensu* otros hechos humanos que para el Derecho Penal no son relevantes, serán excluidos del concepto jurídico penal de acción, según la teoría en mención. Esta teoría no se salva de las críticas así VIVES ANTON, señala que el supuesto concepto general de acción proporcionado por esta teoría es falso, toda vez que para determinar si ha existido acción o no y, en su caso, que clase de acción ha habido, los partidarios de la doctrina social han de recurrir al tipo hipotéticamente aplicable para determinar si la acción es socialmente relevante, es por ello que se ha afirmado que esta teoría es una doctrina de la acción típica⁸⁹, es decir interpretando lo que quiere decir éste autor, señalamos que la teoría social implica que los hechos van a constituir acción jurídico penal relevante cuando le atribuimos un sentido social, es decir, que los

⁸⁸ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomás. “*Derecho Penal. Parte General*”. p.p. 375-376.

⁸⁹ VIVES ANTON, Tomás. “*Fundamentos del sistema penal*”. p. 117.

interpretamos como acciones porque socialmente los consideramos acciones, sin que se nos diga por qué ni cómo hacemos tal cosa.

En conclusión ninguna de las teorías mencionadas han logrado articular un supraconcepto de la misma, ya que siempre se han planteado las críticas en el sentido de que no abarcan todas las conductas delictivas, es decir aplicable tanto para las acciones positivas y las omisiones, las acciones dolosas y las imprudentes; pero también es válido mencionar de la sucinta exposición que hemos hecho de las diferentes concepciones sobre la acción que nos es posible constatar que se trata, en el fondo, de nociones elaboradas con la intervención decisiva de un elemento normativo. Es decir que los hechos calificados como acciones, en el dominio del derecho penal, son aquellos considerados por el sistema normativo jurídico. De modo que la acción no es substrato general y previo de las categorías penales: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Lamentablemente por cuestiones de espacio y por no ser objeto directo del presente trabajo no entramos en mayores detalles con respecto a las teorías de la acción.

Ahora bien trasladando estas concepciones dogmáticas al determinar si las personas jurídicas poseen o no capacidad de acción, es oportuno mencionar la concepción significativa de acción, la cual sostiene que las personas jurídicas no poseen capacidad de acción, debido a que la acción no es un hecho específico, si no un sentido que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados

comportamientos humanos, es decir sólo pueden ser calificadas como acciones las ejecutadas por personas físicas, ya que la acción presupone una capacidad natural para formar y expresar intenciones, sustentadas, claro está, en códigos sociales de interpretación; contrario sensu podemos inducir de esto que las personas jurídicas no van a poder nunca ser responsables criminalmente, porque en éstas no concurre una facultad de querer, es decir, una potencialidad volitiva, al ser un ente ficticio creado por el Derecho. Así, según, la doctrina mayoritaria, se afirma que la persona jurídica carece de capacidad de acción, y, en su caso, la acción típica la ejecutarán las personas físicas que la integran.

3.1.4.2. Incapacidad de culpabilidad de las personas jurídicas

Con respecto a este punto podemos establecer que constituye otro de los pilares que sostiene la tesis acerca de la imposibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, ya que la capacidad de culpabilidad supone una reprochabilidad personal por la realización de la acción típicamente antijurídica, cuando podía haber actuado de modo distinto a como lo hizo, es decir, conforme a deber. La esencia del principio de culpabilidad es que no hay pena sin culpa, y la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad. Por tanto, el principio de culpabilidad se convierte en una garantía del Estado de Derecho, frente a la imposición de penas innecesarias o desproporcionadas.

En este sentido podemos señalar que la culpabilidad implica un juicio valorativo que se compone de la imputabilidad (capacidad de culpabilidad), el dolo y la culpa (formas de culpabilidad) y por la exigibilidad. En cuanto a la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, ésta sólo concurre cuando un sujeto puede valorar y comprender la ilicitud del hecho realizado (elemento intelectual), y tiene un poder de voluntad suficiente para adecuar su conducta al mandato normativo (elemento volitivo)⁹⁰. En conclusión, en base a lo antes citado, podemos señalar que la capacidad de culpabilidad exige la presencia de una serie de estructuras biopsicológicas, que difícilmente se puede encontrar en las personas jurídicas, con lo que no pueden ser consideradas sujetos imputables, y nunca podría concurrir en ellas responsabilidad penal alguna. La capacidad intelectual o volitiva imprescindible para predicar la culpabilidad de una persona, sólo se daría en las personas físicas que componen la persona jurídica, y únicamente aquéllas podrían ser responsables penalmente.

3.1.4.3. Incapacidad de pena de las personas jurídicas

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 esta de los elementos anteriores de acción y culpabilidad, no habría sustento para imponerle una pena. Puede ser negado únicamente si se rehúsa a la posibilidad de formular reproches

⁹⁰ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomás. *“Derecho Penal. Parte General”*. p. 487.

morales a las agrupaciones y si se niega además, que pueden ser los destinatarios de las normas jurídicas.

Una de las críticas que se les hace a los que dicen que si se le debe penar a la empresa es que la sanción repercutiría injustamente sobre los socios inocentes⁹¹, dando lugar también a la imposición de una doble sanción, violando así el principio de *ne bis in idem*.

Entre tanto en nuestro Código Penal el “*societas delinquere non potest*”, se hace notar cuando queda excluida implícitamente la responsabilidad penal de la persona jurídica por el artículo 27° ya que los responsables solo pueden ser los órganos de representación de una persona jurídica o el socio representante autorizado de una sociedad quedando estos como responsables a título de autores del delito, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este delito no concurren en él , pero si en la representada. Así en relación con el artículo 105° la consecuencia accesoria (considerada como medidas administrativas) que se apliquen depende de la punición al autor físico y como se sabe la complejidad de la persona jurídica no permite probar la responsabilidad y culpabilidad de la persona física.

Después de haber desarrollado brevemente el planteamiento del “*societas delinquere non potest*”, vemos que es una de las carencias para resolver satisfactoriamente los problemas de

⁹¹ EMRICO PALIERO, Carlos. *Problemas y respectivas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima, Editora Grijley, 1996, p. 61.

criminalidad que en la actualidad nos plantea la empresa por su enorme grado de complejidad. En cuanto a su organización lo podemos ver cuando la realización de una acción en la empresa es hecha por diferentes órganos representantes o miembros de ésta, así también la división de trabajo que se da en la empresa hace difícil que coincidan la acción ejecutiva inmediata, el poder de decisión y la información necesaria para ello generando un problema sustancial para la imputación jurídico penal.

Con respecto a esto SCHUNEMANN nos plantea que un Derecho Penal tradicional que ha sido desarrollado sobre las figuras de la marginalidad y de la miseria y por tanto sobre sucesos, en los que la acción ejecutiva inmediata, el poder de decisión y base de información para ello se pueden encontrar reunidas en principio en una persona, hoy difícilmente puede ajustarse a los contextos de acción y decisión colectivas en los que estos tres aspectos están personalmente separados⁹². En relación a esto HEINE⁹³ nos dice que la posibilidad de que solo un particular sea autor desaparece en las modernas formas de agrupación, en razón de la descentralización y el reparto funcional de las competencias.

⁹² SCHUNEMANN, Bernd. *La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea*. Lima, Editora San Marcos, 1996, p. 91.

⁹³ HEINE, Günter. “*La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales*”, *Anuario de Derecho Penal*. Visitado 14 de noviembre de 2014. https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_04.pdf

Con este planteamiento resaltamos la ineficiencia del “*societas delinquere non potest*” ya que está basada en un modelo de imputación de un injusto personal no llega a solucionar las nuevas demandas sociales referente a la criminalidad empresarial, tendremos que buscar soluciones novedosas para solucionar estas necesidades. Al decir de GRACIA MARTIN⁹⁴ este tipo de criminalidad con el Derecho Penal ha puesto en jaque casi todo los instrumentos dogmático tradicionales y desde luego la ha convertido en obsoleta a la parte general tradicional de nuestra disciplina en la medida en que los conceptos y estructuras desarrollados por las misma se proyectan solo a campos de la realidad social muy reducidos y en que, por ello mismo en principio, aquellos no pueden ofrecer ninguna respuesta segura de los problemas de imputación que plantea el Derecho Penal moderno.

Finalmente con respecto a este apartado los defensores de esta tesis parten de afirmar que la función de la pena es la prevención, por ende la imposición de penas a las personas jurídicas no puede tener efectos preventivos (generales o especiales), en virtud de que si la persona jurídica no tiene capacidad volitiva ni intelectual, no puede motivarse para actuar de acuerdo con la norma y tampoco puede resultar intimidada para no delinquir. En cuanto a la prevención

⁹⁴ GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y la expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. p.p. 87-88.

especial, no cabría apreciar ningún tipo de corrección, enmienda o arrepentimiento.

Se afirma, en este mismo sentido, que penando a la persona jurídica, se castiga de forma indistinta a sus miembros, tanto a aquellos que han conocido y querido el delito, como aquellos que no lo han conocido y/o querido, es decir, no en función de su culpabilidad, como es tradicional en el Derecho Penal; así por ejemplo se acuerda la clausura de la empresa, o la suspensión de sus actividades, no sólo se castiga a quienes han intervenido activa o pasivamente en el delito, sino también a los socios y trabajadores, que eran totalmente ajenos a la comisión de los delitos, máxime si se trata de una gran empresa o una multinacional. De esta forma, se haría responder a personas físicas por el hecho de otro, al no haber intervenido en la acción típicamente antijurídica.

En resumen he considerado de manera didáctica, en las líneas precedentes, los principales fundamentos que la doctrina penal mayoritaria, basándose en el principio “*societas delinquere non potest*”, expone en el sentido de negar categóricamente la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

3.2. Resultado jurisprudencial

3.2.1. Jurisprudencial Nacional

Las consecuencias accesorias se incorporaron a nuestro ordenamiento jurídico penal desde el año 1991 bajo la forma de sanciones a ser impuestas

al final del proceso, conjuntamente con las consecuencias jurídicas “principales” del delito, esto es la pena, la medida de seguridad y la reparación civil⁹⁵. Sin embargo, no fue objeto de regulación sistemática ni de discusión dogmática el problema relativo a la defensa de la persona jurídica durante el proceso sobre la que pesa la posibilidad de imponerle, al final del mismo, una consecuencia de las señaladas en el artículo 105° del Código Penal, por ejemplo la clausura o suspensión de actividad.

Otro de los aspectos que merece considerarse como antecedente nacional es que, salvo lo dispuesto en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente (Art. 314° del C.P.⁹⁶), no fue objeto de regulación sistemática la aplicación de las consecuencias accesorias a título cautelar. Esta suerte de vacío normativo se refleja también en la doctrina nacional que, salvo el profesor SAN MARTÍN CASTRO, nada ha dicho al respecto⁹⁷.

Ese hecho explica por qué en la jurisprudencia nacional no existen precedentes conocidos respecto a la aplicación de las consecuencias accesorias ni a título de sanción ni a título de medida cautelar, en este último caso en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente. En efecto, luego de un estudio de campo realizado, PRADO SALDARRIAGA nos da cuenta que con relación a las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas

⁹⁵ Salvo una referencia parcial al comiso en su artículo 46°, el C.P. de 1924 no reguló esta materia.

⁹⁶ Que dispone: “...el Juez Penal ordenará, como medida cautelar, la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura definitiva o temporal del establecimiento de que se trate de conformidad con el artículo 105°, inciso 1, sin perjuicio de lo que pueda ordenar la autoridad en materia ambiental...”.

⁹⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César. *La tutela cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito*. En: *Ius et veritas*, año XIII, 2002, N° 25, p. 310 y ss.

el principal problema encontrado es su falta total de aplicación por las instancias jurisdiccionales del país⁹⁸.

El Acuerdo Plenario N° 7/2009–CJ–116

La entrada en vigencia del Código Procesal Penal (en adelante CPP) en nuestro país motivó que la Corte Suprema promoviera la aplicación de las reglas procesales para la aplicación de las consecuencias accesorias, que como se sabe están reguladas en el artículo 90° y siguientes del CPP y sólo se aplican en aquellos distritos judiciales donde está ya vigente el nuevo ordenamiento normativo. Fue por ello que se emitió el Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116, del 13 de noviembre del 2013, cuyos principales postulados fueron los siguientes:

- La calidad de accesoria de las medidas establecidas en el artículo 105° CP deriva de un requisito o condición esencial que implícitamente exige la ley para su aplicación judicial, cual es la necesaria identificación y sanción penal de una persona natural como autora del hecho punible en el que también resulta conectada, por distintos y alternativos niveles de imputación un ente colectivo (F.J. 12°)
- Para la imposición de una consecuencia accesoria debe verificarse, en el caso concreto, cuando menos, lo siguiente:
 - i) Que se haya cometido un hecho punible o delito;

⁹⁸ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. Lima, Gaceta Jurídica, 2003, p. 188

- ii) Que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito, y,
 - iii) Que se haya condenado penalmente al autor, físico y específico del delito. (F.J. 14º)
- En tanto no existen reglas de determinación que orienten la aplicación judicial, se puede recurrir a los criterios establecidos en el artículo 110º del **Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal**, los cuales son:
 - a) Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas;
 - b) La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible;
 - c) La gravedad del hecho punible realizado;
 - d) La extensión del daño o peligro causado;
 - e) El beneficio económico obtenido con el delito;
 - f) La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible;
 - g) La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica; y,
 - h) La disolución de la persona jurídica se aplicará siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó sólo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas (F.J. 16º)
- Su aplicación judicial debe ceñirse al principio de proporcionalidad concreta o de prohibición del exceso. Se deberá evaluar en cada caso la necesidad especial de aplicar una consecuencia accesoria en los niveles de equidad cualitativa y cuantitativa. Es decir, el Juez puede, excepcionalmente, decidir omitir la aplicación de tales sanciones cuando

lo intrascendente del nivel de intervención e involucramiento del ente colectivo en el hecho punible o en su facilitación o encubrimiento, hagan notoriamente desproporcionada su imposición. (F.J. 17º)

Si bien es cierto, en este Acuerdo Plenario la Corte Suprema define y toma postura acerca de algunas cuestiones altamente polémicas en la dogmática penal acerca de las consecuencias accesorias, como por ejemplo, al definir la naturaleza jurídica de estas medidas y “...*calificar a las mismas como sanciones penales especiales...*”, sí debe destacarse el haber precisado los criterios antes referidos, inclusive los de orden puramente procesal, pues, ello le brinda mayores herramientas a jueces y fiscales para incentivar la aplicación de tales medidas aplicables a las personas jurídicas.

Que el Código Penal peruano reconozca la imposición de cierto tipo de responsabilidad *sui generis* en la persona jurídica no implica que aquella tenga una función real en el objetivo de lograr prevenir la criminalidad de empresa, los datos provenientes de la jurisprudencia así parecen reconocerlo.

En efecto, pese a que el CP peruano ha cumplido casi un cuarto de siglo de vigencia, las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica han sido aplicadas sólo en tres casos conocidos: Los de la Discoteca Utopía, América TV y Business Track⁹⁹.

⁹⁹ Nota singular en estos casos es que –con excepción del caso “América TV”– en todos ellos la imposición efectiva de la consecuencia accesoria de disolución resultó innecesaria pues los efectos reputacionales negativos del proceso penal determinaron que la muerte de la persona jurídica se produzca antes de la conclusión del proceso. En los EE.UU. similar situación se apreció en torno a la conocida empresa auditora Arthur Andersen LLP, a la que se le atribuía la destrucción de documentación de Enron Corporation, y que cesó operaciones (sin reabrir las nunca) pese a que la condena que sufrió fue revocada por la Suprema Corte (US. v. Andersen,

1. Caso “utopía”

En el caso Utopía (nombre de una Discoteca en la que se produjo un incendio en el cual murieron 29 personas) la imposición de la consecuencias accesoria de disolución de la persona jurídica careció de sentido en la medida que su imposición judicial tuvo lugar cuando los efectos reputacionales del incendio había llevado a un cese de actividades de la persona jurídica, por lo que la disolución decretada judicialmente careció de sentido frente a la disolución que de facto había operado.

Por ser académicamente importante conocer este fallo nos permitimos reproducir el considerando trigésimo que señala: “...*hemos de indicar que [la persona jurídica] tiene la condición de parte pasiva en el presente proceso, en la medida que los hechos punibles que se enjuician fueron cometidos en el ejercicio de la actividad de dicha persona...En supuestos como el descrito, nuestro Código Penal ha establecido varias consecuencias accesorias que son aplicables a las personas jurídicas; siendo ello así, y sin que ello implique violentar el principio *societas delinquere no potest* resulta pertinente aplicar la consecuencia establecida en el segundo numeral de la norma indicada...*”(Exp. 493-02, de fecha 30 de abril de 2004).

2. Caso “América TV”

En el caso América TV, la Segunda Sala Penal Especial (Sentencia del 08 de agosto de 2006) impuso consecuencias accesorias a dos personas

LLP); al respecto: PODGOR, Ellen & ISRAEL, Jerold. White collar crime in a nutshell, 4^o edición, West, Minnesota, 2009, p.p. 29/ 106-107.

jurídicas: La primera, la empresa “Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal 4”, por haber sido instrumentalizada por uno de sus ex directivos “*para cometer, para favorecer el delito de Peculado en grado de complicidad en agravio del Estado*”; la segunda, la empresa “La Planicie Properties S.A.”, persona jurídica que “no tenía otro propósito que facilitar la apropiación de caudales estatales por parte de José Enrique Crousillat López Torres”¹⁰⁰.

En este caso, se impuso a “*Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal 4*” una consecuencia accesoria poco trascendente y meramente declarativa, consistente en la: “*prohibición contemplada en el inciso cuarto de dicha norma: ‘Prohibición a la sociedad, (...) de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito’*”, con lo cual, señala la propia sentencia, dicha persona jurídica “queda permanentemente prohibida de concertar con algún funcionario público la entrega de su línea editorial a cambio de caudales estatales”¹⁰¹.

Respecto a la persona jurídica “La Planicie Properties S.A.” se señala:

“cúmplase con determinar, de ser el caso, la Consecuencia Accesoria aplicable, en vía de ejecución, luego de habilitar un estadio procesal a efectos de cautelar su derecho a la defensa”.

¹⁰⁰ Sentencia del 08 de agosto de 2006, Exp. N° 011-2001, p. 43.

¹⁰¹ Sentencia del 08 de agosto de 2006, Exp. N° 011-2001, p. 45.

Las cuestiones más trascendentes en torno a este caso giran alrededor de los derechos procesales de la persona jurídica y las reglas procedimentales a seguir para la imposición de consecuencias accesorias a la persona jurídica.

En este caso, se aprecia de la lectura del texto íntegro de la sentencia que Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima – Canal 4, tenía la condición procesal de tercero civilmente responsable, lo que lleva a inferir que su defensa técnica tenía por propósito rebatir dicha condición. El Tribunal Superior, reconociendo implícitamente que podían formularse objeciones en ese contexto, dedica un par de líneas de su escueta fundamentación a sostener que *“ésta –la persona jurídica Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro- ha intervenido en el presente proceso penal y ha ejercitado su defensa sin restricción alguna”*¹⁰². La posición del Tribunal Superior parece, así las cosas, articularse del modo siguiente: Si la persona jurídica ha sido emplazada dentro del proceso penal, no importan los alcances del emplazamiento, se entenderá que sus derechos procesales se han preservado.

Esta circunstancia última, vulneración del derecho de defensa (la persona jurídica había ejercido su derecho de defensa en relación a la responsabilidad civil *ex delicto* mas no de una posible consecuencia accesorias) determinó que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema del Perú anule la imposición de las consecuencias accesorias aplicadas a América TV (Recurso de Nulidad N° 3766-2006).

¹⁰² Sentencia del 08 de agosto de 2006, Exp. N° 011-2001, p. 43.

La complejidad de la persecución de delitos contra la administración pública vinculados a actos de corrupción generados por el régimen político de la década anterior, ha puesto en el tapete de la discusión este tema a través de cierta jurisprudencia nacional reciente que, pese a no ser uniforme, es del caso citarla por haber establecido algunas líneas orientadoras que son inclusive anteriores al propio C.P.P. de 2004.

En ese sentido por ejemplo la resolución de fecha 26 de febrero de 2002 que señala que *“...la persona jurídica cuyos funcionarios o dependientes hayan incurrido en delitos que la vinculen, es susceptible de ser afectada por tales medidas, al extremo incluso de ser clausurada, afectándose su desarrollo societario; sin embargo en el ordenamiento penal y procesal penal vigente, no se ha previsto la inclusión de dicha persona jurídica en el proceso. Pese a dicha falta de regulación expresa, y atendiendo al principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, contemplado en el inciso octavo del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, es del caso además cautelar el derecho de defensa de la persona jurídica que puede verse afectada con dichas medidas, así como en general su derecho al debido proceso, que comprende además su derecho a la pluralidad de instancia...y siendo ello así es pertinente que la persona jurídica sea comprendida en el proceso como parte pasiva en tanto es susceptible que pueda sufrir eventualmente dichas consecuencias accesorias, no siendo ello óbice para considerarla como Tercero Civilmente*

Responsable, por cuanto la naturaleza jurídica de dicha inclusión en el proceso como tal difiere de la antes citada...” (Exp. N° 25-2001)¹⁰³

3. Caso Business Track¹⁰⁴

Como se conoce, en este caso se condenó a varias personas a quienes se les acusó de haber cometido el delito de interceptación telefónica y de asociación ilícita para delinquir. La sentencia de primera instancia determinó que la empresa Business Track Sociedad Anónima Cerrada, “...es la persona jurídica debidamente constituida que sirvió al margen de las actividades lícitas que realizaba, de punto de referencia para que en torno de ellas se vinculen los acusados y adicionalmente realicen actividades delictivas, afines a las actividades lícitas que desarrollaba la persona jurídica. Demostrado está que los acusados realizaron su actividad delictiva teniendo como punto fundamental de apoyo o referencia a la persona jurídica (Business Track BTR) la que está directamente involucrada en estos hechos a través de la actividad, administración y organización que le imprimieron los acusados, favoreciendo y a la vez ocultando el proceder punible de los mismos, razones por las que se encuentra comprendido dentro de los alcances dogmáticos que prevé el artículo 105° del Código Penal...”

En base a dicha consideración el tribunal sentenciador dispuso la disolución de la empresa Business Track Sociedad Anónima Cerrada, debiendo anotarse este extremo en Registros Públicos, publicarse este en el

¹⁰³ Jurisprudencia también citada por ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Op. Cit. p. 475.

¹⁰⁴ Sentencia de fecha el 23 de marzo del año 2012, en el Exp. N° 99-09 (527-09), Segunda Sala Especializada en lo penal para reos en cárcel.

diario oficial y notificarse a la entidad correspondiente a fin de que proceda a la formalización de la liquidación con arreglo a ley¹⁰⁵.

Cuando dicha sentencia se impuso, no regían los criterios de imputación recientemente contenidos en el 305°-A del C.P., y por ello, en este caso no se desarrollan con precisión los criterios o factores que sirven para la determinación e imposición de la más grave sanción o consecuencia accesoria. No obstante ello, es de destacar la explicación de su legitimidad y utilidad basada en consideraciones básicamente preventivas que justificaron su aplicación en este tan sonado caso.

Ahora bien, en lo que respecta a las reglas procesales seguidas para imponer dicha sanción no deja de llamar la atención que no se hubiera comprendido previamente a la persona jurídica empresa Business Track Sociedad Anónima Cerrada, como parte procesal. De la lectura de la sentencia se puede observar que dicha empresa sí fue comprendida como tercero civilmente responsable¹⁰⁶, sin embargo, nunca lo fue como sujeto pasivo para efectos de la imposición de las consecuencias accesorias. También puede observarse que en la acusación fiscal, conjuntamente con la pena se solicitó la imposición de la consecuencia accesoria contenida en el artículo 105°.2 (disolución y liquidación de la sociedad), pero, una analogía rigurosa de las reglas del debido proceso aplicables a la persona jurídica nos permitiría afirmar que en este caso se acusó y condenó a quien no tenía condición de

¹⁰⁵ Sentencia confirmada por la Sala Penal Permanente en el R.N. N° 1317-2012, Lima, 01 de setiembre del 2012 que resolvió: NO HABER NULIDAD, en el extremo de la sentencia que: DISPONE: la disolución de la Empresa Business Track S.A.C.

¹⁰⁶ En resolución del juez de instrucción de fecha 25 de marzo del año 2009, ver página 7 de la sentencia.

parte procesal o imputado durante el proceso. No debe olvidarse que la responsabilidad civil que asume el tercero solidario es de muy distinta naturaleza a la responsabilidad penal que puede también incidir en la misma persona moral.

3.3. Resultado normativo

3.3.1. Las Consecuencias Accesorias en el Código Penal peruano

Nuestro precepto legal incorporó sanciones aplicables a las personas jurídicas y las denominó consecuencias accesorias. Con esta decisión político – criminal la legislación nacional procuraba un inédito nivel de respuesta punitiva frente a aquellos delitos donde resultase involucrada una persona jurídica. Luego de más de catorce años de vigencia del CPP no hemos conocido muchos casos en los que se haya discutido la incorporación de una persona jurídica como sujeto pasivo para la imposición de consecuencias accesorias¹⁰⁷ –específicamente las contenidas en el artículo 105° del C.P.– aún es incipiente, y ya se han producido hasta tres modificaciones

¹⁰⁷ En un reciente caso (Exp. N° 00268-2012-2-1826-JR-PE-02), la Fiscalía Especializada solicitó comprender a la empresa MANASA como sujeto pasivo a fin de imponerse las medidas previstas en los artículos 104° y 105° del CP. El Juez de la investigación preparatoria decidió: 1. Declarar fundada en parte la solicitud de incorporación de la persona jurídica denominada MANASA y en consecuencia incorporarla a efectos de la posible imposición de las consecuencias previstas en el artículo 104° del CP; y, 2. Declarar infundada la solicitud de incorporación de la persona jurídica denominada MANASA y en consecuencia no la incorpora a efectos de la imposición de las consecuencias previstas en el artículo 105° del CP (Resolución de fecha 12 de setiembre de 2013 emitida por el 2° Juzgado de Investigación Preparatoria de Lima). Cabe señalar que el segundo extremo de la decisión, el referido a la imposición de las consecuencias previstas en el artículo 105° del CP no fue impugnado, teniendo la calidad de firme.

normativas⁽¹⁰⁸⁾⁽¹⁰⁹⁾ (todas referidas a cuestiones de derecho penal material). Es por ello necesario insistir en precisar cuáles son los presupuestos de orden procesal que deben cumplirse a fin de una legítima imposición, en la sentencia, de las referidas sanciones.

3.3.2. Medidas aplicables a las personas jurídicas

El Código Penal de 1991 acogiendo el modelo previsto en la Propuesta de Anteproyecto de CP español de 1983, establece en el **artículo 105°**, incardinado en el Capítulo II («Consecuencias Accesorias») del Título VI («De la Reparación civil y consecuencias accesorias») de la Parte General, la posibilidad de que el Juez imponga una o varias medidas a la persona jurídica si el «hecho punible» se cometió en ejercicio de su actividad, o cuando su organización permitió favorecerlo o encubrirlo, comprende las medidas aplicables a las personas jurídicas:

¹⁰⁸ En realidad la primera modificación referida a las consecuencias accesorias fue la que se produjo a través de la Ley N° 27270, Ley contra actos de discriminación, del 26 de mayo del año 2000, cuyo artículo 3° establecía que “...el Juez podrá aplicar la clausura temporal a que se refiere el artículo 105 del CP en los casos del delito tipificado en el artículo 323° por el término que sumado a la sanción administrativa no exceda de 5 años...”.

¹⁰⁹ **Decreto Legislativo N° 1106** - Fue dado en el contexto de la lucha contra el Lavado de activos, Minería ilegal y Criminalidad organizada que el legislador formuló otra modificación a la institución pero claro, sólo para este ámbito específico. Según esta otra norma, en los supuestos de lavado de activos¹⁰⁹ el Juez - también con carácter imperativo - debía aplicar dichas medidas “...según la gravedad y naturaleza de los hechos o la relevancia de la intervención en el hecho punible...”.

Adicionalmente a las medidas ya contenidas en el 105° del CP, se añadieron las de multa, con un valor no menor de cincuenta ni mayor de trescientas UIT. Asimismo, se incorporó la medida de cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales. Ha pasado poco más de un año desde que dicho régimen está vigente en todo el país y lo cierto es que no se conoce aún caso por delito de lavado de activos en el que se hubiera impuesto en sentencia condenatoria alguna de estas sanciones como consecuencias accesorias previstas en el artículo 105° del CP o las medidas preventivas del artículo 313° del CPP a las personas jurídicas, por lo menos no hay sentencia o jurisprudencia relevante en alguna publicación académica o portal oficial del Poder Judicial.

i) Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o

definitivo: Es decir, regula sanciones que afectan el funcionamiento de los ambientes físicos e inmuebles en los cuales la persona jurídica realiza sus actividades organizacionales y operativas. Cuando la clausura sea temporal no puede durar más de cinco años. Es importante precisar que para que proceda esta medida el local o establecimiento tiene que haber servido para la comisión, favorecimiento, facilitación o encubrimiento del delito¹¹⁰.

ii) Disolución y liquidación de la persona jurídica: Es la sanción más

grave que se podría imponer a un ente colectivo¹¹¹. Por tanto, la disolución debe de quedar reservada, entre otros casos, para aquellos donde la propia constitución, existencia y operatividad de la persona jurídica, la conectan siempre con hechos punibles, situación que generalmente ocurre con las denominadas personas jurídicas de fachada o de papel. En estas empíricamente se ha detectado no un defecto de organización sino un evidente defecto de origen de la organización. Pero, también, cabe disponer la disolución de la persona jurídica, en supuestos donde se identifique una alta probabilidad de que aquella vuelva a involucrarse en delitos o peligrosidad objetiva de la persona moral.

iii) Suspensión de las actividades de la persona jurídica: Esta sanción sólo

puede ser impuesta con carácter temporal y sin exceder a dos años. La

¹¹⁰ CASTILLO ALVA, José Luis. *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*. Lima, Editorial Idemsa, 2001, p.p. 310 y 311.

¹¹¹ HURTADO POZO, José. *Personas jurídicas y responsabilidad penal*. En: *Anuario de Derecho Penal 1996*. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. p. 148. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: Obra citada, p.p. 488 - 499.

suspensión de actividades puede ser total o parcial. Sin embargo, ella, en su opción parcial, deberá recaer solamente sobre aquellas actividades estratégicas u operativas específicas que se relacionaron con el delito cometido o con su modus operandi y efectos¹¹². La suspensión total deberá justificarse por la absoluta naturaleza ilícita del quehacer ejercido por la persona jurídica.

iv) Prohibición de realizar actividades futuras de aquellas que involucraron a la persona jurídica con la comisión, favorecimiento o encubrimiento de un hecho punible: Esta modalidad de consecuencia accesoria puede ser temporal o definitiva. En el primer caso la prohibición no puede extenderse más allá de cinco años. Con esta sanción se afecta la operatividad posterior al delito del ente colectivo. Tiene, pues, un claro sentido de inhabilitación para su desempeño futuro. No obstante, el alcance de esta sanción es limitado y especial, pues no puede extenderse hacia otras actividades no vinculadas con el delito.

A nivel de la legislación penal secundaria (leyes especiales) se reconocen algunas otras consecuencias accesorias que resultan aplicables exclusivamente en los escenarios legislativos que regulan específicamente.

Así, el artículo 17° de la Ley Penal Tributaria reconoce como una de las medidas aplicables la de cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas concedidas a la persona jurídica; en el mismo sentido, el artículo 11° de la Ley de los delitos aduaneros y el artículo 8° del

¹¹² ESPINOZA GOYENA, Julio César. *La persona jurídica en el nuevo proceso penal*. En: El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales, Lima, Editorial Palestra, 2005, p. 329.

Decreto Legislativo N° 1106 (de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado) introducen el mismo tipo de consecuencia accesoria aunque precisando que la cancelación de licencias comprende las licencias municipales. Por su parte, el mismo artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1106 (de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado) introduce la multa no menor de cincuenta ni mayor de 300 unidades impositivas tributarias como consecuencia accesoria.

Estas medidas, conforme establece el propio artículo 105° del C.P., y la legislación penal secundaria que las reconocen, pueden ser dispuestas alternativa o copulativamente. Como se aprecia, estamos frente a un catálogo bastante variado de medidas que tienen diversos efectos sobre la persona jurídica; algunas tienen carácter temporal (como la suspensión de actividades) y otras tienen carácter definitivo (como la disolución).

El Decreto Legislativo N° 982⁽¹¹³⁾

Es pertinente tener en cuenta que el art. 105 del C.P., que fue modificado por el Decreto Legislativo N° 982. Esta norma incorporó una primera modificación al texto originario del citado precepto, dictada a propósito de diversos cambios efectuados a la legislación penal en el gobierno anterior. La principal nota de cambio introducida en la regulación de las consecuencias accesorias consistió en acuñar su carácter imperativo, en la medida que se verifiquen sus presupuestos materiales. En efecto, esta nueva

¹¹³ Publicado el 22 de julio del año 2007

norma estableció que “...*el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas...*”, sustituyendo así el texto originario del Código Penal de 1991 cuya prescripción era explícitamente facultativa.

Es evidente que el legislador tuvo el propósito de alentar o promover la aplicación de las consecuencias accesorias en la jurisprudencia nacional, pues, como se sabe, en los años anteriores fueron muy pocos los casos en los que se impuso alguna de ellas. Sin embargo, en nada o en casi nada cambió la situación de apatía de los operadores, pues, salvo el caso América Televisión, no se conoció algún otro caso relevante con sentencia firme de la Corte Suprema¹¹⁴.

El segundo aspecto que fue objeto de modificación fue el referido a la protección del interés de quienes, sin tener algún tipo de vinculación con la actividad ilícita de las personas naturales o de la persona jurídica, resultaren afectados por la imposición de medidas como la disolución. Esta norma establece entonces que la intervención de la persona jurídica debe ser dispuesta por el Juez “...*para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un período de dos años...*”.

La otra de las adiciones que se hizo a la norma en esta oportunidad fue el párrafo *in fine* del 105° del C.P., cuyo tenor establece que “...*el cambio de la razón social, la persona jurídica o la reorganización societaria, no*

¹¹⁴ Ejecutoria recaída en el R. N. N° 3766-2006 del 14 de diciembre de 2006, emitida por la Primera Sala Penal Transitoria, Caso América Televisión – José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres.

impedirá la imposición de estas medidas... ”. No deja de llamar la atención que este agregado a la norma haya tenido como base una inquietud puramente abstracta del legislador y no alguna cuestión aplicativa concreta, pues, como se sabe hasta antes de esta ley, casi no existían procesos penales en que se hubiera presentado algún problema relativo al cambio de denominación o tipo de sociedad; sin embargo, el artículo 105° del C.P., (en su texto original) ni las leyes penales especiales fijaron reglas para la determinación de las consecuencias accesorias.

Por ese motivo, con la finalidad de hacer practicable las consecuencias accesorias, el Acuerdo Plenario N° 7/ 2009 introdujo la posibilidad de recurrir al contenido del **artículo 110⁽¹¹⁵⁾ del Anteproyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal de la Comisión Especial Revisora creada por Ley N° 29153⁽¹¹⁶⁾.**

En ese contexto, el mencionado Acuerdo Plenario señaló que los factores a ser tomados en consideración para la determinación del tipo de consecuencias accesorias son: **(i)** la modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho; **(ii)** la gravedad del hecho punible realizado; **(iii)** la extensión del daño o peligro causado; **(iv)** el beneficio económico obtenido con el delito; **(v)** la reparación espontánea de

¹¹⁵ Artículo que regula las reglas de determinación que orientan su aplicación judicial en todo proceso de determinación judicial en la que deban imponerse. En tanto en cuanto a sus postulados son impicantes con los establecidos por el vigente CP y constituyen reglas de desarrollo plenamente derivadas desde los principios de lesividad, proporcionalidad y prevención incorporados positivamente en Título Preliminar del Código Penal. Por tanto, corresponde utilizarlos en todo proceso de determinación judicial, cualitativa y cuantitativa, de las consecuencias accesorias que deban imponerse en cada caso concreto.

¹¹⁶ Ley que crea una nueva comisión revisora del Código Penal.

las consecuencias dañosas del hecho punible; (vi) la finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica. Asimismo se establece como condicionante para la aplicación de la medida de disolución de la persona jurídica que “resulte evidente que ella fue constituida y operó sólo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas”.

3.3.3. Criterios para la determinación de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas

El Acuerdo Plenario N° 7/ 2009 ha tenido significativo impacto legislativo, lo que explica que sus contenidos¹¹⁷ hayan sido reproducidos casi en extenso en el texto del recientemente incorporado **artículo 105-A° del CP** por la **Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30077⁽¹¹⁸⁾**, publicada el 20 de agosto de 2013 y vigente desde el 1 de julio del 2014. Dicho artículo, además de insistir en la exigencia de motivación de la decisión, establece que para la imposición de consecuencias accesorias sobre la persona jurídica debe prestarse interés, como criterios de “fundamentación” y “determinación”, según corresponda:

- i)** Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas;
- ii)** La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible;
- iii)** La gravedad del hecho punible realizado;

¹¹⁷ Derivados, como se dijo anteriormente, del artículo 110° del Anteproyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal de la Comisión Especial Revisora creada por Ley N° 29153.

¹¹⁸ Ley contra el Crimen Organizado.

- iv) La extensión del daño o peligro causado;
- v) El beneficio económico obtenido con el delito;
- vi) La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible;
- vii) La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.

Se establece, de modo similar a lo previsto en el Acuerdo Plenario, una cláusula restrictiva para la imposición de la medida de disolución de la persona jurídica, consistente en la evidencia de que la persona jurídica “fue constituida y operó habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas”.

3.3.4. Condiciones procesales para la imposición de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas

Al respecto, el Nuevo Código Procesal Penal (en adelante 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. 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 conciernen.

En el NCPP las normas relativas a la persona jurídica y a su rol en el proceso penal se encuentran comprendidas entre los artículos 90° – 93°. Cada una de estas normas legisla aspectos específicos vinculados con la capacidad procesal, los derechos y garantías reconocidos a las personas jurídicas, así como sobre la actividad procesal que estas pueden desplegar.

Sobre esta cuestión se pueden reconocer dos escenarios dependiendo del Distrito Judicial en que se desarrolle el proceso penal:

Si el proceso penal se desarrolla en un Distrito Judicial donde se encuentra vigente el CPP se deberán observar las pautas establecidas por los artículos 90° a 93° del referido texto legal; si el proceso penal se desarrolla en un Distrito Judicial donde aún se encuentra vigente el Código de Procedimientos Penales (en adelante CdPP), las pautas que deben ser observadas son aquellas propuestas por el Acuerdo Plenario N° 7/2009 que adopta los postulados del NCPP al CdPP.

1. Incorporación de la persona jurídica como sujeto pasivo.-

Solo puede imponerse consecuencias accesorias a personas jurídicas emplazadas e incorporadas en el proceso: Esta regla, propuesta por el artículo 90° del NCPP, tiene como propósito garantizar que la persona jurídica tenga conocimiento de los cargos que se le formulan y pueda, a partir de dicho conocimiento, ejercer a plenitud su derecho de defensa.

El emplazamiento fiscal, según señala el Acuerdo Plenario N° 7/2009, debe contener la descripción de la cadena de atribución, es decir, debe precisar cómo se conecta la persona jurídica con los actos de facilitación, favorecimiento o encubrimiento del hecho punible.

2. Oportunidad y trámite.-

Titularidad del Ministerio Público

La incorporación de la persona jurídica en el proceso penal sólo es posible a instancia de parte: De esta regla pueden extraerse una serie de consecuencias. La primera es la imposibilidad de que el Juez pueda, de oficio, incorporar en el proceso a una persona jurídica; la segunda, es que solo el Ministerio Público puede requerir que una persona jurídica sea emplazada e incorporada al proceso.

La incorporación de la persona jurídica en el proceso penal solo puede producirse durante la investigación preparatoria: El artículo 91° del NCPP establece la oportunidad en que puede formularse el requerimiento fiscal de incorporación de una persona jurídica en el proceso penal; en ese sentido, se señala con claridad que el requerimiento fiscal de incorporación procesal de la persona jurídica se puede formular una vez que se ha cumplido con comunicar al Juez de Investigación Preparatoria que se ha formalizado investigación preparatoria y antes de que concluya la investigación preparatoria.

La solicitud de fiscal deberá contener: la identificación de la persona jurídica (razón social, naturaleza, etc.), el domicilio de la persona jurídica

(sede matriz o filiales), la relación sucinta de los hechos en que se funda el petitorio y la fundamentación legal correspondiente.

3. Designación de apoderado judicial.-

El procedimiento de incorporación procesal de la persona jurídica no es inaudita parte: El procedimiento de incorporación de la persona jurídica en el proceso penal debe realizarse con la intervención activa de la defensa técnica de la persona jurídica.

La representación procesal de la persona jurídica no puede recaer sobre el imputado: La persona jurídica incorporada como imputada en el proceso penal debe actuar a través de un apoderado judicial que debe ser necesariamente persona distinta al imputado en el proceso penal.

Si la persona jurídica no designa un apoderado judicial (art. 92 del NCPP) en el plazo de cinco días este será designado por el Juez. Será a través del apoderado judicial que la persona jurídica podrá ejercer sus derechos procesales.

4. Derechos y garantías.-

La persona jurídica incorporada en el proceso penal tiene todos los derechos y garantías del imputado (Art. 93 del NCPP): Una vez producida la incorporación formal de la persona jurídica en el proceso penal adopta una posición análoga a la que ostenta el imputado y, por ende, le corresponden todos los derechos y garantías reconocidos a favor de éste. En ese contexto, cabe recordar que el Acuerdo Plenario N° 7/ 2009 pone énfasis en la

necesidad de garantizar que la persona jurídica, dentro del proceso penal, pueda ejercer a plenitud el derecho al debido proceso, a la tutela jurisdiccional efectiva, a la defensa procesal y presunción de inocencia, a la posibilidad de contradicción procesal, a la impugnación dentro de la ley de toda resolución que la cause gravamen, etc.

El apartado 2 del artículo 93° NCPP regula una situación especial de contumacia o rebeldía de la persona jurídica procesada la cual, sin embargo, en ningún caso, puede generar que se afecte o suspenda la continuación del proceso.

3.4.5. Aplicación supletoria de criterios operativos del proceso civil al proceso penal

La vigencia escalonada del NCPP en el país, como se ha destacado, limita la utilidad de las normas procesales alusivas a la persona jurídica y, por ende, dificulta la aplicación judicial de las consecuencias accesorias en muchos Distritos Judiciales. Por tal razón y tomando en cuenta las reglas y el procedimiento fijado por aquel para dicha finalidad, corresponde postular un conjunto de criterios operativos en aplicación directa de los principios procesales de contradicción, igualdad de armas y acusatorio, conforme a lo dispuesto, en lo pertinente en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al proceso penal, a cuyo efecto se tendrá en consideración, en cuanto sea legalmente compatible con la estructura del CdPP, los siguientes criterios operativos, inspirados en el NCPP:

- El Fiscal Provincial ha de incluir en su denuncia formalizada o en un requerimiento fundamentado en el curso de la etapa de instrucción a las personas jurídicas involucradas en el hecho punible imputado, incorporando en lo procedente los datos y contenidos a que alude el artículo 91°.1 NCPP, necesarios para su identificación y el juicio de imputación correspondiente a cargo del Juez Penal.
- La persona jurídica denunciada ha de ser comprendida en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio o complementario en condición de sujeto pasivo imputado. En esta resolución, que deberá notificársele a la citada persona jurídica, el Juez Penal dispondrá que ella designe un apoderado judicial en iguales términos que los referidos en el artículo 92° NCPP.
- La persona jurídica procesada tiene, en lo pertinente, los mismos derechos y garantías que la ley vigente concede a la persona del imputado durante la instrucción y el juicio oral.
- La acusación fiscal, si correspondiere, debe pronunciarse específicamente acerca de la responsabilidad de la persona jurídica. En su caso, solicitará motivadamente la aplicación específica de las consecuencias accesorias que corresponda aplicar a la persona jurídica por su vinculación con el hecho punible cometido. En todo caso, corresponderá al órgano jurisdiccional el control de la acusación fiscal en orden a la intervención en el juicio oral de la persona jurídica.
- La persona jurídica deberá ser emplazada con el auto de enjuiciamiento, pero su inasistencia no impide la continuación del juicio oral. El Juez o

Sala Penal competente, de ser el caso, impondrá la consecuencia accesoria que resulte pertinente al caso con la debida fundamentación o la absolverá de los cargos. Rige en estos casos el principio acusatorio y el principio de congruencia procesal o correlación.

3.3.5. Las Consecuencias Accesorias en el Derecho comparado

Vamos a ver cómo se abordan las consecuencias accesorias en el Derecho Comparado:

En España

El Código Penal de España, en el Título VI, de 1995 en su artículo 129º incorporó una serie de consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas estableciendo en dicho cuerpo normativo algunas pautas de procedimiento para su imposición. Así por ejemplo, señala que las consecuencias accesorias se adoptarán, en todo caso, “previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales”, debiendo entenderse en este caso que la expresión “titulares” debe referirse a los accionistas o titulares de participaciones, mientras que la de representantes legales a los órganos de la persona jurídica.

Asimismo, se precisa que la aplicación de estas consecuencias tienen un carácter facultativo pues utiliza la expresión “podrá”, la misma que en doctrina española autorizada se debe entender en el sentido de que dicha aplicación será posible siempre y cuando se den los presupuestos que fundamentan las mismas, a saber: la peligrosidad objetiva de la persona

jurídica o agrupación, basada en un defecto de organización que facilita la comisión de delitos.

Sin embargo, el dato más interesante que contiene el Código Penal español, en punto al tema que tratamos, es que el artículo 129. 2 establece que la clausura temporal de una empresa, sus locales o establecimientos (prevista en el 129.1.a.) así como la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación (prevista en el 129.1.c), “*podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.*”, es decir, a título de medida cautelar.

Un dato importante es que, en cuanto a las premisas para su adopción, –como medidas cautelares– nada establece ni el Código Penal ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española. A pesar de la gravedad de estas medidas, el legislador no ha establecido un procedimiento específico para su aplicación ni se ha remitido a alguno de los vigentes. De allí que voces autorizadas en doctrina procesal española, como la de GIMENO SENDRA, han llamado la atención respecto a la conveniencia de incluir en el futuro Código Procesal Penal español una regulación exhaustiva de sus presupuestos y requisitos para su adopción, así como del procedimiento, que ha de ser respetuoso con las garantías de la Constitución¹¹⁹.

No obstante ello, señala MORENO CATENA, parece imprescindible respetar como presupuesto una apariencia de buen derecho para acordarlas, el *fumus boni juris*, es decir que aparezcan indicios suficientes de la actividad

¹¹⁹ GIMENO SENDRA, Vicente. en el prólogo a Echarri Casi, Op cit. p. 21

delictiva en los establecimientos o por las sociedades o empresas; asimismo, en lo que respecta al *periculum in mora*, al tratarse de medidas satisfactivas o anticipatorias será necesario que el Juez pondere la incidencia de la clausura o la suspensión de actividades en orden a prevenir la actividad delictiva y los efectos de la misma¹²⁰.

De esta manera, es del caso afirmar respecto a este punto que, luego de una búsqueda detenida, este vacío normativo existente en la legislación española se ve reflejado también en la escasa jurisprudencia, tanto la referida a la aplicación de las consecuencias accesorias como sanción jurídico - penal, como a título de medida cautelar. A esta constatación llega también ZÚÑIGA RODRÍGUEZ al comentar que en la base de datos de Aranzadi se dispone de sólo dos resoluciones que aplican las nuevas consecuencias accesorias¹²¹. Hemos revisado ambas y ninguna de ellas las aplica a título de medida cautelar. En esa misma línea, SILVA SÁNCHEZ¹²² cuando indica que la conclusión que resulta de estas resoluciones es la extrema dificultad de la adopción cautelar de las consecuencias accesorias, superior todavía a la ya sería dificultad que entraña la adopción de las mismas en la sentencia¹²³.

En tanto, la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio de 2010 (LO 5/2010) regula por primera vez en el Código Penal español, la responsabilidad penal

¹²⁰ MORENO CATENA, Víctor. *Derecho Procesal Penal* Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 308

¹²¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Op. Cit. p. 475

¹²² SILVA SÁNCHEZ. Op. Cit. p.358.

¹²³ Sobre la escasa aplicación jurisprudencial de las consecuencias accesorias en el derecho español ver: TAMARIT SUMILLA, Joseph, Las consecuencias accesorias del artículo 129 del código penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al profesor doctor Don José CEREZO MIR.

de personas jurídicas por delitos cometidos en su nombre por sus representantes, administradores, empleados y trabajadores contratados. La ley fue ampliada por la Ley Orgánica 7/2012 de 27 de diciembre de 2012 (LO 7/2012). Originalmente el Código Penal limitaba esta regulación, no aplicándose, por ejemplo, al Estado, administraciones públicas territoriales e institucionales, partidos políticos y sindicatos, organizaciones de derecho público internacional, o a cualquier otros que ejercieran poderes públicos de soberanía, administración, o en el caso de sociedades mercantiles del Estado que implementaran políticas públicas o prestaran servicios de interés económico general

Las sanciones que contempla son la multa, la disolución, la suspensión de actividades por hasta cinco años, la clausura de locales por hasta cinco años, la prohibición de actividades por hasta quince años o definitiva, la intervención judicial y la inhabilitación por hasta quince años para obtener subvenciones y ayudas, contratar con la administración pública y acceder a beneficios fiscales.

Como se podrá inferir de la prescripción normativa precedente, en España sí existe la figura de las consecuencias accesorias. Pero su aplicación o ejecución en casos concretos exige una debida motivación. Puede ser esta una medida cautelar o también contener en la sentencia final.

De la prescripción normativa, se tiene que hay amplia libertad del Juez para determinar e imponer las consecuencias accesorias. Probablemente la crítica que hay que realizar a esta forma de prescripción normativa, sería que

vulneraría el Principio de Legalidad; pues la indeterminación podría generar decisiones arbitrarias. En todo caso, con la normativa peruana sobre las consecuencias accesorias, solo hay una similitud lejana.

En Chile

En el Código Penal de Chile, no se encuentra establecido en forma expresa las consecuencias accesorias; sin embargo, mediante una ley especial, se ha determinado una precisión al respecto; es más, cuando se trata de la persecución penal al delito de Lavado de Activos.

Mediante Ley N° 20393, del año 2009 prevé la responsabilidad penal de la persona jurídica, con atención al Lavado de dinero, al Financiamiento del terrorismo y a los Cohechos de naturaleza doméstica, extrajera e internacional; en todo caso aplica en contra de personas jurídicas privadas y del Estado que no constituyan asociación ilícita.

Conforme a sus estipulaciones, puede existir intervención omisiva en el delito de la persona natural por el incumplimiento de deberes de dirección y de supervisión, lo cual puede constituir un presupuesto para la responsabilidad de la persona jurídica, por lo que en este punto también se apoya en el principio funcionalista.

De igual forma, existe autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica con relación a la persona física, por lo que no requiere condena de ésta o su identificación exacta, siempre que se pruebe que pertenece al círculo relevante.

Como obligación para la persona jurídica, contempla un modelo de prevención del delito con la designación de una persona que hace las veces de *compliance officer*, por cuya plena autonomía observa e identifica riesgos conforme al protocolo previamente establecido, lo que acompaña con sistemas de auditoría y sanción interna.

Las principales penas que prevé son la disolución, la prohibición de contratar públicamente, la pérdida de beneficios fiscales y la multa.

Ahora bien, analizado la situación legal sobre la responsabilidad de la persona jurídica en dicho país, encontramos que existe cierta similitud con la prescripción normativa peruana sobre las consecuencias accesorias. Aunque también existe mejor precisión procesal cuando se trata de la ejecución de la consecuencia accesoria con posterioridad a la mención en la sentencia.

En la legislación chilena, existe consciencia de la peligrosidad de las personas jurídicas en la realización de la criminalidad, en consecuencia, se han visto obligados a reglarla, precisando sus alcances y aplicación.

Las consecuencias accesorias son desde las más leves hasta las más lesivas a las personas jurídicas: La disolución. Pero hay una diferencia sustancial con el modelo peruano: De comprobarse la actividad criminal de la persona jurídica, queda limitado o enervado el derecho de contratar con el Estado. Considero que esta es lo más saltante, pues en nuestro país, a pesar de acreditarse la actuación criminal de la persona jurídica, continúa contratando con el Estado.

En Alemania

El Código Penal alemán no contempla la posibilidad de atribuir una responsabilidad criminal a la persona jurídica.

En este caso, cuando en el seno de una sociedad se comete un ilícito, siempre que la acción haya sido efectuada por un órgano con poder de representación, miembro de dirección o como socio de una sociedad mercantil y que por medio de ese delito o acción la persona jurídica se hubiese podido enriquecer, conforme al parágrafo 30 de la denominada *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, abreviada como OWiG¹²⁴, se responde mediante una sanción administrativa, bajo la denominación de *Geldbuss*. Respetando así el principio de *última ratio* del Derecho penal como límite esencial al poder punitivo del Estado, según el cual, el Derecho Penal debe ser el último instrumento al que recurrir para proteger determinados bienes jurídicos. Siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas, si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso.

El ordenamiento jurídico alemán estima que una responsabilidad penal de las personas jurídicas atentaría contra el principio de culpabilidad, al entender que la persona jurídica no responde por un hecho propio, sino de un

¹²⁴ Se trata de una Ley Federal, aplicable a todos los Estados federados alemanes, en la que se recoge el sistema de procedimientos administrativos sancionadores, si bien, las infracciones y sanciones concretas, deben tipificarse, siguiendo el principio de *nulla poena sine lege*, citado en alemán como *Keine Ahndung ohne Gesetz*, en los términos de la sección 3 OWiG por las leyes sustantivas, aprobadas y en vigor antes de la comisión de los hechos. Puede consultarse su versión inglesa en www.gesetzeiminternet.de/englisch_owig/index.html 12

tercero, de manera que desde planteamientos constitucionales, a la sociedad no puede imponérsele una sanción penal, al tratarse de una responsabilidad objetiva.

Según el sistema germánico, la persona jurídica delega su poder de actuación en sus órganos o representantes, por cuanto son ellos quienes pueden ser sancionados penalmente y quienes deben cumplir los elementos del tipo penal. Si bien cuando quien actúa dentro del ámbito de representación de la persona jurídica no reúne los elementos personales requeridos por el tipo, se aplica la figura del *actuar en nombre de otro*, para vincular penalmente a la persona jurídica, así lo establece el parágrafo 14 del Código Penal Alemán (StGB). Sin embargo, en la actualidad el debate en torno a este asunto está abierto y no faltan autores que abogan por la introducción del modelo de imputación penal para las personas jurídicas.

En Italia

En el ordenamiento jurídico italiano fue introducida la responsabilidad de las personas jurídicas mediante el Decreto Legislativo N° 231/2001 de 8 de junio (D.L. 231/2001).

Sin embargo, lo hizo desde una perspectiva ciertamente diferente a la nuestra y que recuerda al sistema español que regía hasta 2010, previo a la reforma: el citado Decreto italiano habla de responsabilidad administrativa derivada de delitos.

Evitando así la confrontación conceptual con el art. 27.1 de la Constitución italiana de 1948 que dispuso que *la responsabilidad penal es*

personal, lo que ha sido interpretado a nivel constitucional como un equivalente del principio *societas delinquere non potest*. Los juzgados penales tienen atribuida la competencia para juzgar los actos cometidos por personas jurídicas, sin embargo las penas aplicables son de naturaleza exclusivamente administrativa.

En Francia

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra reconocida en el ordenamiento jurídico francés desde el año 1993, con un modelo muy similar al español y prácticamente idéntico al de otros países Europeos, como Bélgica, Finlandia o Dinamarca. Al igual que en estos países, en Francia, las personas jurídicas solamente pueden responder penalmente por los delitos establecidos en el Código Penal expresamente.

Sin embargo, existe una diferencia importante respecto al sistema español: en Francia no se puede condenar a una persona jurídica por un hecho ilícito cometido por un subordinado.

En cuanto a las penas aplicables, el sistema sí es muy similar al español, pena de multa, si bien, con un máximo del quintuplo de lo previsto para las personas físicas por la ley que castigue la infracción, art. 131-38 CP francés, más otras penas, que pueden imponerse cuando así se prevea expresamente.

Y al igual que en España, se contemplan también las siguientes sanciones: poner a la entidad bajo vigilancia judicial, prohibición de que hacer llamamiento público al ahorro, prohibición de emitir cheques, comiso del

instrumento con el que se haya cometido la infracción y la publicación de la resolución sancionadora adoptada.

Siguiendo con los símiles con el sistema jurídico español, el próximo mes de junio entrará en vigor la Ley popularmente conocida como *Sapin II*, en la cual se ha establecido la obligación de tener activado un programa de *Compliance* con el fin de contribuir a la prevención de los delitos de corrupción y tráfico de influencias para las empresas que reúnan las siguientes características:

1. Contar con más de 500 trabajadores (o pertenecer a un grupo de empresas cuya matriz tenga su sede en Francia y cuya plantilla incluya al menos 500 empleados).
2. Tener una facturación superior a 100 millones de euros.

Estos programas incluyen la obligación de establecer los siguientes elementos:

1. Un Código de Conducta, 2. Un Canal Interno de Denuncias, 3. Un Mapa de Riesgos, 4. Varios procedimientos de evaluación de clientes, proveedores e intermediarios, 5. Un sistema sancionador 6. Un sistema interno de evaluación de las medidas adoptadas.

En Portugal

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se introdujo en el ordenamiento jurídico portugués con la reforma del Código Penal de 1982, si bien, no fue hasta el año 2007 cuando se desarrolló legalmente.

El sistema lusitano tiene como particularidad especial el hecho de que atribuye a las personas jurídicas capacidad de acción y suficiente discernimiento como para suponer que puedan actuar voluntariamente. Por consiguiente, se requiere que el hecho que constituya el delito haya sido efectuado intencionadamente y las pertinentes multas se regulan según la gravedad de la infracción, entendiéndose por dolosa o culposa.

Además, el hecho delictivo debe cometerse en nombre y representación de la sociedad y en su particular interés. Es esencial, además, que el hecho esté relacionado con las actividades normales de la persona física dentro de la organización.

De otro lado, el sistema jurídico luso reconoce, al igual que en Alemania, sanciones administrativas aplicables tanto a personas colectivas o sin personalidad jurídica. Según la legislación portuguesa, a efectos de responsabilidad penal, tendrán esta consideración las sociedades civiles y las asociaciones de hecho. En cualquier caso, se trata de Personas Jurídicas privadas.

De igual manera que en España, se trata de un modelo de imputación basado en la heterorresponsabilidad, esto es, responsabilidad por un hecho ajeno.

Según el artículo 11.2 del CP luso, siempre que actúen en su nombre e interés, puede sancionarse a una persona jurídica por los hechos llevados a cabo por:

1. Quienes ocupen una posición de liderazgo.

2. Quienes actúen bajo su autoridad, si el hecho ilícito se ha cometido por un incumplimiento de las funciones y los deberes de supervisión o control por parte de los superiores jerárquicos.

En Holanda

Holanda fue uno de los primeros países en Europa Occidental en establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El Código Penal holandés establece en su artículo 51 que los delitos puedan ser cometidos por personas físicas o jurídicas, y cuando sea cometido por estas últimas pueda ser sancionada la empresa o persona que haya realizado el delito y también la que haya favorecido la comisión del mismo o ambos a las vez.

Tanto doctrina como jurisprudencia admiten una separación hermenéutica en la determinación de la acción delictiva hasta llegar a apreciar una acción propia de la persona jurídica.

En Bélgica

En Bélgica la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra reconocido desde el año 1999 en el artículo 5 Código Penal, cuyo sistema tiene la siguiente particularidad: si una entidad está condenada, el empleado no puede ser condenado salvo si cometió el delito voluntariamente.

En el sistema inglés

Nos informa el profesor REGÍIS PRADO¹²⁵, que, en general, en los países pertenecientes a la familia del *common law*, de estructura totalmente diferente al sistema romano-germánico, está en vigor el principio del *societas delinquere potest*, tradicionalmente.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es una cuestión admitida y superada desde el siglo XIX. Sistema en el cual se parte de la teoría de la identificación de la persona física que ejerce el control de la persona jurídica, cuyos actos son identificados con ella y son considerados por cuenta del grupo.

El planteamiento jurisprudencial de este sistema ha llevado a admitir la responsabilidad penal de la persona jurídica por infracciones económicas, pero también por fraude y por homicidios imprudentes, si bien no ha logrado admitir una culpa colectiva, pues solo podrá sancionarse penalmente al ente si la persona física que ejerce el control reúne todos los elementos del hecho típico.

Sin embargo, la realidad efectiva es que pese a la reconocida postura a favor de una responsabilidad penal de las personas jurídicas las sanciones que se imponen quedan principalmente limitadas a la multa a modo de sanción administrativa. Como dato curioso, desde el año 2010, en Inglaterra, la Ley del Soborno autoriza la sanción de empresas que no hayan advertido

¹²⁵ REGÍIS PRADO, Luiz. “La cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en derecho brasileño”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2. N°. 6, 2000. p.p. 273-303.

los sobornos siempre que éstos hayan sido realizados en su nombre con procedimientos adecuados para tal fin.

3.4. Presentación de la unidad de análisis y los resultados

Con la finalidad de corroborar la hipótesis, principalmente referido al requerimiento de la imposición de consecuencias accesorias, se ha realizado una encuesta puntual a magistrados (Miembros del Ministerio Público Especializados en Corrupción de Funcionarios y Jueces Unipersonales y de Investigación Preparatoria también Especializados en Corrupción de Funcionarios), y abogados litigantes en materia penal, teniendo el siguiente resultado:

3.5. Resultados empíricos: Cuadros, Gráficos, Interpretaciones

i) Encuesta a miembros del Ministerio Público Especializados en Corrupción de Funcionarios

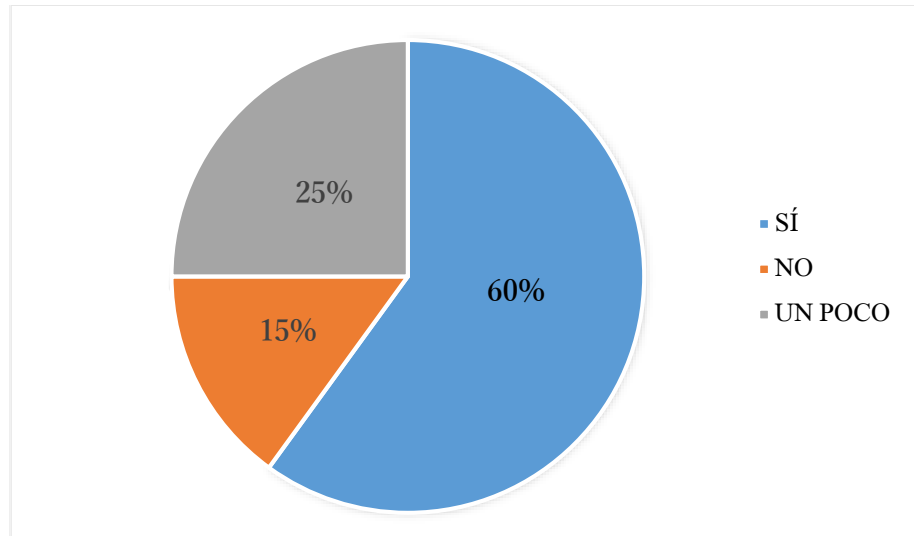
1.- En su condición de Fiscal, ¿conoce a plenitud los fundamentos de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, las mismas que se encuentran prescritas en el Art. 105° Código Penal del Perú?

CUADRO N° 01

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	12	60.00
NO	03	15.00
UN POCO	05	25.00
TOTAL	20	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 01



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

Como se puede advertir de los resultados precedentes, se tiene que el 60% de los encuestados señalan conocer los fundamentos de las consecuencias accesorias. El 15% precisa que no conoce y, el 25% manifiesta que conoce un poco.

Pero el hecho de conocer no garantiza su puesta en práctica en un proceso en particular y, ello se acredita más adelante.

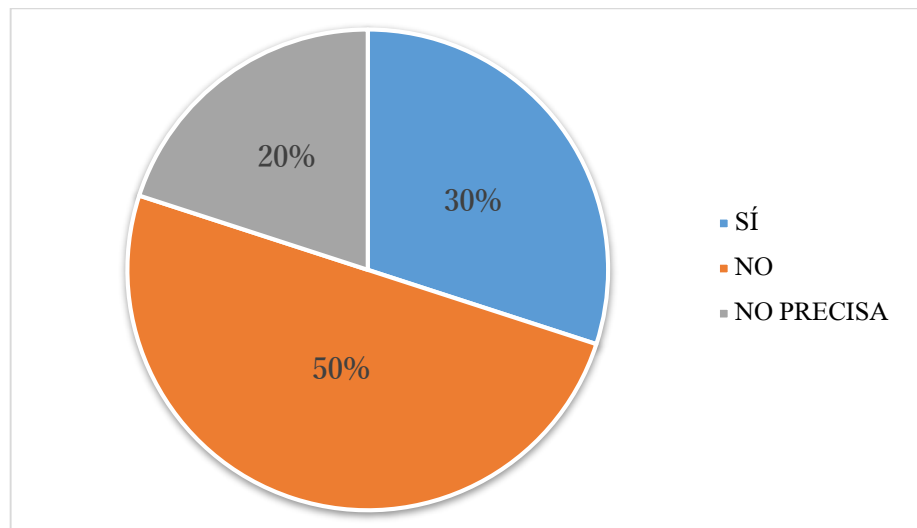
2.- ¿Considera usted que, denominar a las consecuencias accesorias “sanciones penales especiales” –y no penas– aplicables a las personas jurídicas que resultan involucradas en la comisión de delitos (Acuerdo Plenario N° 7/2009–CJ–116), es razón suficiente para dilucidar su naturaleza jurídica?

CUADRO N° 02

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	06	30.00
NO	10	50.00
NO PRECISA	04	20.00
TOTAL	20	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 02



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

Como se puede advertir de los resultados precedentes, se tiene que el 30% de los encuestados señalan que es razón suficiente denominar sanciones penales especiales a las consecuencias accesorias para dilucidar su naturaleza jurídica. El 50% manifiesta lo contrario y, el 20% no precisa.

Descifrar la verdadera naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias aplicables a las personas colectivas como sanciones penales especiales conlleva

justificar, en cierta medida, la inoperancia que en la práctica ha ocasionado su no aplicación, es decir, por su no imposición en los diversos procesos penales que se ha instaurado fruto de la actividad criminal de las personas jurídicas a pesar de que se hayan debido imponer.

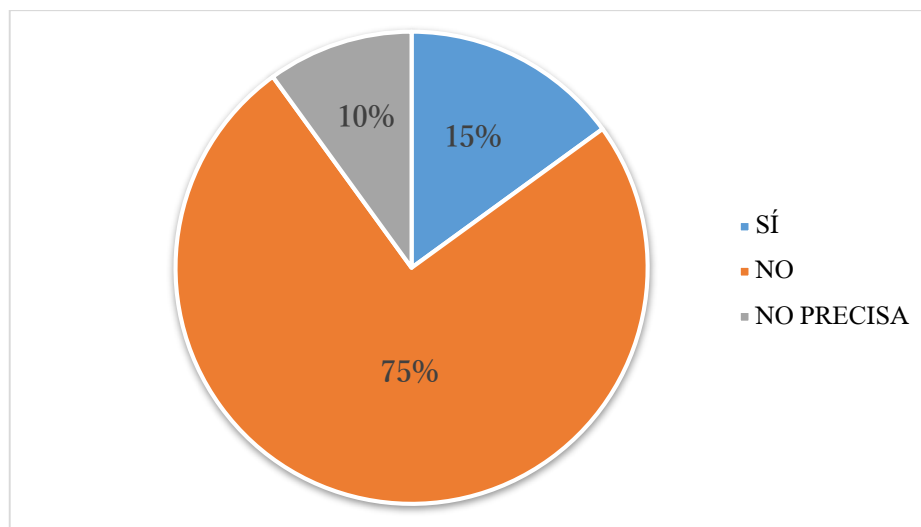
3.- *¿Considera usted que, resulta predicable que las personas jurídicas (entes ficticios) tengan capacidad de acción y culpabilidad en el sentido jurídico – penal, entendiendo que dichas categorías son atribuibles únicamente al ser humano?*

CUADRO N° 03

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	03	15.00
NO	15	75.00
NO PRECISA	02	10.00
TOTAL	20	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 03



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

Conforme se puede apreciar de los resultados precedentes, se tiene que el 15% de los encuestados señalan que sí es predicable que las personas jurídicas tengan capacidad de acción y culpabilidad al igual que los seres humanos. Mientras que el 75% considera que no y, el 10% indica no precisar.

Estas categorías resultan difícilmente aplicables a las personas jurídicas debido a que no poseen sustratos psicológicos atribuibles únicamente a las personas físicas.

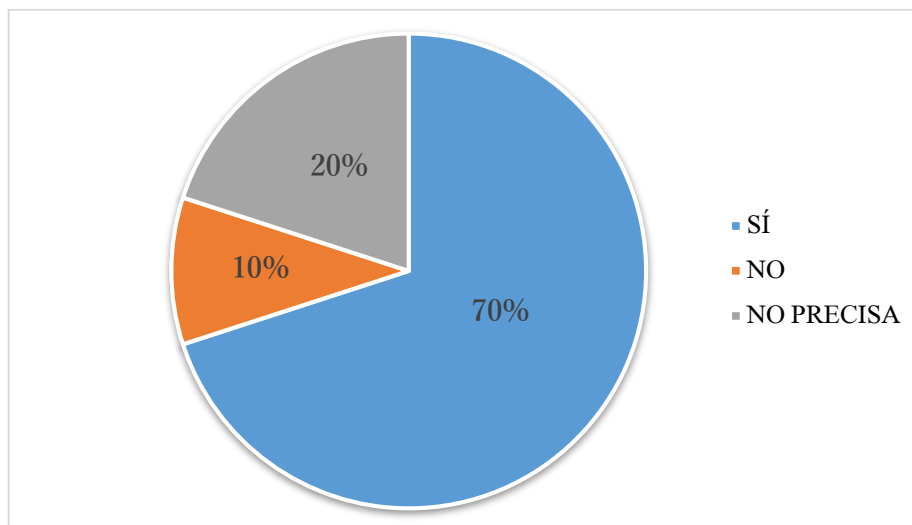
4.- ¿Considera usted que, es una condición limitante el hecho que la ley establezca para la aplicación judicial de las consecuencias accesorias, que previamente la persona natural (directivos, órgano de representación u otro) deba ser identificado y sancionado penalmente como responsable de un hecho delictivo?

CUADRO N° 04

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	14	70.00
NO	02	10.00
NO PRECISA	04	20.00
TOTAL	20	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 04



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

Cabe advertir de los resultados precedentes que, la mayoría de los encuestados, es decir, el 70% considera condición limitante el hecho de que para la aplicación judicial de las consecuencias accesorias, previamente la persona natural (directivo, órgano de representación u otro) deba ser condenada por la realización de un delito. El 10% menciona que no y, el 20% indica que no precisa.

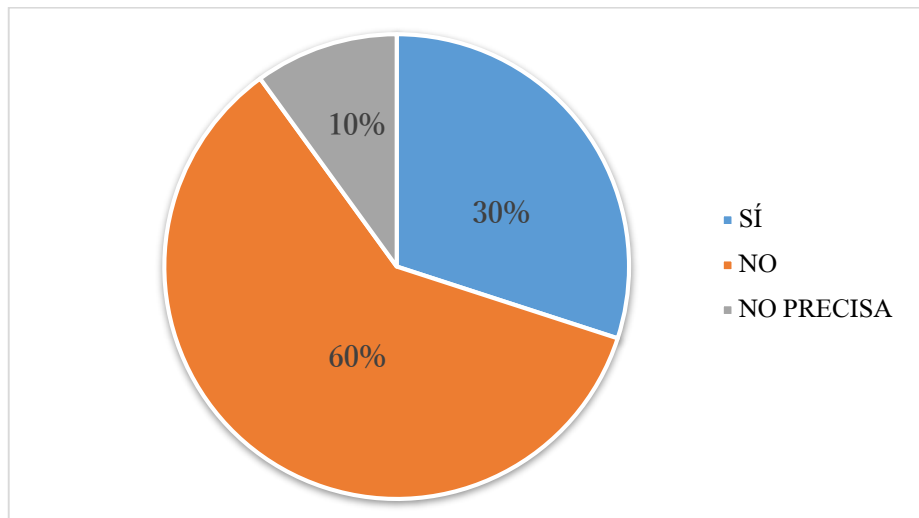
5.- ¿Considera usted que, las medidas aplicables a las personas jurídicas (consecuencias accesorias) como la disolución y liquidación importan restricciones de derechos?

CUADRO N° 05

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	06	30.00
NO	12	60.00
NO PRECISA	02	10.00
TOTAL	20	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 05



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

De los resultados precedentes, se tiene que el 30% de los encuestados señalan que las medidas aplicables a las personas jurídicas (consecuencias accesorias), importan restricciones de derechos. El 60% considera que no y, el 10% refiere no precisar.

La mayoría considera que si bien se trata de medidas graves de excepcional imposición que tienen efectos contra terceros, no comportan restricciones de derechos, debido a que la ley establece intervención de la persona jurídica para salvaguardar derechos de trabajadores y acreedores hasta por dos años. Asimismo, que para la imposición de tales medidas el Juez deberá motivar su decisión.

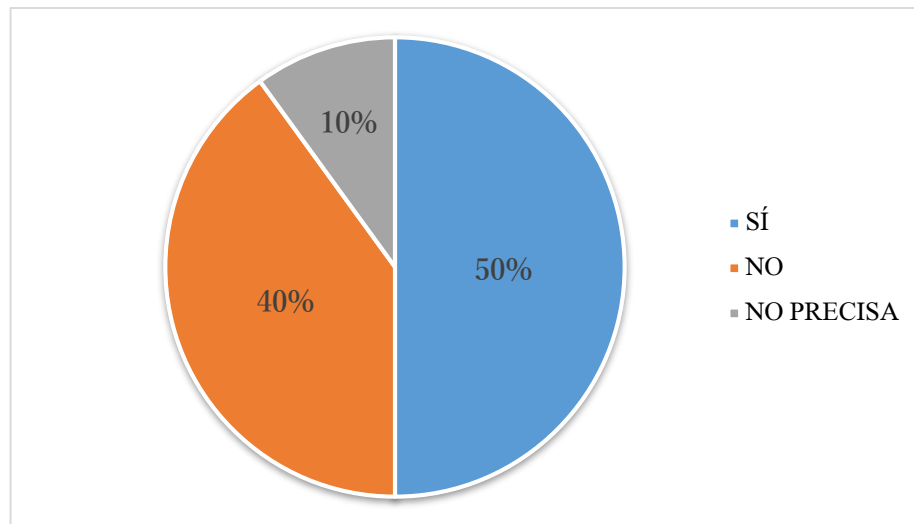
6.- ¿Considera usted que, el presupuesto material para la incorporación de la persona jurídica al proceso penal se funda en la peligrosidad objetiva, entendida como la posibilidad de que su estructura organizativa sirva de medio para la realización de delitos?

CUADRO N° 06

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	10	50.00
NO	08	40.00
NO PRECISA	02	10.00
TOTAL	20	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 06



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

Como se puede advertir de los resultados precedentes, se tiene que el 50% de los encuestados consideran que el presupuesto material para poder incorporar a la persona jurídica al proceso se basa en la peligrosidad objetiva. El 40% señala que no y, el 10% no precisa.

Se parte de la idea de que las personas jurídicas no cometen delitos sino que se basa en que su existencia o permanencia de cuya estructura organizativa puede favorecer la comisión de futuros eventos delictivos.

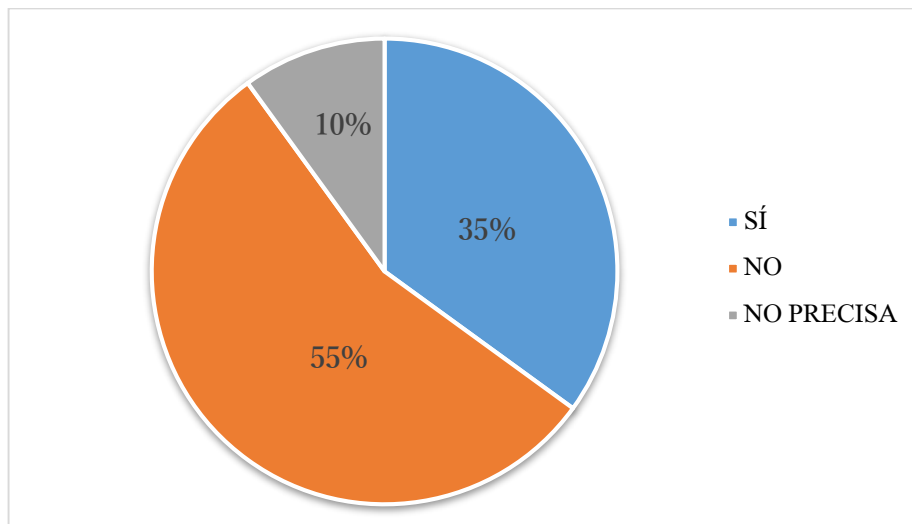
7.- ¿Considera usted que, es posible sostener que una persona jurídica incorporada al proceso penal como sujeto pasivo (conforme al Art. 90° del NCPP) ostenta los mismos derechos y garantías procesales reconocidas a la persona natural imputada –sujeto activo–?

CUADRO N° 07

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	07	35.00
NO	11	55.00
UN POCO	02	10.00
TOTAL	20	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 07



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

De los resultados precedentes, se advierte que el 35% de los encuestados señalan que es posible sostener que una persona jurídica incorporada al proceso penal como sujeto pasivo, ostenta los mismos derechos y garantías procesales reconocidas a la

persona natural imputada. En tanto que la mayoría, es decir, el 55% manifiesta que no y, el 10% indica que no precisa.

No se debe dejar de lado la plena observancia y respeto de las garantías de la imputación penal, pues ello constituye la inspiración de todo Estado de derecho que respete los derechos fundamentales de las personas *–físicas–*. En el Derecho Penal nacional las personas jurídicas no son catalogadas como sujetos activos del delito, ello en razón de que la culpabilidad sólo es reconocida a las personas físicas y no a las personas jurídicas.

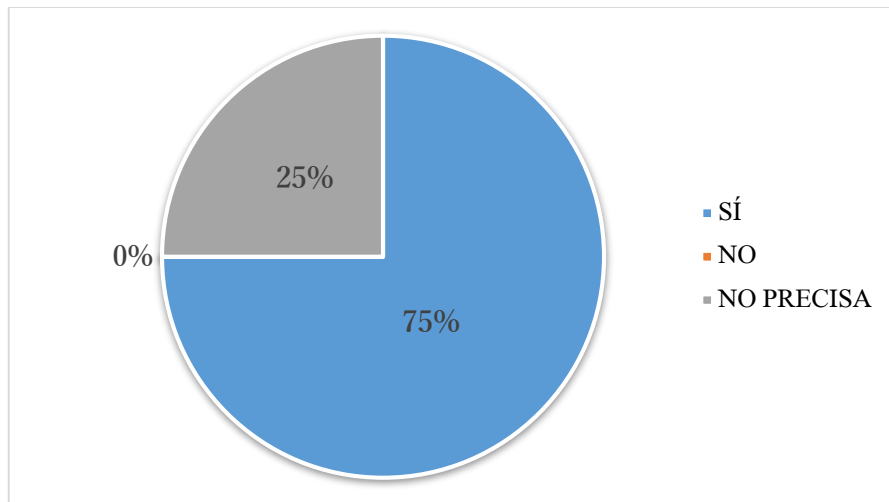
8.- ¿Cree en forma personal que, es importante la imposición de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas en la lucha contra la corrupción en procesos de contratación pública?

CUADRO N° 08

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	15	75.00
NO	00	00.00
NO PRECISA	05	25.00
TOTAL	20	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 08



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

De la respuesta a los encuestados, se tiene que el 75% da una respuesta afirmativa sobre la importancia de la imposición de las consecuencias accesorias. Así también se tiene que nadie niega la importancia de las consecuencias accesorias y, solamente el 25%, indica que no precisa.

Asimismo, podemos inferir que a pesar de saber su importancia, al parecer ello sólo es retórico, pues en la práctica nadie requiere la imposición de las consecuencias accesorias.

9.- En el lapso que viene laborando como Fiscal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, ¿ha solicitado la imposición de las consecuencias accesorias, especialmente en sus acusaciones por el delito de Colusión?

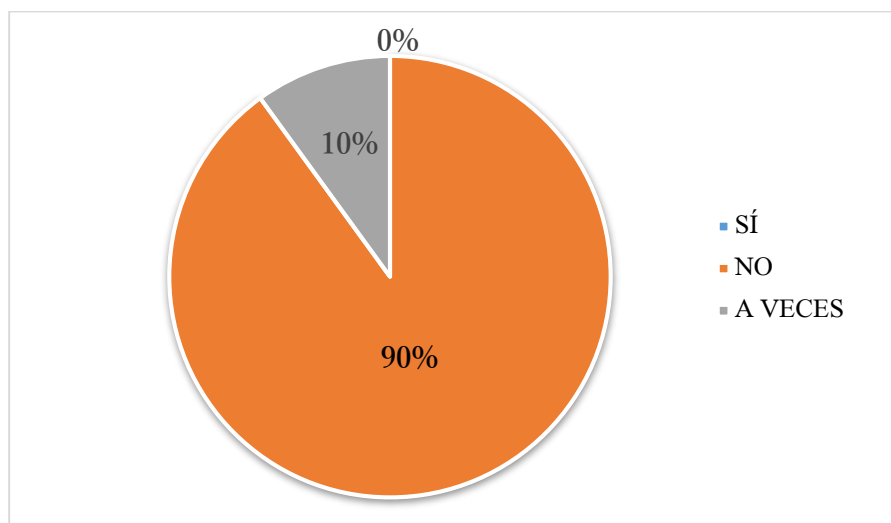
CUADRO N° 09

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	00	00.00
NO	18	90.00

A VECES	02	10.00
TOTAL	20	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
 Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 09



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

A la pregunta antes indicada, se advierte de los encuestados que no se observa una respuesta afirmativa; mientras que el 90% señala que no han solicitado las consecuencias accesorias en las acusaciones por el delito de colusión y, finalmente, 10% indica que a veces.

De ello se puede inferir que no siempre se requiere la imposición de las consecuencias accesorias, pues no constituye la regla sino la excepción.

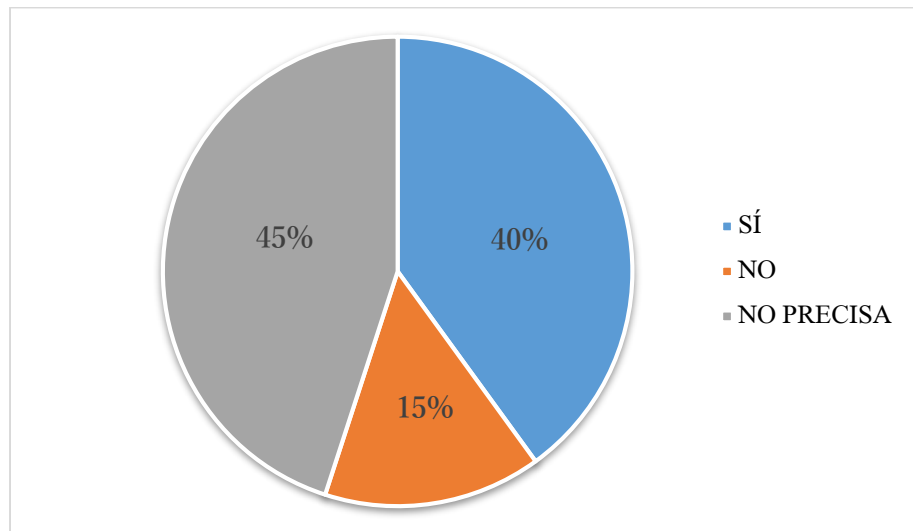
10.- ¿Cree que es importante requerir al Juez Penal la imposición de las consecuencias accesorias, si se advierte la actuación criminal de las personas jurídicas?

CUADRO N° 10

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	08	40.00
NO	03	15.00
NO PRECISA	09	45.00
TOTAL	20	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 10



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

Los encuestados a la pregunta planteada señalan en un 40% que sí. El otro 15% indica que no y, finalmente, el 45% no precisa.

Es decir, la mayoría sostiene que es importante realizar el requerimiento de la imposición de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas, cuando éstas se relacionan a actividades criminales.

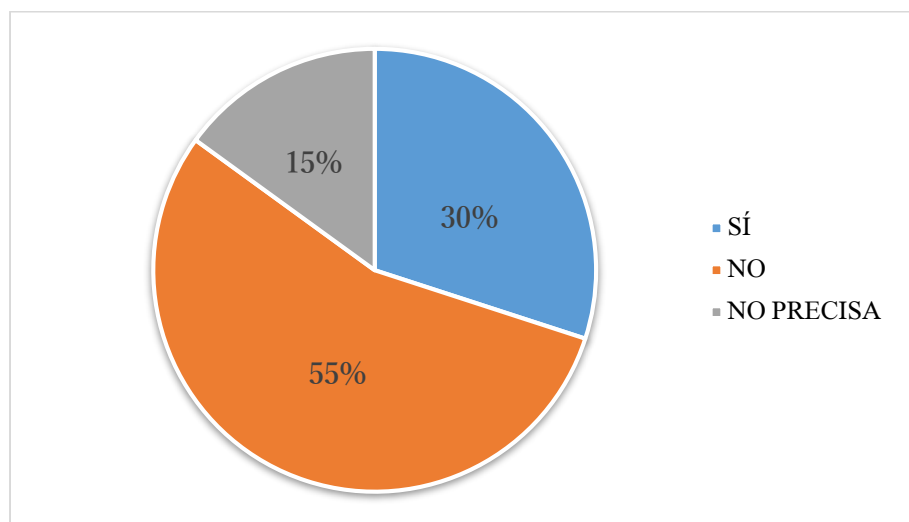
11.- ¿Considera usted que, es suficiente con que el Derecho Penal enfrente la criminalidad del ente empresarial recurriendo a fórmulas de imputación individual de órganos de representación de las personas jurídicas desarrollada por el Artículo 27° del Código Penal?

CUADRO N° 11

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	06	30.00
NO	11	55.00
NO PRECISA	03	15.00
TOTAL	20	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 11



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

Los encuestados a la pregunta señalan en un 30% que sí. El otro 55% indica que no y, finalmente, el 15% manifiesta no precisar.

La figura de la actuación en nombre de otro es valorada bajo el enfoque de que los entes colectivos no son responsables penalmente, la misma que no debe redundar en impunidad de las personas naturales que ostentan el dominio del hecho, en tal sentido, este artículo vino a solucionar un vacío de punibilidad pero no es suficiente para enfrentar la criminalidad empresarial.

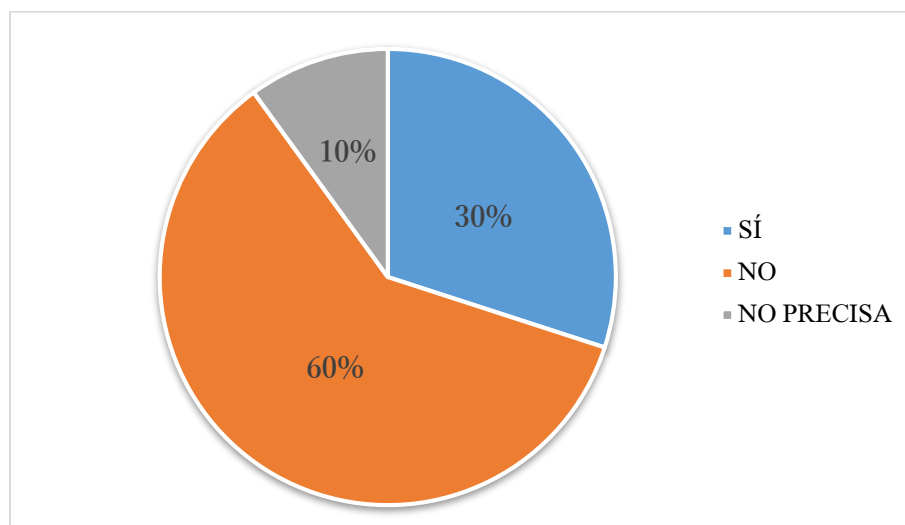
12.- ¿Considera usted que, es consistente atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas teniendo en cuenta que las estructuras dogmáticas sobre las que descansa el Código Penal son de corte individual?

CUADRO N° 12

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	06	30.00
NO	12	60.00
NO PRECISA	02	10.00
TOTAL	20	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 12



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

Los encuestados a la pregunta planteada señalan en un 30% que sí. El otro 60% indica que no y, finalmente, el 10% que no precisa.

Uno de los argumentos para negar la vigencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas precisamente es aquel que sostiene que las estructuras dogmáticas sobre las que descansa el Código Penal son de corte individual.

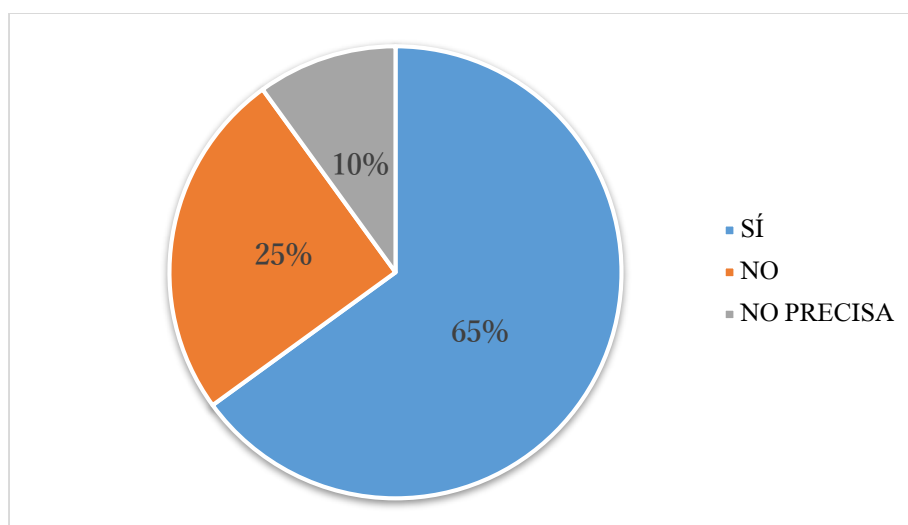
13.- ¿Considera usted que, es necesario instaurar un sistema de responsabilidad - específico- por el hecho propio de la persona jurídica?

CUADRO N° 13

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	13	65.00
NO	05	25.00
NO PRECISA	02	10.00
TOTAL	20	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 13



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

A la pregunta realizada, los encuestados señalan en un 65% que sí. El 25% indica que no y, finalmente, el 10% refiere que no precisa.

La mayoría considera que la responsabilidad de la persona jurídica debe ser distinta de la responsabilidad de la persona individual de determinados sujetos (órganos de representación), a fin de erradicar o limitar significativamente la peligrosidad criminal de las estructuras organizativas de las personas jurídicas.

ii) Encuesta a Jueces Unipersonales y Jueces de Investigación Preparatoria Especializados en Corrupción de Funcionarios

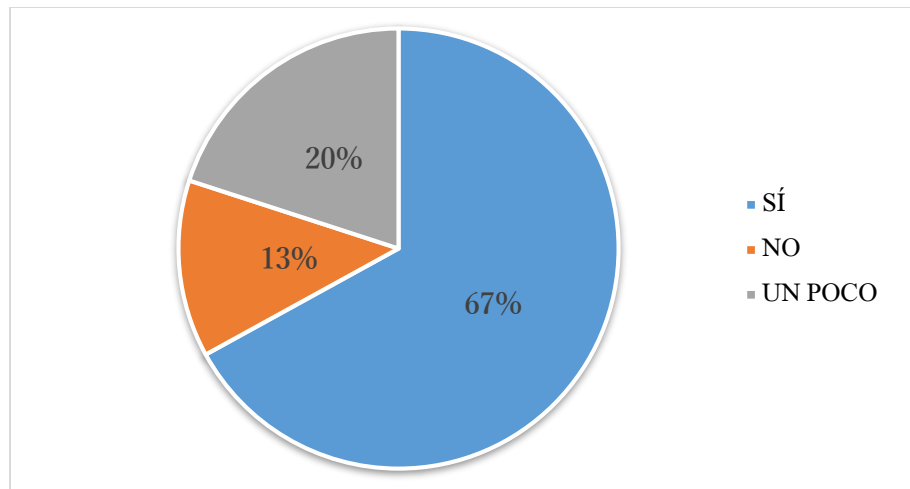
1.- En su condición de Juez Penal, ¿conoce a plenitud los fundamentos de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, las mismas que se encuentran prescritas en el Art. 105° Código Penal del Perú?

CUADRO N° 01

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	10	66.66
NO	02	13.33
UN POCO	03	20.00
TOTAL	15	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 01



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

Los jueces penales encuestados, señalan lo siguiente a la pregunta precedente: El 67% que sí. El 13% que no y, el 20% que un poco.

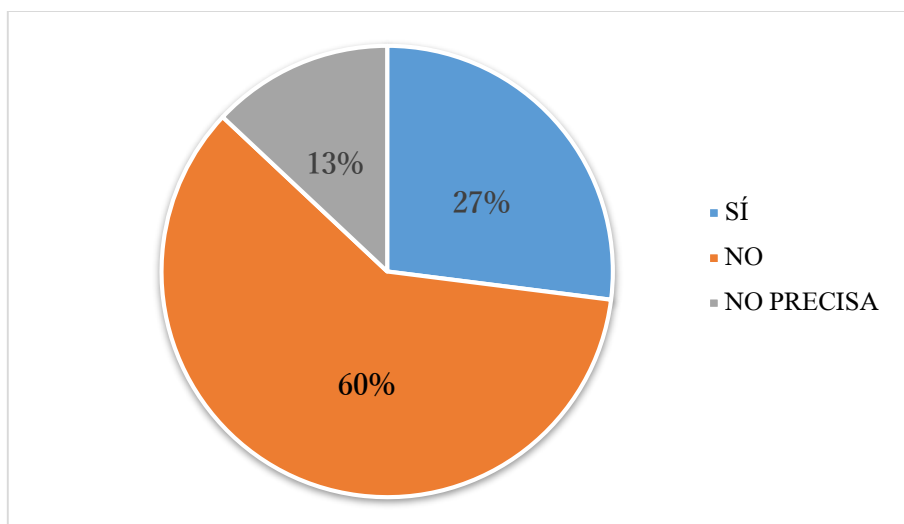
2.- ¿Considera usted que, denominar a las consecuencias accesorias “sanciones penales especiales” –y no penas– aplicables a las personas jurídicas que resultan involucradas en la comisión de delitos (Acuerdo Plenario N° 7/2009–CJ–116), es razón suficiente para dilucidar su naturaleza jurídica?

CUADRO N° 02

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	04	26.66
NO	09	60.00
NO PRECISA	02	13.33
TOTAL	15	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 02



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

Como se puede advertir de los resultados precedentes, se tiene que el 27% señala que sí. El 60% que no y, el 13% indica que no precisa.

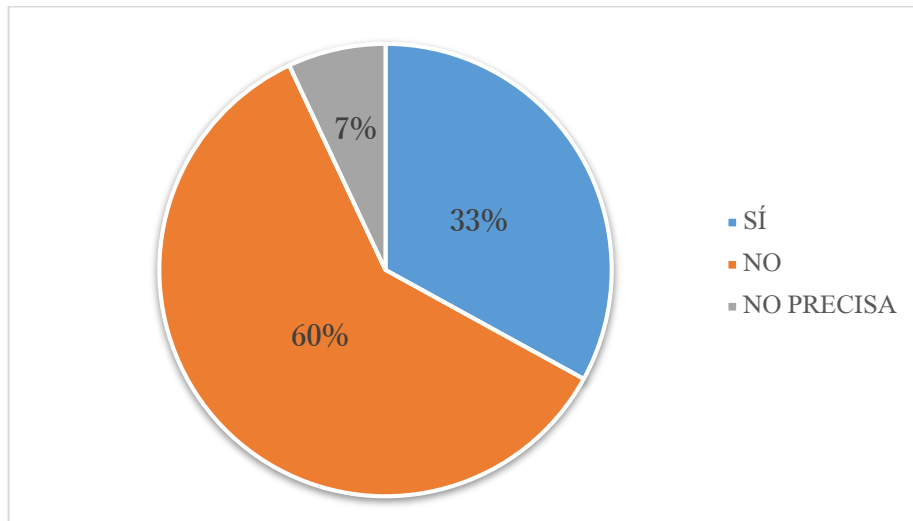
3.- ¿Considera usted que, resulta predicable que las personas jurídicas (entes ficticios) tengan capacidad de acción y culpabilidad en el sentido jurídico – penal, entendiendo que dichas categorías son atribuibles únicamente al ser humano?

CUADRO N° 03

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	05	33.33
NO	09	60.00
NO PRECISA	01	6.66
TOTAL	15	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 03



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

De los resultados precedentes, se tiene que el 33% de los encuestados señalan que sí. El 60% que no y, el 7% no precisa.

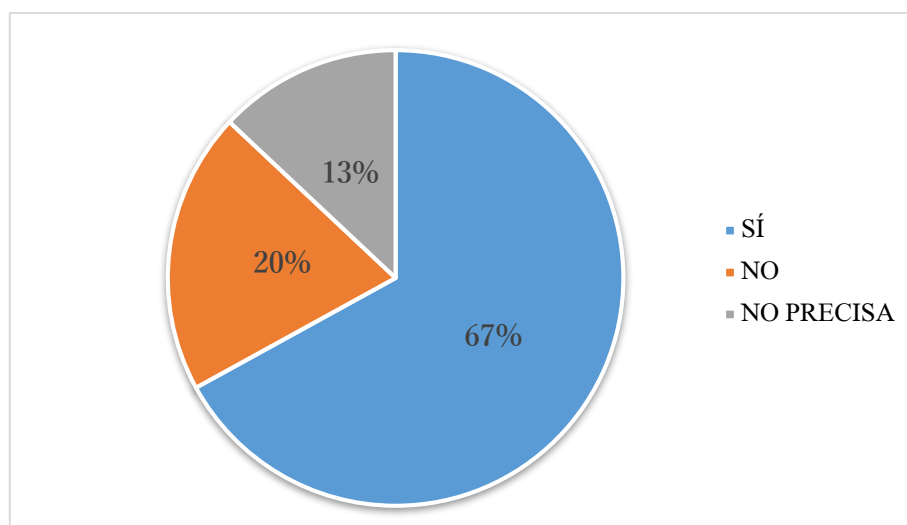
4.- ¿Considera usted que, es una condición limitante el hecho que la ley establezca para la aplicación judicial de las consecuencias accesorias, que previamente la persona natural (directivos, órgano de representación u otro) deba ser identificado y sancionado penalmente como responsable de un hecho delictivo?

CUADRO N° 04

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	10	66.66
NO	03	20.00
NO PRECISA	02	13.33
TOTAL	15	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 04



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

De la pregunta formulada, se tiene que el 67% de los encuestados consideran que sí. El 20% manifiesta que no y, el 13% no precisa.

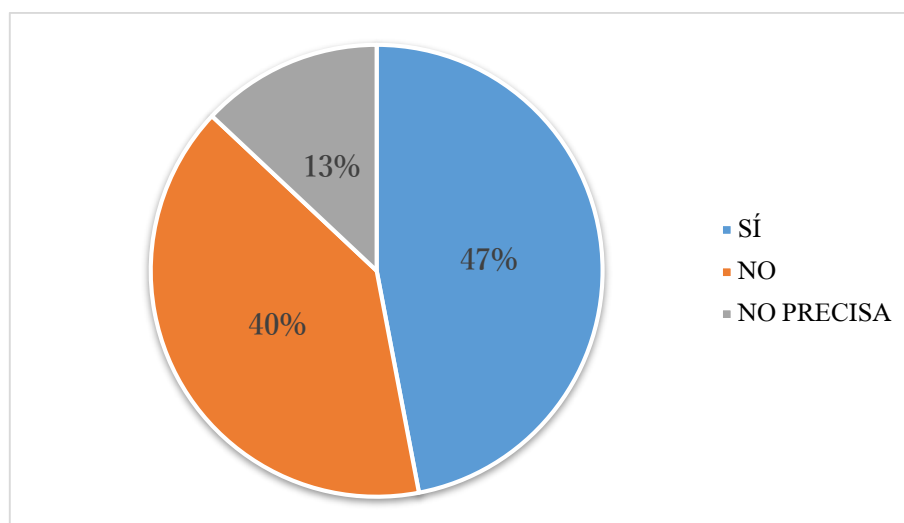
5.- ¿Considera usted que, las medidas aplicables a las personas jurídicas (consecuencias accesorias) como la disolución y liquidación importan restricciones de derechos?

CUADRO N° 05

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	07	46.66
NO	06	40.00
NO PRECISA	02	13.33
TOTAL	15	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 05



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

Cabe advertir de la pregunta planteada que, el 47% de los encuestados consideran que sí. Mientras que el 40% manifiesta que no y, el 13% indica no precisar.

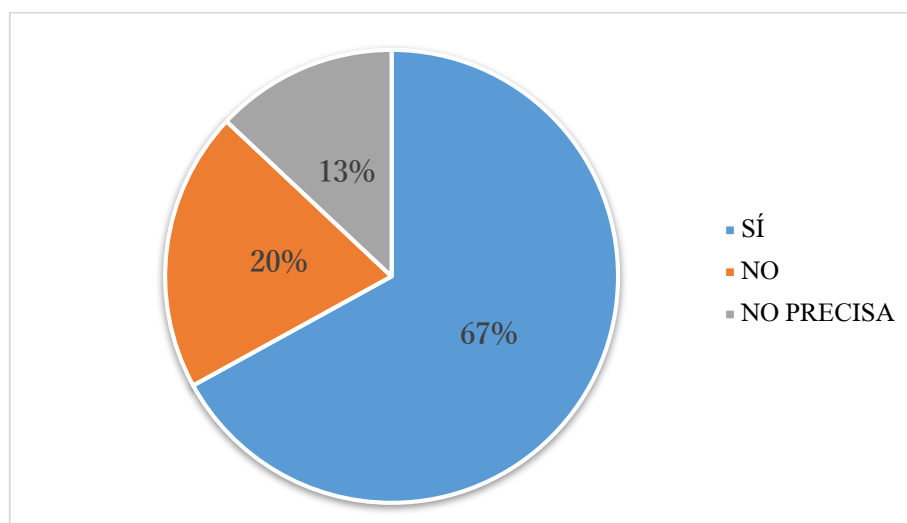
6.- ¿Considera usted que, el presupuesto material para la incorporación de la persona jurídica al proceso penal se funda en la peligrosidad objetiva, entendida como la posibilidad de que su estructura organizativa sirva de medio para la realización de delitos?

CUADRO N° 06

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	10	66.66
NO	03	20.00
NO PRECISA	02	13.33
TOTAL	15	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 06



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

De los resultados precedentes, se tiene que el 67% de los encuestados dan una respuesta afirmativa. El 20% manifiesta lo contrario y, el 13% refiere que no precisa.

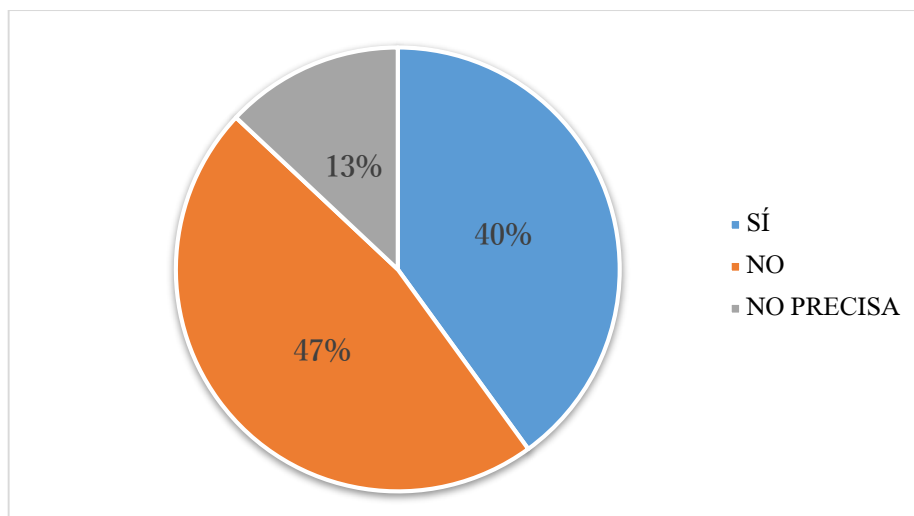
7.- ¿Considera usted que, es posible sostener que una persona jurídica incorporada al proceso penal como sujeto pasivo (conforme al Art. 90° del NCPP) ostenta los mismos derechos y garantías procesales reconocidas a la persona natural imputada –sujeto activo–?

CUADRO N° 07

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	06	40.00
NO	07	46.66
NO PRECISA	02	13.33
TOTAL	15	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 07



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

De la respuesta de los encuestados, se tiene que el 40% señala que sí. El 47% considera que no y, el 13% indica que no precisa.

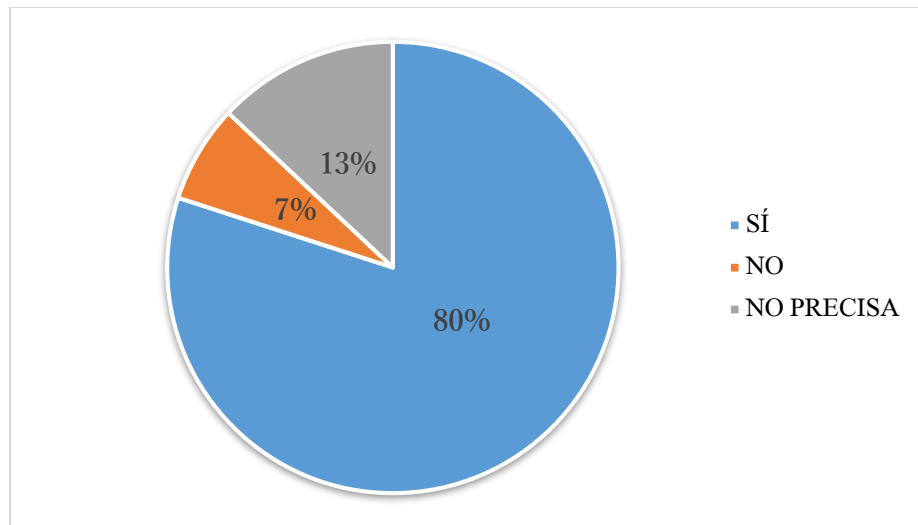
8.- ¿Cree en forma personal que, es importante la imposición de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas en la lucha contra la corrupción en procesos de contratación pública?

CUADRO N° 08

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	12	80.00
NO	01	6.66
NO PRECISA	02	13.33
TOTAL	15	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 08



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

A la pregunta formulada, se desprende el siguiente resultado que, el 80% considera que sí. El 7% indica que no y, finalmente, el otro 13% no precisa.

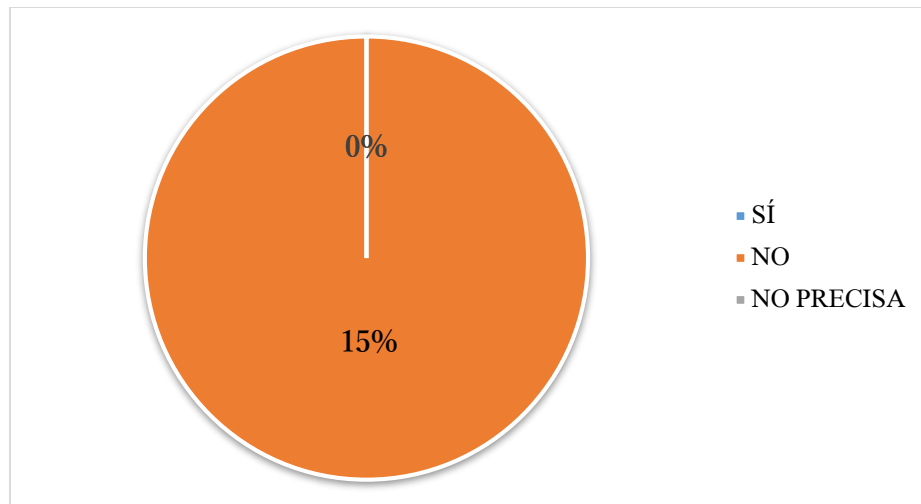
9.- En el lapso que viene laborando como Juez Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, ¿ha advertido la solicitud de imposición de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas por el delito de Colusión por parte del Ministerio Público?

CUADRO N° 09

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	00	00.00
NO	15	100.00
NO PRECISA	00	00.00
TOTAL	15	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2016

GRÁFICO N° 09



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

A la pregunta: Si en el lapso que viene laborando como Juez Penal especializado en Delito de Corrupción de Funcionarios, ¿cuántas veces ha advertido que el Ministerio Público ha solicitado la imposición de las consecuencias accesorias, especialmente en sus acusaciones por el delito de colusión? Los encuestados, tienen la siguiente respuesta: El 100%, indica que no.

De ello se puede inferir que el Ministerio Público no ha requerido a la fecha la aplicación de ninguna consecuencia accesoria, especialmente por el delito de colusión.

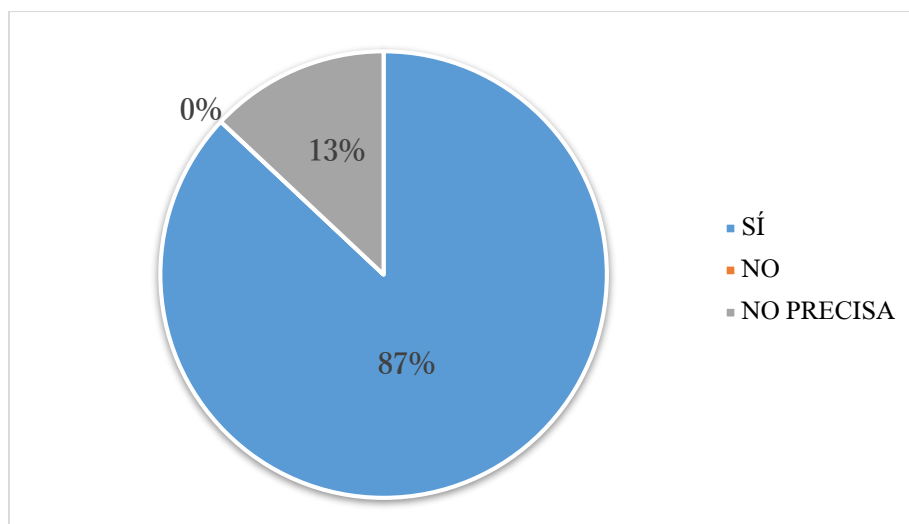
10.- ¿Cree que es importante requerir al Juez Penal la imposición de las consecuencias accesorias, si se advierte la actuación criminal de las personas jurídicas?

CUADRO N° 10

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	13	86.66
NO	00	00.00
NO PRECISA	02	13.33
TOTAL	15	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2016

GRÁFICO N° 10



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

Se advierte de la pregunta planteada que, los encuestados manifiestan lo siguiente:

El 87% indica que sí es importante. Por otra parte, no se obtiene respuesta contraria y, finalmente el 13% refiere que no precisa.

De lo antes indicado, se puede inferir que su gran mayoría los jueces penales sostienen que sí es necesario e importante la aplicación de las consecuencias accesorias.

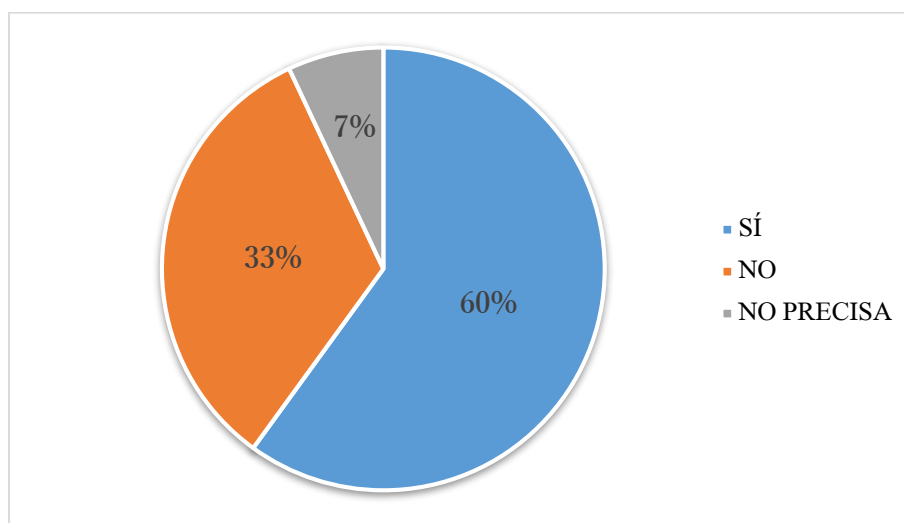
11.- ¿Considera usted que, es suficiente con que el Derecho Penal enfrente la criminalidad del ente empresarial recurriendo a fórmulas de imputación individual de órganos de representación de las personas jurídicas desarrollada por el Artículo 27° del Código Penal?

CUADRO N° 11

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	09	60.00
NO	05	33.33
NO PRECISA	01	6.66
TOTAL	15	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 11



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

Los encuestados a la pregunta planteada señalan en un 60% que sí. El otro 33% indica que no y, finalmente el 7% que no precisa.

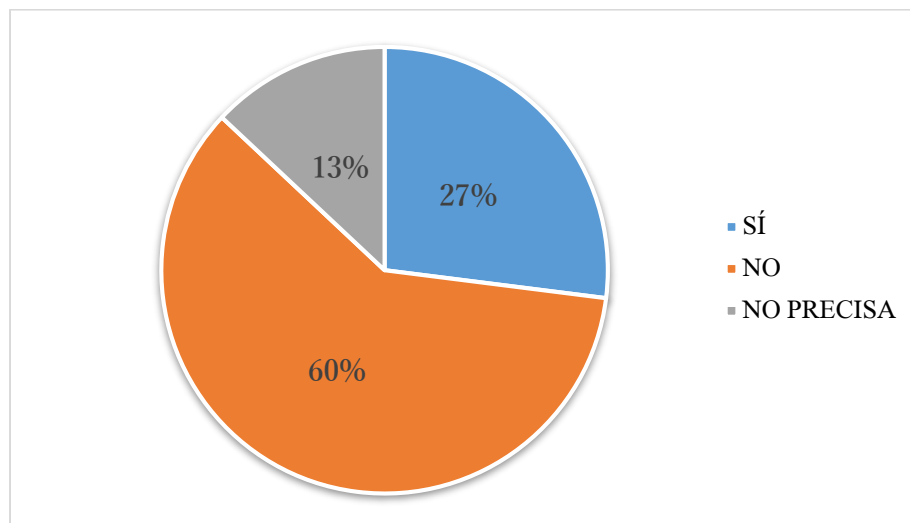
12.- *¿Considera usted que, es consistente atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas teniendo en cuenta que las estructuras dogmáticas sobre las que descansa el Código Penal son de corte individual?*

CUADRO N° 12

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	04	26.66
NO	09	60.00
NO PRECISA	02	13.33
TOTAL	15	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 12



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

De lo manifestado por los encuestados se tiene que, el 27% señala que sí. El otro 60% indica que no y, el 13% que no precisa.

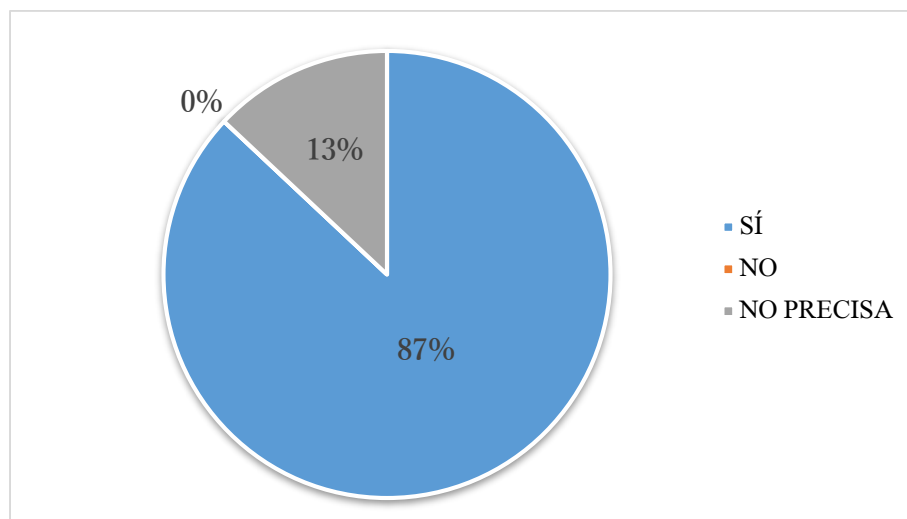
13.- *¿Considera usted que, es necesario instaurar un sistema de responsabilidad - específico- por el hecho propio de la persona jurídica?*

CUADRO N° 13

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	13	86.66
NO	00	00.00
NO PRECISA	02	13.33
TOTAL	15	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 13



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

De los encuestados en su mayoría, esto es, el 87% manifiesta que sí. En tanto, no se obtiene respuesta contraria y, finalmente el 13% señala no precisar.

iii) Encuesta a los Abogados litigantes en materia penal

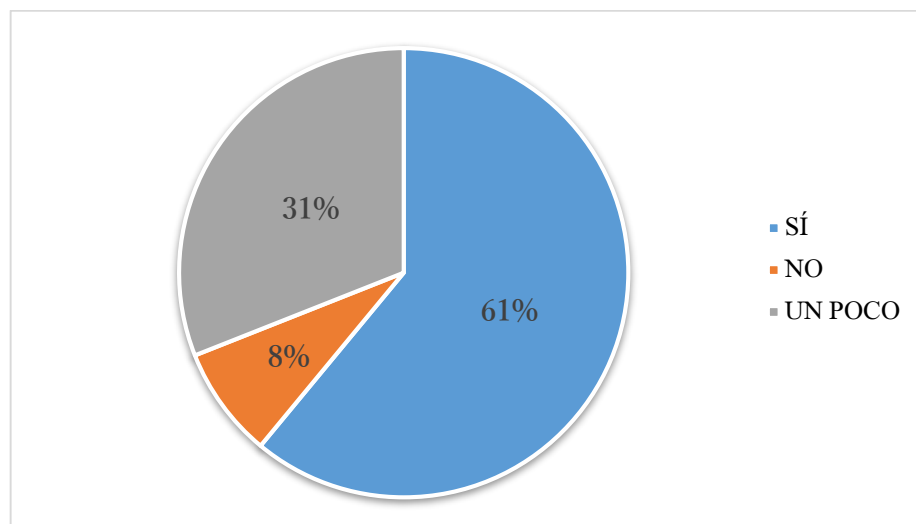
1.- En su condición de Abogado litigante, ¿conoce a plenitud los fundamentos de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, las mismas que se encuentran prescritas en el Art.105° Código Penal del Perú?

CUADRO N° 01

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	40	61.53
NO	05	7.69
UN POCO	20	30.76
TOTAL	65	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 01



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

De la respuesta de los Abogados litigantes se desliza que, el 61% de los encuestados señalan que sí. El 8% estima que no y, el 31% señala que un poco.

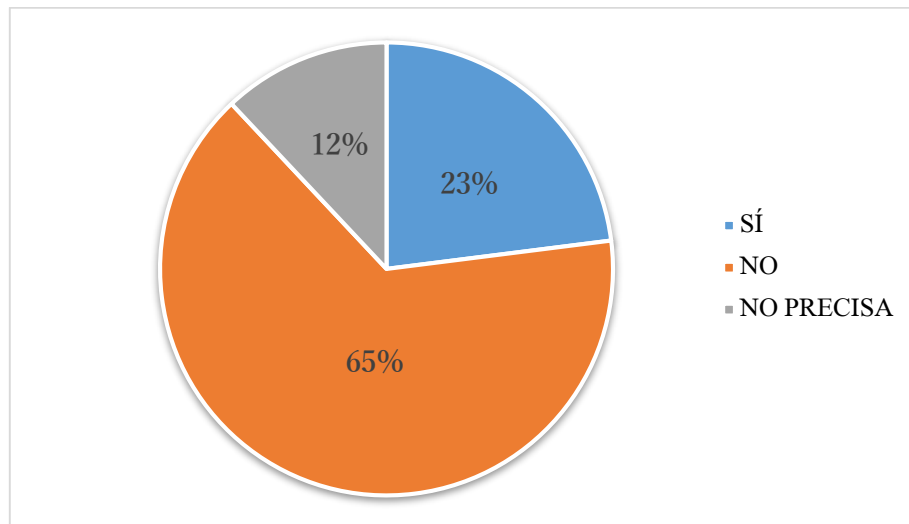
2.- ¿Considera usted que, denominar a las consecuencias accesorias “sanciones penales especiales” –y no penas– aplicables a las personas jurídicas que resultan involucradas en la comisión de delitos (Acuerdo Plenario N° 7/2009–CJ–116), es razón suficiente para dilucidar su naturaleza jurídica?

CUADRO N° 02

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	15	23.07
NO	42	64.61
NO PRECISA	08	12.30
TOTAL	65	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 02



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

Como se puede advertir de los resultados precedentes, se tiene que el 23% de los encuestados señalan que sí. El 65% considera que no conoce y, el 12% indica que no precisa.

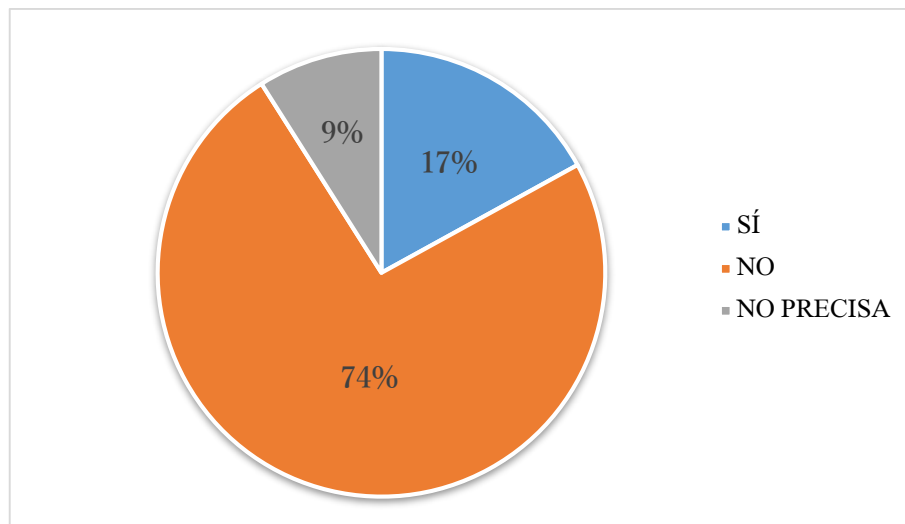
3.- ¿Considera usted que, resulta predicable que las personas jurídicas (entes ficticios) tengan capacidad de acción y culpabilidad en el sentido jurídico – penal, entendiendo que dichas categorías son atribuibles únicamente al ser humano?

CUADRO N° 03

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	11	16.92
NO	48	73.84
NO PRECISA	06	9.23
TOTAL	65	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 03



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

De la pregunta formulada se tiene que, el 17% de los encuestados señalan que sí. El 74% manifiesta que no y, el 9% indica no precisar.

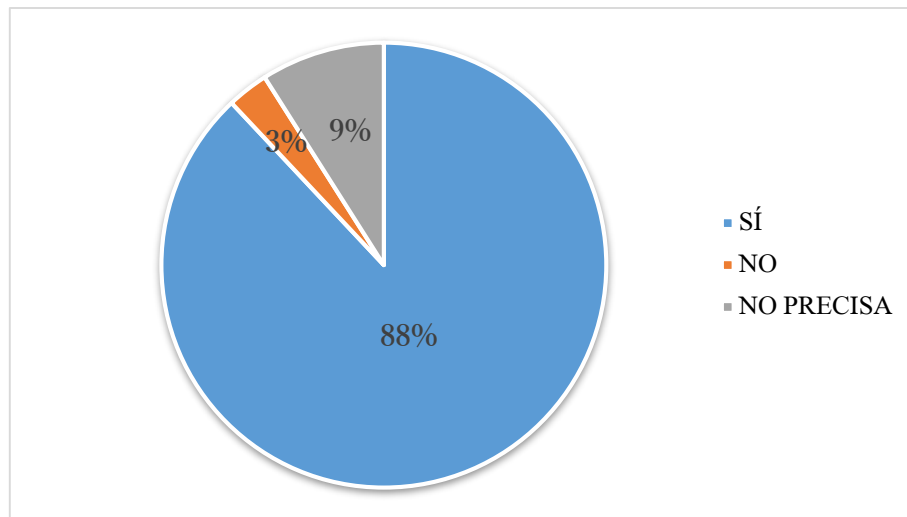
4.- ¿Considera usted que, es una condición limitante el hecho que la ley establezca para la aplicación judicial de las consecuencias accesorias, que previamente la persona natural (directivos, órgano de representación u otro) deba ser identificado y sancionado penalmente como responsable de un hecho delictivo?

CUADRO N° 04

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	57	87.69
NO	02	3.07
NO PRECISA	06	9.23
TOTAL	65	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 04



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

Cabe advertir de los resultados precedentes que, el 88% de los encuestados señalan sí. El 3% menciona que no y, el 9% indica que no precisa.

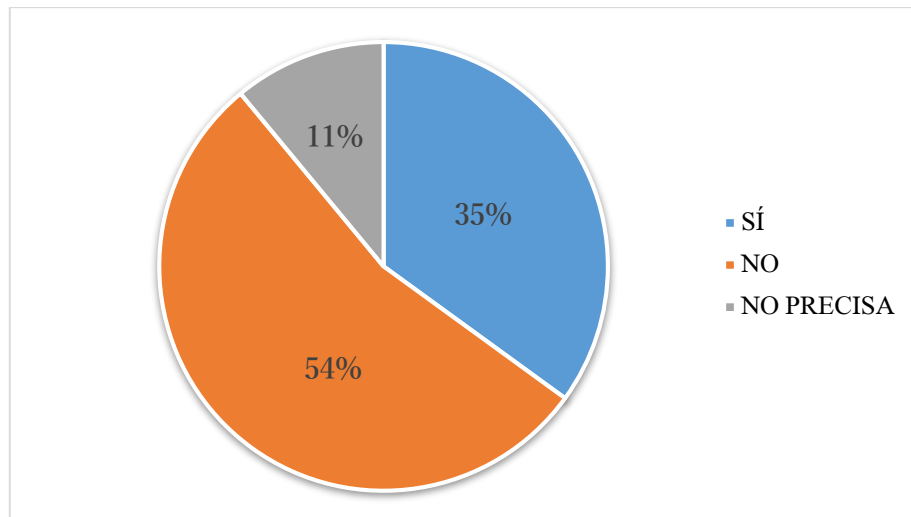
5.- ¿Considera usted que, las medidas aplicables a las personas jurídicas (consecuencias accesorias) como la disolución y liquidación importan restricciones de derechos?

CUADRO N° 05

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	23	35.38
NO	35	53.84
NO PRECISA	07	10.76
TOTAL	65	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 05



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

De los resultados obtenidos se desprende que, el 35% de los encuestados señalan que sí. El 54% considera que no y, el 11% indica no precisar.

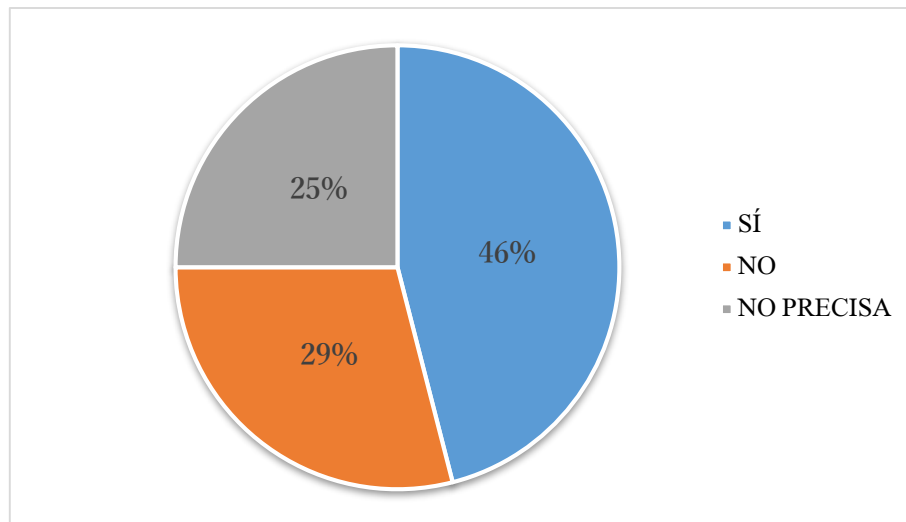
6.- ¿Considera usted que, el presupuesto material para la incorporación de la persona jurídica al proceso penal se funda en la peligrosidad objetiva, entendida como la posibilidad de que su estructura organizativa sirva de medio para la realización de delitos?

CUADRO N° 06

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	30	46.15
NO	19	29.23
NO PRECISA	16	24.61
TOTAL	65	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 06



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

De la pregunta formulada se tiene que, el 46% de los encuestados señalan que sí. El 29% considera que no y, el 25% indica que no precisa.

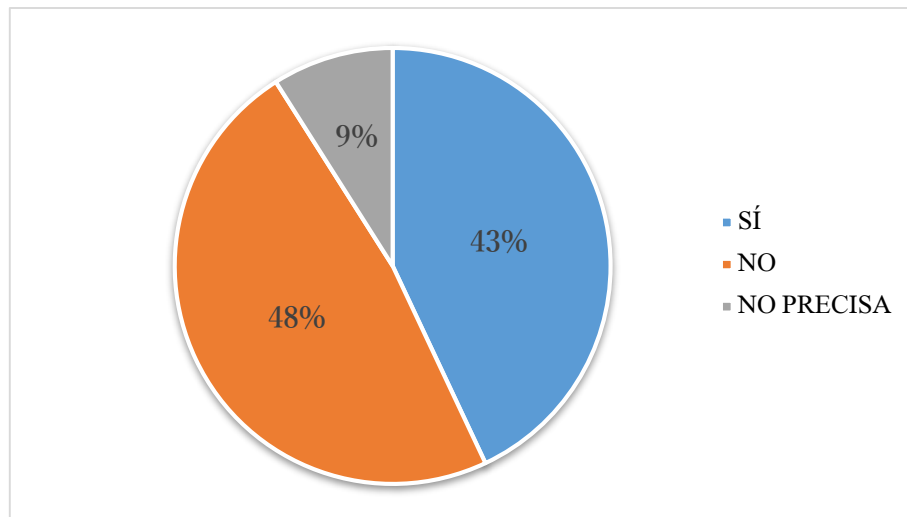
7.- ¿Considera usted que, es posible sostener que una persona jurídica incorporada al proceso penal como sujeto pasivo (conforme al Art. 90° del NCPP) ostenta los mismos derechos y garantías procesales reconocidas a la persona natural imputada –sujeto activo–?

CUADRO N° 07

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	28	43.07
NO	31	47.69
NO PRECISA	06	9.23
TOTAL	65	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 07



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

De la pregunta anteriormente formulada se tiene que, el 43% de los encuestados señalan que sí. Mientras que el 48% considera que no y, el 9% indica no precisar.

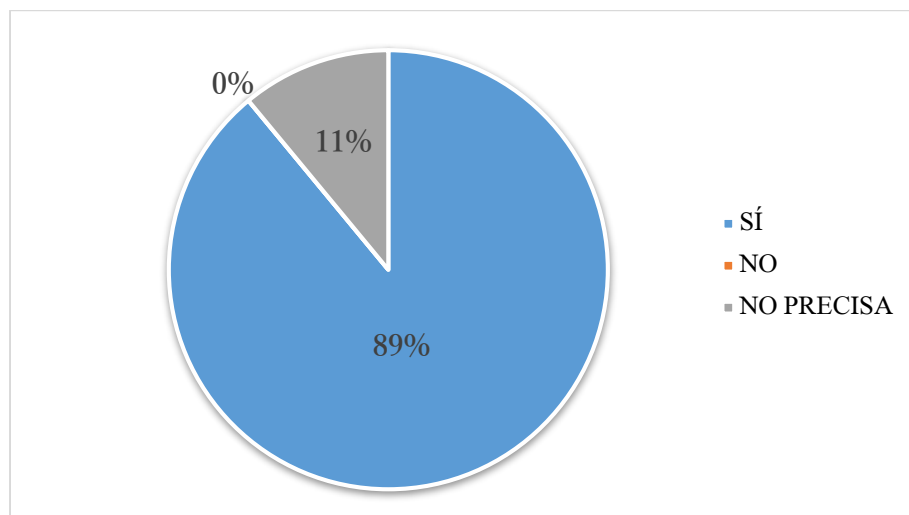
8.- ¿Cree en forma personal que, es importante la imposición de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas en la lucha contra la corrupción en procesos de contratación pública?

CUADRO N° 08

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	58	89.23
NO	00	00.00
NO PRECISA	07	10.76
TOTAL	65	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 08



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

De la respuesta de los encuestados, se tiene que el 89% señala que es importante la imposición de las consecuencias accesorias; mientras que por otra parte, nadie niega su importancia y, finalmente, el otro 11%, refiere que no precisa.

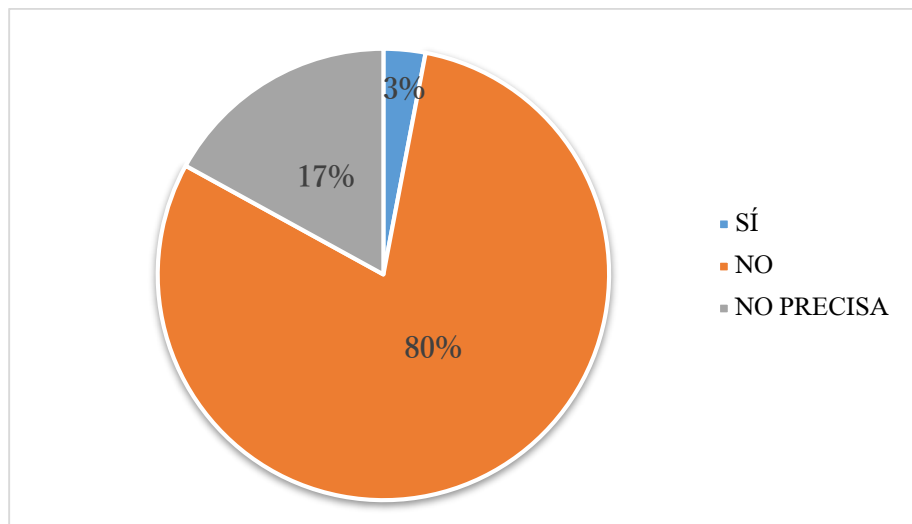
9.- En el lapso que viene laborando como Abogado penalista especializado en delitos de corrupción de funcionarios, ¿conoce casos en que el Ministerio Público haya solicitado la imposición de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, especialmente por el delito de Colusión?

CUADRO N° 09

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	02	3.07
NO	52	80.00
NO PRECISA	11	16.92
TOTAL	65	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 09



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

A la pregunta antes indicada, los encuestados en un 3% señalan que sí. El otro 80% indica, que no y, finalmente, el 17% refiere no precisar.

De estos resultados podemos inferir que en su mayoría, los abogados refieren que no han advertido que el Ministerio Público haya requerido la aplicación de las consecuencias accesorias especialmente en el delito de colusión.

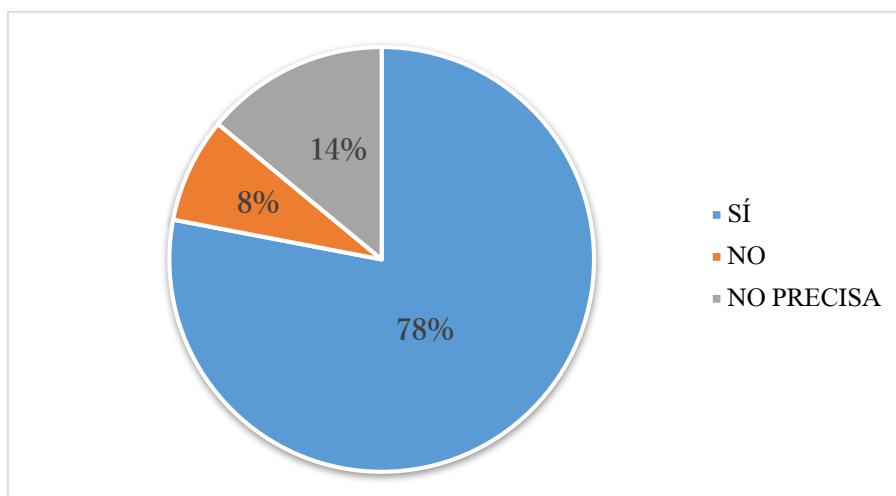
10.- *¿Cree que es importante requerir al Juez Penal la imposición de las consecuencias accesorias, si se advierte la actuación criminal de las personas jurídicas?*

CUADRO N° 10

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	51	78.46
NO	05	7.69
NO PRECISA	09	13.84
TOTAL	65	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 10



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

A la pregunta antes formulada, los abogados encuestados manifiestan en un 78% que sí. El 8% indica que no y, finalmente, el 14% no precisa.

11.- *¿Considera usted que, es suficiente con que el Derecho Penal enfrente la criminalidad del ente empresarial recurriendo a fórmulas de imputación individual*

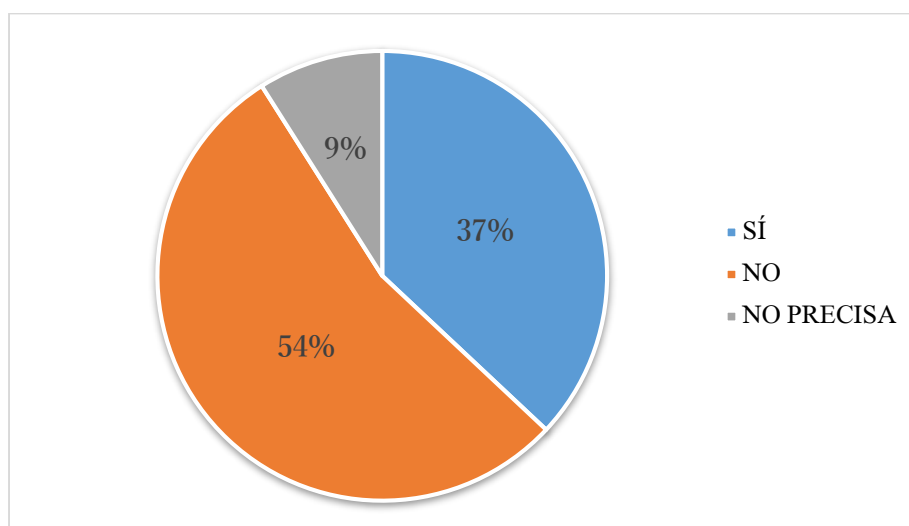
de órganos de representación de las personas jurídicas desarrollada por el Artículo 27° del Código Penal?

CUADRO N° 11

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	24	36.92
NO	35	53.84
NO PRECISA	06	9.23
TOTAL	65	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 11



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

Cabe advertir de la respuesta de los encuestados se desprende que, el 37% considera que sí. Mientras que el 54% manifiesta que no y, finalmente, el 9% indica que no precisa.

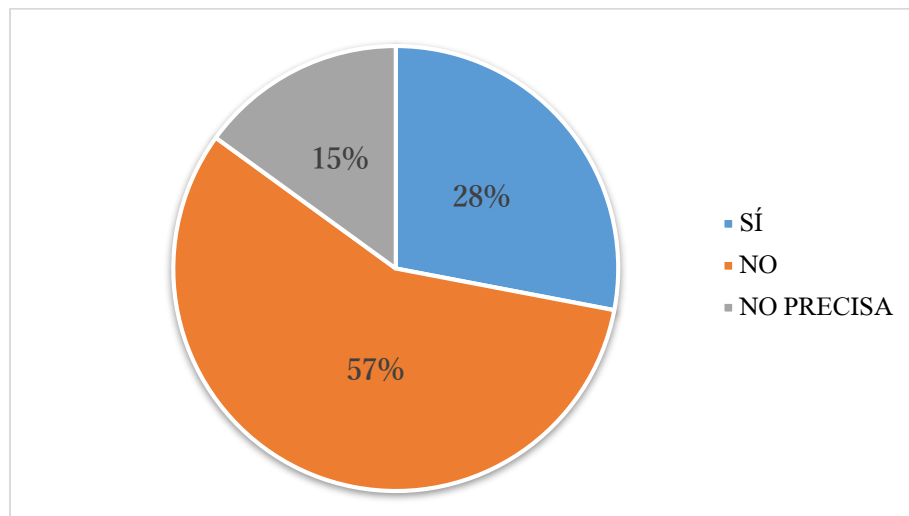
12.- *¿Considera usted que, es consistente atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas teniendo en cuenta que las estructuras dogmáticas sobre las que descansa el Código Penal son de corte individual?*

CUADRO N° 12

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	18	27.69
NO	37	56.92
NO PRECISA	10	15.38
TOTAL	65	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 12



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

De la pregunta antes formulada, los encuestados señalan en un 28% que sí. El otro 57% considera que no y, finalmente el 15% indica no precisar.

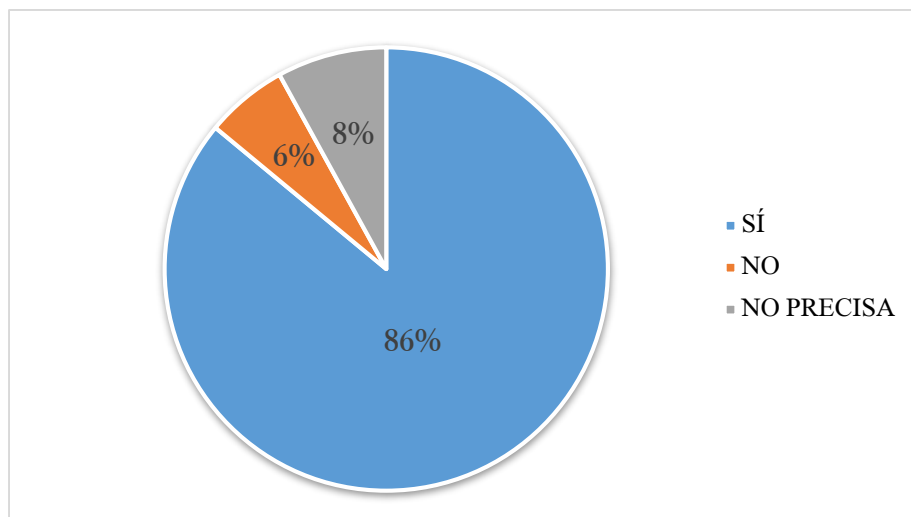
13.- *¿Considera usted que, es necesario instaurar un sistema de responsabilidad -específico- por el hecho propio de la persona jurídica?*

CUADRO N° 13

CATEGORÍA	Fi	%
SÍ	56	86.15
NO	04	6.15
NO PRECISA	05	7.69
TOTAL	65	100

Fuente: Ficha de análisis de encuesta
 Aplicada por la investigación en Huaraz, del 01 al 30 de noviembre de 2017

GRÁFICO N° 13



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

Cabe advertir de la pregunta planteada, que los Abogados encuestados en su mayoría, es decir, el 86% consideran que sí necesario instaurar un sistema de responsabilidad *-específico-* por el hecho propio de la persona jurídica. Mientras que, el otro 6% manifiesta que no y, finalmente, el 8% refiere que no precisa.

CAPÍTULO IV

VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Validación de hipótesis principal

En la presente investigación la hipótesis planteada fue la siguiente: *“En las acusaciones que realizan las Fiscalías Especializadas en delitos de Corrupción de Funcionarios por el delito de colusión, no solicitan o requieren las consecuencias accesorias para las personas jurídicas que participan en forma individual o en consorcio en hechos presuntamente delictuales; debido probablemente a la falta de conocimiento de los fundamentos de esta figura jurídico penal o, en su defecto por desconocimiento del iter procesal para incorporarlo al proceso”*, conforme a los datos teóricos y prueba empírica obtenidos en el trabajo de investigación, se ha podido validar la hipótesis formulada en el plan de tesis y ésta ha sido corroborada, por los siguientes fundamentos:

Los problemas sustanciales y procesales para la inaplicación de las consecuencias accesorias

Hay suficientes evidencias de la ausencia de la pretensión de aplicación de las consecuencias accesorias. Pero ¿cuál es la causa o motivo para ello? puede haber y, los hay por su puesto, muchos factores que explican tal fenómeno; sin embargo, se resume en dos problemas esenciales que influyen en la falta de aplicación:

- ✧ **Problemas sustanciales.-** Están relacionados al conocimiento, comprensión y valoración de los fundamentos en el Derecho Penal de las consecuencias accesorias.

En **primer lugar**, es necesario un *hecho principal* realizado por una persona natural. Es así que para aplicar las consecuencias accesorias prevista en el Art. 105° del C.P., se requiere previamente determinar a la persona natural responsable de un hecho punible *en el ejercicio de la actividad* –de la persona jurídica– o ha *utilizado su organización* para favorecerlo o encubrirlo¹²⁶. En tanto, la ley implícitamente señala que para la adopción de cualquiera de estas medidas contempladas en el Código Penal, es necesario la identificación y declaración de culpabilidad –*entiéndase, por medio de una sentencia condenatoria*– de una persona física del delito que corresponda (del tema en análisis, delito de colusión); caso contrario, no cumplen sus objetivos dichas medidas. Es así que la ausencia de condena de una persona natural obsta a la responsabilidad de la entidad en todos los demás casos, por ejemplo, en caso de absolución o sobreseimiento definitivo por inimputabilidad o error de prohibición siempre que estas se deriven de una falta de organización, cuando la responsabilidad penal del sujeto se ha extinguido por su muerte o por la prescripción de la acción penal, cuando se le impone una pena privativa de libertad suspendida o se le reserve el fallo condenatorio.

En **segundo lugar**, estas medidas están constituidas por un *juicio de prognosis criminal* que el Juez Penal hace a partir de la forma cómo está

¹²⁶ GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit. p. 16.

estructurada la persona jurídica con la finalidad de determinar si es probable la futura comisión de hechos delictivos a través o con ayuda de la persona jurídica. A este requisito se le conoce también como el requisito de la peligrosidad objetiva de la organización.

Por lo tanto, para que proceda la imposición de una consecuencia accesoria, la persona jurídica debe estar organizada de una forma tal que permita, favorezca o encubra la futura realización de futuros hechos delictivos, por ejemplo, que se haya creado una organización o empresa de fachada.

Este entendimiento tiene la siguiente limitación, en que si no hay prognosis, no hay fundamento para imponer una consecuencia accesoria (enfoque prospectivo)¹²⁷.

En **tercer lugar**, hay que señalar que la imposición de las consecuencias accesorias debe someterse a un *test de proporcionalidad* que abarca un *juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto*.

El *juicio de idoneidad* debe tener en cuenta no solo la finalidad preventiva antes señalada de la consecuencia accesoria (peligrosidad de la organización), sino también los intereses de los trabajadores y acreedores de la empresa afectada con dicha medida. El test de proporcionalidad exige hacer

¹²⁷ El Enfoque Prospectivo se fundamenta en el largo plazo. Supone la visión de un futuro deseado, donde el pasado, el presente y el futuro soporten de manera indivisible el proceso de la planificación. También responde a la necesidad de observar globalmente una situación, evaluar sus posibilidades de evolución e identificar los medios para su transformación y gerencia en el tiempo.

también un *juicio de necesidad* no solo para decidir si se impone una consecuencia accesoria para lograr el fin de prevenir la continuidad delictiva de la persona jurídica sino también para elegir cuál de ellas se impone en el caso concreto. Por último, debe hacer un *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*, en el que se determina si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma.

Dado el extraordinario despliegue de efectos que puede tener la aplicación de las consecuencias accesorias contempladas en el artículo 105 C.P., sólo pueden ser legítimas en un Estado de Derecho en la medida que sean idóneas para prevenir la actividad delictiva que desarrollan, esto es, sólo están justificadas cuando cumplan con el principio de proporcionalidad que rige toda forma de intervención que suponga una grave restricción de derechos como es el caso.

Aunque es uno de los principios constitucionales del debido proceso (Art. 139.5 CPP¹²⁸) en el caso de las consecuencias accesorias del Art.105 C.P., tratándose de medidas de extraordinaria gravedad que tienen efectos contra terceros, y teniendo el carácter de facultativa, el Juez tendrá que motivar su imposición. Esto es, el Juez deberá fundamentar que la medida impuesta es idónea, necesaria y proporcional para prevenir la actividad delictiva de la persona jurídica. No se trata pues de una simple motivación habitual, sino de una verdadera justificación de la medida argumentando detalladamente si la medida es adecuada en cuanto a su especie, proporcional

¹²⁸ Constitución Política del Perú de 1993.

y necesaria para prevenir la actividad criminógena que desarrolla. El Juez tendrá que tener en cuenta no sólo las restricciones de derechos que le supone al objeto social de la persona jurídica, sino los posibles efectos que para terceros puede tener la misma.

✧ **Problemas procesales.**- Están relacionados a la falta de conocimiento y comprensión del *iter procesal* para incorporar a las personas jurídicas en el proceso penal.

Las dificultades de procedimiento para la aplicación de las consecuencias accesorias se observan en diversos casos. La ausencia de regulación sobre el *status* de la persona jurídica y sus derechos y obligaciones dentro del proceso penal conlleva una importante inseguridad jurídica y, en no pocos casos, una ausencia del principio de Tutela judicial efectiva, aunque este vacío haya sido corregido por el artículo 90° del Código Procesal Penal de 2004, el cual exige efectivamente el emplazamiento e incorporación al proceso de la persona jurídica bajo la forma de «parte pasiva». Dos dificultades son especialmente relevantes:

Primero: La persona jurídica carece de legitimación para actuar como imputado en un proceso penal, lo cual limita seriamente su derecho de defensa.

Segundo: La imposición de las consecuencias accesorias están vinculadas a la imposición de una pena a la persona física, por tanto, el *status* de imputado sólo lo puede ejercer la persona física y, sin ella, la situación

procesal de la persona jurídica es realmente anómala¹²⁹. Estas dificultades han sido observadas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia peruana. Pues, no se debe olvidar que las personas jurídicas también tienen derechos y garantías que reclamar. Precluido el momento de emplazarlos, toda pretensión posterior sería refutada con facilidad.

Por otro lado, la pretensión de aplicación de las consecuencias accesorias, requiere necesariamente, conocimiento no solo de la existencia y vinculación de la persona jurídica con hechos criminales, sino también de la oportunidad de plantearla; de proponer con claridad y proporcionalidad qué consecuencia accesoria postular. No se trata de una simple postulación sino de una postulación que puede y debe tener éxito.

4.1.1. La necesidad de sancionar de diferentes maneras la actuación en el hecho criminal de las personas jurídicas

Una simple verificación de la gran criminalidad universal, se advierte que ella se realiza con intervención directa o indirecta de las personas jurídicas. Sería imposible la realización del hecho criminal sin la presencia activa de las personas jurídicas.

La gran criminalidad, aprovecha la legalidad impuesta y vigente en los Estados para destinarlo a fines criminales. O, mejor para aprovecharse de los vacíos normativos y actuar en la “legalidad”.

¹²⁹ Sobre todos estos aspectos, DÍAZ, Pita. 2008, p. 1221 y ss.

Pero lo antes indicado, sólo es una forma de actuación en actividades criminales de las personas jurídicas o, mejor en su instrumentalización.

La gran criminalidad, no hace participar de manera directa a las personas jurídicas en sus actividades; sino por el contrario, los involucra en la fase de agotamiento del delito o, cuando se trata de transferencias u ocultamiento de los bienes de origen ilícito. En este caso, la persona jurídica sirve como instrumento para esconder los productos del delito y, no para cometer el delito mismo.

En la realidad, ambas formas de involucrar a las personas jurídicas en actividades criminales, son las más recurrentes en el Perú y el mundo. Para la gran criminalidad no se descarta medio, forma o circunstancia de utilización, instrumentalización de las personas jurídicas; es más, les da manto de legalidad algunas de sus acciones criminales.

Lo antes indicado, conlleva necesariamente a pensar en responsabilizar por sus propios actos a las personas jurídicas. Pero ¿se puede aplicar las mismas consecuencias jurídicas que a las personas naturales? Evidentemente que no; no es posible. Es más, el sustento doctrinal e ideológico del Derecho Penal, se centra en la persona natural.

4.1.2. Respecto de la posibilidad de responsabilizar (penalmente) a las personas jurídicas en el Perú

No puede desconocerse que, en el momento actual del debate, hay un pleno consenso acerca de imponer consecuencias jurídicas en sede penal a las

personas jurídicas, cuando en su actividad social vulneran bienes jurídicos importantes.

En el caso del Perú, debe decirse que la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico constituye una de las expresiones más significativas de los esfuerzos del Estado para incorporarse como miembro pleno de la OCDE (Organización para la Cooperación, y Desarrollo Económicos). En efecto, las autoridades nacionales han considerado que la principal condición, en materia penal, que debe cumplir el Perú para ser admitido en el seno de la mencionada organización internacional, consiste en la implementación de un sistema que permita hacer penalmente responsables a las personas jurídicas, para así cumplir las exigencias de la Convención Anti-soborno de la OCDE (o Convención en materia de cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales), de 1997.

Con todo, es importante afirmar que la mencionada Convención no establece de manera expresa la necesidad de que un Estado incorpore una responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino sólo determina que las sanciones que a ellas se les impongan sean *eficaces, proporcionadas y disuasivas* (Art. 3 de la Convención). De este modo, tomando en cuenta la realidad peruana, en la que las consecuencias accesorias contempladas en el artículo 105° del Código Penal hasta el momento no han sido aplicadas de manera satisfactoria¹³⁰ y en la que comúnmente el legislador sigue

¹³⁰ Precisamente, este fue el leitmotiv de la emisión por parte de la Corte Suprema, del Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 (fundamentos jurídicos 7 y ss.), del 13 de noviembre de 2009, y de

orientaciones político – criminales extranjeras sin que necesariamente haya un proceso interno de reflexión previa y profunda en la que se tengan en cuenta las necesidades nacionales, parece ser que la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se demuestra como un lamentable escenario de próxima vigencia en el Perú.

Aunque el legislador peruano decida en un futuro próximo modificar el Código Penal, señalando que las personas jurídicas puedan ser castigadas con pena, de esto no podrá desprenderse necesariamente la afirmación de que aquellas puedan *cometer delitos*. La pena, como reacción con una carga ético – expresiva que la identifica y distingue de otras reacciones del Estado, solo puede tener como destinatario a un sujeto capaz de asimilar o entender esa dimensión (cuestión que no es asimilable en la persona jurídica, que no puede llevar a cabo acciones dolosas e imprudentes, ni mucho menos ser culpable por ellas, pues no puede decidir libremente como los seres humanos)¹³¹.

Si es que se estima conveniente la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación peruana, considero que podría ser interesante observar la experiencia en algún país culturalmente afín al nuestro, en el que aquella forma de responsabilidad se encuentra vigente, para

la posterior incorporación, al Código Penal, del artículo 105-A (incorporado por la 2.a disposición complementaria de la Ley N° 30077, publicada el 20 de agosto de 2013, y que entró en vigencia el 01 de julio de 2014). Asimismo, la OCDE ha reconocido que el régimen actual de consecuencias accesorias, no satisface las exigencias de la Convención Antisoborno de la OCDE, los comentarios a la convención y la guía de buenas prácticas establecida en el Anexo I de la recomendación 2009. Véase al respecto la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 4054/2014-PE, en el apartado El empresariado peruano y la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas).

¹³¹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p.151.

así poder reconocer con una esperable objetividad los efectos de la admisión de la orientación político – criminal.

Así, es posible poner como ejemplo el caso de España, en cuya legislación se encuentra vigente la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde 2010 (este tipo de responsabilidad fue introducido en el sistema jurídico – penal español por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Pues bien, al respecto es posible sostener que la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España prácticamente no ha tenido utilidad. Esto, a mi juicio, lo demuestra la más reciente reforma del Código Penal español (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de mayo), en la que se modificaron las disposiciones que regulaban aquella clase de responsabilidad, la que, dicho sea de paso, después de cuatro años de haber sido admitida en la legislación penal española (Art. 31 y siguientes del Código Penal español), no pudo hasta hoy encontrar sólidas bases para su concreta aplicación, principalmente por el escaso número de asuntos judiciales en los que fue planteada¹³².

A pesar de esta cercana referencia, los defensores de este tipo de responsabilidad penal se mantienen firmes en su posición. En ese sentido, estimo que, desde la perspectiva de aquellos, con una reforma legislativa en

¹³² A cinco años de la entrada en vigencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, existen solo dos sentencias que condenan penalmente a personas jurídicas. La primera, emitida el 9 de febrero de 2014 por la sección octava de la audiencia provincial de Barcelona, condena a una persona jurídica a una pena de multa de dos años con cuota de seis euros diarios, por un delito contra el medio ambiente. La segunda, por su parte, fue emitida el 17 de noviembre de 2014 por la sección primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (sentencia número 51/2014), en la que se condena –aunque con argumentos confusos– a tres personas jurídicas por delitos contra la salud pública. Las penas fueron las de disolución, multa y prohibición de realizar actividades comerciales en España por tiempo máximo de hasta cinco años.

la que se declare expresamente la admisión de una responsabilidad penal de las personas jurídicas sería suficiente para que aquellos reconozcan en tal reforma la mejor demostración de la adecuación del Derecho Penal a las exigencias de la criminalidad económica actual y la defunción del principio *societas delinquere non potest*¹³³. En esa línea, PRADO SALDARRIAGA recomienda que en el Derecho Penal nacional se deje de lado el –según él– *ambiguo espacio* de las consecuencias accesorias (artículo 105° del C.P.) y se adopte el *ya irreversible escenario de la responsabilidad penal propia y de las penas directas para las personas jurídicas que delincan, sobre todo en el ámbito del lavado de activos*¹³⁴.

Sin embargo, contrariamente a lo sostenido por aquel sector doctrinal (encabezado en nuestro país por el ya mencionado PRADO SALDARRIAGA así como por ZÚÑIGA RODRÍGUEZ¹³⁵, por solo mencionar a dos de los más destacados), pienso que una mera modificación legislativa no sería definitiva para zanjar la discusión. Así, aunque se pretenda intitular de manera expresa algún precepto del Código Penal con la frase *responsabilidad penal de las personas jurídicas* y, además, se decida modificar, por ejemplo, el artículo

¹³³ Por todos, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. “*Societas delinquere potest*”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; GORJÓN BARRANCO, María y FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio. (Coords). La reforma penal de 2010, Salamanca, Ratio Legis, 2010, p. 12.

¹³⁴ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. “*Consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas y lavado de activos en el decreto legislativo 1106*”, cit., p. 48.

¹³⁵ Véase, entre todos sus trabajos sobre el tema materia de análisis, los siguientes: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. “*Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del artículo 105 CP: Principales problemas de aplicación*”, en HURTADO POZO, José (editor). *Anuario de derecho penal. Aspectos fundamentales de la parte general del Código Penal peruano*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p.p. 473 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el anteproyecto de Código Penal peruano de 2009*”, en HURTADO POZO, José (editor). *Anuario de Derecho Penal. La reforma del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, p.p. 153 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. “*Societas delinquere potest*”, cit., p.p. 11 y ss.

105° del Código Penal para denominar penas a las consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas (sustituyendo así la calificación actual de *consecuencias accesorias*), de ello no sería posible admitir necesariamente que estas entidades colectivas posean capacidad de acción, puedan ser sujetos activos de delitos y, por tanto, sean capaces de delinquir¹³⁶. En efecto –y esto es muy importante–, hablar de responsabilidad penal de la persona jurídica constituye un error cuando el delito por el que se le hace responsable no ha sido cometido por aquella, sino por las personas físicas que actúan dirigiendo o representando a la entidad colectiva¹³⁷.

Más allá de la discusión concreta del fundamento o naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del artículo 105° del Código Penal vigente, la cuestión más relevante la constituye el hecho de determinar cuáles son los criterios de aplicación de las garantías sustantivas y procesales aplicables. Ahora bien, estos necesariamente suponen una toma de postura sobre aspectos materiales de fondo, como si se tratara de una responsabilidad propia o derivada. Por lo tanto, consideramos que una responsabilidad propia y directa de la persona jurídica es necesaria para cumplir con la prevención de las actividades criminógenas en las empresas. El control de los riesgos que desencadenan las diversas fases del ciclo económico, sólo puede realizarse con el sometimiento de la empresa a la ley, mediante criterios de autorregulación y la amenaza de la sanción.

¹³⁶ Sobre estas ideas ya tuve oportunidad de pronunciarme (aunque no exhaustivamente). Véase ALPACA PÉREZ. “*Reflexiones en torno al estado actual de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir del acuerdo plenario N° 7-2009/CJ-116*”, cit. p. 69.

¹³⁷ LUZÓN PEÑA. *Lecciones de Derecho Penal*, cit., p. 150.

Así, ciertamente, el modelo de la atribución de responsabilidad por el hecho *propio* constituye el punto de partida adecuado¹³⁸. En este sentido, aquello propio por lo que puede emitirse un reproche a la persona jurídica en la comisión de delitos de personas físicas es la creación de un determinado contexto (o la no adopción de medidas organizativas para la evitación de un determinado contexto) propicio para que las personas físicas cometan delitos. Con otras palabras, la persona jurídica puede constituirse por su propia dinámica, efectivamente, en un “estado peligroso”.

Ahora bien, la cuestión, en lo relativo a la imputación de responsabilidad, es si la infracción de determinados deberes destinados a evitar el “estado peligroso” del que las personas físicas se servirán en las eventuales actividades delictivas es un elemento suficiente para (co-)imputar a la persona jurídica la realización del tipo cometido por la persona física. O formulado de un modo más preciso: si la infracción de un deber de organización que le incumbe como propio a la persona jurídica puede considerarse una conducta típica –estructuralmente similar a lo que sucede en la participación– del delito finalmente cometido por la persona física.

La respuesta debe ser negativa. La infracción de un deber de organización de la persona jurídica no es título suficiente para la atribución de responsabilidad por el delito correspondiente¹³⁹. Las reglas de imputación de la responsabilidad penal se oponen a ello: no hay nexo jurídico-penalmente

¹³⁸ Confróntese con, por ejemplo, LAMPE. 1994, p. 731. Apostando por un modelo de autorresponsabilidad empresarial, GÓMEZ-JARA DÍEZ. 2006, p.p. 248 y ss.; reconoce que éste debe ser el punto de partida, CANCIO MELIÁ. 2006, pp. 10 y ss.

¹³⁹ Sobre ello, en general, véase FRISCH. 1996, p.p. 99 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. 1998, p.p. 196 y ss., con ulteriores referencias.

suficiente entre la infracción del deber de organización de la persona jurídica y la lesión producida por la persona física. Frente a ello resulta irritante proponer modificaciones en las reglas de atribución de la responsabilidad penal¹⁴⁰. Si lo que se pretende es atribuir responsabilidad *penal*, entonces las reglas que se utilicen para ello deben ser las *reglas de atribución de responsabilidad penal*. En cambio, si de lo que se trata es de hacer responsable, sin más, a la persona jurídica, las reglas de imputación pueden revestir otra forma más flexible, pero no puede pretenderse atribuir responsabilidad *penal* con reglas de atribución de responsabilidad *no* penales.

Esta conclusión no es una mera petición de principio. La conclusión es forzosa si se repara en que si en el Derecho Penal se abandonan las reglas de imputación penales y se atribuye responsabilidad penal con otras reglas jurídicas (más flexibles), entonces, se está quebrantando la necesaria relación lógica entre clase de responsabilidad, reglas de atribución de responsabilidad e injusto. Significa ello que ya no se podrá saber si un injusto es un injusto penal al no ser las reglas de atribución de responsabilidad las penales, sino otras. Por consiguiente, significa también que se difumina por completo el sentido de la responsabilidad penal.

Como puede observarse, la cuestión de la propia responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas físicas no depende tanto de si es posible o no predicar de ellas la capacidad de

¹⁴⁰ En el mismo sentido, véase CANCIO MELIÁ. 2006, p.p. 14 y ss., considerando que el fenómeno de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una manifestación más del denominado “Derecho penal del enemigo”.

culpabilidad en sentido tradicional, sino si, incluso reconociendo en ellas una “singular capacidad de culpabilidad”, es posible afirmar que llevan a cabo un “injusto penal” en relación con la producción del delito. El debilitamiento de las reglas de imputación penales que exigiría la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas sería tal que se perdería por el camino el aspecto penal de esas reglas, con lo que lo único que habríamos ganado sería insertar la etiqueta “penal” a una realidad que no la merece.

Sin embargo, en la medida que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se encuentra legalmente vigente en la actualidad, es de señalar que se tendrán que dedicar argumentos orientados a fortalecer los alcances de las mencionadas consecuencias accesorias.

4.1.3. Necesaria orientación hacia un sistema de imputación *–específico–* de responsabilidad de las personas jurídicas

Frente a la imposibilidad de atribuir responsabilidad penal originaria a la persona jurídica por el delito cometido por la persona física con las reglas de atribución propias de la responsabilidad penal, cabe plantearse la conveniencia de tipificar específicamente “injustos de las personas jurídicas”. Tales delitos obedecerían a la lógica de la anticipación de las barreras de protección y a la de la infracción de deberes específicos de organización de la persona jurídica para la evitación de delitos¹⁴¹. De entrada, esta posibilidad

¹⁴¹ Se trataría de una infracción de peligro y podría constituir la forma de hacer responder a la persona jurídica por la existencia del “estado peligroso” en el seno del cual la persona física comete el delito. De ser así, no se estaría haciendo responsable a la persona jurídica por el delito cometido en cuanto tal, sino sólo por crear el peligro genérico de comisión de delitos (haber posibilitado o no impedido que otros la utilizaran para cometer delitos). Apunta hacia una dirección similar, con resignación y ciertas reservas, últimamente, STRATENWERTH. 2004, p.

debe tomarse con escepticismo ya en el propio nivel del injusto, pues existen graves problemas de legitimación material de un injusto penal como delito de peligro abstracto de la mera desorganización empresarial y se incurre con demasiada facilidad en la atribución de responsabilidad penal por la simple infracción de deberes formales¹⁴².

Ello es desde luego así, si se contempla desde la óptica de las personas físicas que han de dirigir la actividad de la persona jurídica y organizarla de modo que ella no sea utilizada para la comisión de delitos por parte de personas físicas (terceros y ellos mismos): no es posible legitimar un tipo delictivo que castigue la no adopción de medidas organizativas empresariales en sí, sólo por la mera posibilidad de que un “tercero autorresponsable” utilice a la persona jurídica como instrumento para delinquir¹⁴³. Si, además, se pretendiera castigar a la propia persona jurídica, entonces, los reparos serían insalvables, por cuanto las personas físicas no llamadas a organizar de un determinado modo a la persona jurídica, responderían en idéntica medida que las directamente obligadas a hacerlo, de tal manera que un tipo así

198, quien pone de manifiesto los paralelismos de esta atribución de responsabilidad con el delito de embriaguez absoluta (Vollrausch) previsto en el § 323a StGB o en el § 287 öStGB (ya antes, apuntaba la similitud también DANNECKER. 2001, p. 117).

¹⁴² Sobre esta cuestión no se pronuncia LAMPE (véase supra la N° 27).

¹⁴³ Una posibilidad de tipificación alternativa, en principio menos insatisfactoria, sería la del castigo a las personas físicas con capacidad de gestión por la omisión del deber de evitación (o denuncia para la evitación) de ciertos delitos habiendo infringido previamente deberes organizativos empresariales elementales. Se trataría, en efecto, de una clase de omisión de gravedad intermedia (ya conocidas por nuestro Código Penal) que tendría por base un título de imputación de responsabilidad distinto al que sustenta la atribución de responsabilidad por el resultado, a saber, el deber general de evitación de ciertos delitos (graves). La cuestión problemática en este punto sería la de admitir la posibilidad de sancionar penalmente la comisión imprudente de tal delito por parte de los administradores.

configurado vulneraría el principio de personalidad de la responsabilidad penal, consagrando expresamente la responsabilidad por hechos ajenos¹⁴⁴.

El camino señalado no está tan alejado de aquellas posturas que entienden que no pueden aplicarse sanciones penales a las personas jurídicas e interpretan que las medidas expresamente previstas en la ley penal (como las consecuencias accesorias en el caso español) son medidas de seguridad o similares cuyo destinatario es la persona física que comete el delito¹⁴⁵. En realidad, podría afirmarse sin dificultades que las consecuencias accesorias que, sin ser penas, se imponen en el proceso penal a una persona física tienen un cierto, indirecto, contenido sancionatorio de carácter jurídico – público que innegablemente recae sobre la propia persona jurídica y, por otro lado, que los presupuestos de su imposición pueden fácilmente converger con los de la infracción de determinados deberes organizativos por parte de la persona jurídica¹⁴⁶.

Pero la opción apuntada todavía se aproxima más a la postura de quienes, en términos generales, han apostado por una vía intermedia, entre la administrativa y la penal (de las penas) para definir la naturaleza de la atribución de responsabilidad a las personas jurídicas¹⁴⁷. Ahora bien, a mi

¹⁴⁴ En general, sobre esta objeción a la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, véase, por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ. 1996, p. 20; MIR PUIG. 2004, p. 9; KÖHLER (1998), p. 559. 17

¹⁴⁵ Así, por ejemplo, MIR PUIG. 2004, pp. 1 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ. 2002, p.p. 252 y ss.

¹⁴⁶ Así entendido, nada obstaría a admitir que una eventual sanción de multa a la persona jurídica tuviera la naturaleza de consecuencia accesoria (en este sentido, MIR PUIG. 2005, p. 201 respecto de la previsión contenida en el art. 31.2 CP).

¹⁴⁷ Así, véase, por ejemplo y con matices de importancia, SILVA SÁNCHEZ. 2001, p.p. 340 y ss.; GRACIA MARTÍN. 1996, pp. 69 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ. 1996, p.p. 17 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE. 2001, p. 123.

entender, los “estados peligrosos” de las personas jurídicas deberían ser objeto de una regulación especial que tendría que materializarse al margen del Código Penal, a través de un cuerpo normativo cuyos destinatarios serían las propias personas jurídicas, que se ocupara de definir aquellas situaciones desorganizadas de las personas jurídicas que se quieren evitar y asociarles la correspondiente sanción (también pecuniaria). A la hora de establecer las mencionadas prohibiciones particulares, la ley en cuestión debería tener siempre como finalidad prevenir la aparición en la persona jurídica de un contexto que favorezca la comisión de delitos. La imposición de la sanción a la persona jurídica por la infracción de las prohibiciones en el marco del proceso penal en el que se dirima la responsabilidad de la persona física daría cumplimiento a las exigencias que parecen reclamar nuestros tiempos a un modelo de responsabilidad jurídica de los entes colectivos (como la empresa).

Estas esquemáticas afirmaciones requieren de ulterior desarrollo y análisis desde el punto de vista de su puesta en práctica en el ordenamiento jurídico peruano, una labor que desborda las pretensiones de este trabajo. Aquí se trata de poner de manifiesto que ante las dificultades que presenta lo que es propio de la persona jurídica para llegar a constituir una realidad merecedora de reacción jurídico – penal y ante las necesidades de configurar un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas no absolutamente desconectado de la comisión de delitos por parte de personas físicas aparece como una solución plausible la de una regulación expresa extrapenal de los presupuestos para la imposición en el proceso penal, de sanciones no penales

(incluyendo las pecuniarias junto a las consecuencias accesorias) a las propias personas jurídicas.

Esta solución estaría en condiciones de cumplir con el fin que subyace a la pretensión de atribución de responsabilidad (penal) a la propia persona jurídica: el de evitar graves defectos organizativos en las personas jurídicas que propicien la comisión de delitos por personas físicas, a la vez que no produciría erosiones en los principios fundamentales del Derecho Penal. Esta vía posee importantes similitudes con el modelo austriaco¹⁴⁸. No obstante, se distinguiría de éste, principalmente, en que no se construye la responsabilidad de la persona jurídica transfiriéndole la responsabilidad del administrador o de otras personas físicas que actúan en su seno, sino que se propone concentrarse en el establecimiento e infracción de concretos deberes de organización que corresponden a la propia persona jurídica en relación con la comisión de los concretos delitos.

En términos generales puede afirmarse que ha quedado atrás la idea (vinculada a la tradición jurídica continental y expresada bajo el aforismo “*societas delinquere non potest*”) de que las personas jurídicas habrían de quedar completamente fuera del ámbito de influencia del Derecho Penal. La cuestión, hoy por hoy, no es ya si puede o no reaccionarse sancionando a una persona jurídica en el seno de la cual se ha cometido un delito, sino *cómo articular la respuesta sancionatoria*.

¹⁴⁸ El modelo austriaco establece sanciones específicas para las organizaciones mediante la introducción de las figuras no penales de la responsabilidad solidaria indirecta.

CONCLUSIONES

1. La legislación peruana recoge el principio *societas delinquere non potest*, así la construcción punitiva del Derecho Penal peruano tiene una tendencia hacia la responsabilidad individual.
2. Se postula que las personas jurídicas sólo pueden realizar delitos (acciones típicas, antijurídicas y culpables) por intermedio de sus órganos de representación (Art. 27° CP).
3. Acerca de la naturaleza de las consecuencias accesorias (Art. 105° CP), la Corte Suprema sostiene que éstas no son penas, pues, en su opinión, poseen distintas funciones y efectos, ya que conforme a los artículos 45° y 46° del Código Penal la pena requiere de la culpabilidad del autor; de modo que la pena sólo se dirige a las personas físicas.
4. Su carácter accesorio en relación con la responsabilidad penal de una persona individual provoca ciertas limitaciones si es que no hay autor individual responsable.
5. El fundamento prospectivo de las consecuencias accesorias hace inviable la imposición o continuación de dichas medidas si es que se excluye o reduce la peligrosidad futura de la organización.
6. Se evidencia una nula aplicación de las consecuencias accesorias en la praxis funcional de la judicatura penal en el caso concreto (delito de colusión), por parte de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la ciudad de Huaraz, debido a la limitada concepción postulatoria

enmarcados en pretensiones tradicionales (pena y la reparación civil), ignorando en sus instancias pretensiones contra las personas jurídicas.

7. Pese a existir una regulación sustantiva (Art. 105° y 105°-A del CP), una regulación procesal (Art. 90° – 93° del CPP) y un Acuerdo Plenario 7-2009, que establece las pautas procesales y materiales de su aplicación, es patente la falta de aplicación de las consecuencias accesorias a personas jurídicas, en tanto, no genera un impacto real ni efectivo en la reducción o prevención de la criminalidad empresarial. Generando así una situación de impunidad para los entes colectivos que sean utilizadas para delinquir.
8. No hay una perspectiva corporativa en las investigaciones por parte del Ministerio Público. Solamente se ve a los individuos, no a las personas jurídicas. Esto hace que no se requiera su constitución en parte pasiva en el proceso penal (Art. 90° del CPP).
9. Probatoriamente no se trabaja en acreditar la base fáctica para imponer una consecuencia accesoria a la persona jurídica (peligrosidad objetiva), como tampoco se manejan solventemente los presupuestos materiales para su imposición: hecho principal, pronóstico criminal y proporcionalidad.

RECOMENDACIONES

1. Es importante mantener los criterios de imposición de las consecuencias accesorias no como una forma de imponer sanciones penales a la persona jurídica sino en controlar o eliminar el instrumento usado por las personas físicas para cometer delitos.
2. No es necesario trastocar la Teoría del delito, que abarca un sistema de conceptos dogmáticos como acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, dado que estas categorías tienen un sustrato psicológico por estar vinculadas únicamente con el ser humano, cuestión que no es predicable en la persona jurídica. Por lo que no resulta adecuado el establecimiento de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, situación que conllevaría a producir erosiones en los principios fundamentales del Derecho Penal de inspiración originalmente garantista.
3. Cabe plantearse la conveniencia de transitar caminos alternativos menos explorados hasta hoy como el de la imposición de sanciones no penales (las pecuniarias junto a las consecuencias accesorias) a la persona jurídica en el propio proceso penal, mediante la tipificación específica de “injustos de las personas jurídicas” orientados a una regulación expresa extrapenal con sus criterios y presupuestos propios para su imposición.
4. Dicha medida obedecería a la finalidad político – criminal que es ofrecer con claridad el criterio dogmático que debe tener en cuenta el Juez Penal para decidir en qué casos pueden ser aplicables y en qué medida imponer dichas sanciones a la persona jurídica en un proceso penal. Puesto que no se trata de

un problema de la dogmática penal sino de la voluntad legislativa en el ámbito de la política – criminal y, de manera más amplia, corresponde a la política general del Estado adoptar la decisión de cambio respecto del proceder tradicional.

5. Incorporar nuevas medidas aplicables a las personas jurídicas, prescritas en el Art. 105° del C.P., en el sentido de que se sancione a las personas jurídicas que se encuentren vinculadas a organizaciones criminales o se le encuentren vinculación con delitos relacionadas a corrupción de funcionarios, en caso de que las empresas intervengan en forma de consorcio, asimismo, se contemple la prohibición por un periodo determinado de participar en las contrataciones públicas, multa de acuerdo al beneficio obtenido o el daño creado por la actividad delictiva, así como la pérdida de beneficios fiscales y subvenciones.
6. Incorporar fórmulas legales que faciliten la punibilidad de las personas naturales que se sirven de la persona jurídica para la comisión delictiva. En este sentido, la fórmula del actuar por otro del artículo 27° del C.P., constituye tan sólo un simple avance en este sentido, que incluso puede perfeccionarse.
7. Es necesario una nueva aptitud técnica de los jueces. Debido a que procesar a una persona jurídica no es lo mismo que procesar a una persona natural con todas las garantías y derechos que involucre la misma, ningún Juez en el país ha sido formado hasta la fecha en ese tipo de acciones, por eso encontramos muchos titubeos, muchas prácticas implicantes en el quehacer de los jueces y fiscales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2da. Edición, Lima, Editorial Palestra, 2003.
2. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Autoría y Participación y la Teoría de los Delitos de Infracción de Deber*. En: Revista Penal N° 14, Lima, 2004.
3. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal – Parte General*. Lima, Ara Editores, 2004.
4. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 4ta. Edición, Lima, Editorial y Distribuidora de Libros S.A, 2008.
5. BRIONES, Guillermo. *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. México, Editorial Trillas, 1986.
6. CARO JOHN, José Antonio. *Ius Puniendi - Sistema Penal Integral*. Lima, Ideas Solución Editorial, 2015.
7. CARO JOHN, José Antonio. *Manual teórico y práctico de Teoría del Delito*. Lima, Editorial ARA, 2014.
8. CASTILLO ALVA, José Luis. *El Delito de Colusión*. Breña, Pacífico Editores S.A.C., 2017.
9. CREUS, Carlos. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990.
10. ELIAS LAROZA, Enrique. *Derecho Societario Peruano*. Trujillo, Editorial Normas Legales, 2000.
11. FERRARA, Francesco. *Teoría de las Personas Jurídicas*. Madrid, Editorial Reus, 1989.

12. FLORES POLO, Pedro. *Diccionario Jurídico Fundamental*. Lima, Editorial Grijley, 2002.
13. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal - Parte General*, 2da. Edición, Lima, Jurista Editores, 2012.
14. GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*. Lima, Editorial Grijley, 2008.
15. GARCÍA CAVERO, Percy. *Responsabilidad penal del partícipe extraneus, en los delitos especiales cometidos por funcionario públicos*. En: *Nuevo Proceso Penal y delitos contra la administración pública*, Lima, Editorial Juristas, 2014.
16. GARCÍA CAVERO, Percy y, CASTILLO ALVA, José Luis. *El Delito de Colusión*. Lima, Editorial Grijley, 2008.
17. HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto y otros. *Metodología de la Investigación*. México, Editorial McGrawHill, 2010.
18. HURTADO POZO, José. *Derecho Penal - Parte general*. 3ra. Edición, Lima, Editorial Grijley, 2005.
19. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*. Lima, Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación, 2008.
20. MORANTE GUERRERO, Luis. *Nueva Ley y Reglamento de las Contrataciones del Estado*. Breña, Pacífico Editores S.A.C., 2016.
21. ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Derecho Procesal Penal Peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal*. Tomo I, Lima, Gaceta Jurídica S.A., Primera Edición, 2016.
22. PARIONA ARANA, Raúl. *El Delito de Colusión*. Breña, Pacífico Editores S.A.C., 2017.

23. PARIONA ARANA, Raúl. *Participación en los delitos especiales – homenaje al profesor Raúl Peña Cabrea*. Lima, Ara editores, 2006.
24. PARIONA ARANA, Raúl. *La Teoría de los Delitos de Infracción de Deber. Fundamentos y Consecuencias*. En: Revista Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 19, Lima, 2011.
25. PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal – Estudio Programático de la Parte General*. Lima, Editorial Grijley, 1997.
26. RAMÍREZ ERAZO, Ramón. *Proyecto de Investigación / Cómo se hace una Tesis*. Lima, Fondo editorial AMADP, 2010.
27. RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Lima, Editorial Grijley, 2011.
28. RAMOS VÁSQUEZ, José. *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2004.
29. RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio: *Del otro lado del espejo: reflexiones desordenadas acerca del Derecho Penal en la sociedad actual*. En: Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2004.
30. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Tratado de Derecho Penal – Parte Especial*. Volumen 3, Lima, Legales Ediciones, 2016.
31. ROBLES TREJO, Luis Wilfredo y otros. *Fundamentos de la Investigación Jurídico Social*. Lima, Editorial Fecatt, 2012.
32. ROBLES TREJO, Luis Wilfredo. *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*. Lima, Editorial Fecaat, 2014.

33. RODRIGUEZ HUARADO, Mario y otros. *Manual de Casos Penales – La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*. Lima, Cooperación Técnica Alemana, 2008.
34. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ta Edición, Lima, Editorial Grijley, 2006.
35. ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia penal comentada*. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 1999.
36. ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima, Editorial Nomos & Themis EIRL, 2016.
37. ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. 6ta. Edición traducida por Cuello-Serrano, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1998.
38. ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General*. Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1997.
39. ROXIN, Claus. *Teoría del Delito en la discusión actual*. Traducción Manuel Abanto Vásquez., Lima, Primera edición, Editorial Grijley, 2007.
40. RUEDA MARTÍN, Ángeles. *Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública*. En: *Delitos contra la administración pública*, Lima, Editorial Idemsa, 2013.
41. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Delitos contra la Administración Pública – Jurisprudencia penal vinculante*. Tomo II, Lima, Editorial Idemsa, 2009.
42. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ta. Edición, Lima, Editorial Iustitia S.A.C., 2016.
43. SILVA SÁNCHEZ José María. *La expansión del Derecho Penal*. Madrid, Editorial Edifoser, 2011.

44. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona, J.M Bosch Editor, 1992.
45. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, Editorial Civitas, 1999.
46. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. Lima, 1991.
47. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal - Parte General*. Lima, Editorial Grijley, 2006.
48. VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal - Parte General*. Lima, Editorial ARA, 2014.
49. ZAFFARONI, Eugenio. *Estructura básica del Derecho Penal*. Buenos Aires, Editorial Ediar, 2009.
50. ZELAYARAN DURAND, Mauro. *Metodología de la investigación jurídica*. Lima, Ediciones Jurídicas, 2000.

ANEXO

MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

TÍTULO: INAPLICACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS CONTRA LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LAS ACUSACIONES POR EL DELITO DE COLUSIÓN EN LA FISCALÍA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE HUARAZ, 2012 - 2016.

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES	ASPECTOS METODOLÓGICOS
<p>Problema General</p> <p>¿A qué obedece la inaplicación de las consecuencias accesorias contra las personas jurídicas en las acusaciones por el delito de colusión en las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Huaraz, 2012-2016?</p>	<p>Objetivo General</p> <p><input type="checkbox"/> Determinar a qué obedece la inaplicación de las consecuencias accesorias contra las personas jurídicas en las acusaciones por el delito de colusión en las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Huaraz, 2012-2016.</p>	<p>Hipótesis General</p> <p>En las acusaciones que realizan las Fiscalías Especializadas en delitos de Corrupción de Funcionarios por el delito de colusión, no requieren las consecuencias accesorias para las personas jurídicas que participan en forma individual o en consorcio en hechos presuntamente delictuales; debido probablemente a la falta de conocimiento de los fundamentos de esta figura jurídico penal o, en su defecto por desconocimiento del <i>iter procesal</i> para incorporarlo al proceso.</p>	<p>Variable Independiente (X):</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Consecuencias accesorias <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Doctrina. ▪ Posturas. ▪ Fundamentos 	<p>TIPO:</p> <p>- Investigación Jurídica-Social y Formal. (investigación Mixta: Dogmática – Empírica)</p> <p>NIVEL:</p> <p>- Nivel Descriptivo</p> <p>DISEÑO:</p> <p>- No experimental</p> <p><input type="checkbox"/> Diseño General: Transeccional o Transversal</p> <p><input type="checkbox"/> Diseño Específico: Descriptivo-Explicativo</p>
<p>Problemas Específicos</p> <p><input type="checkbox"/> ¿Cuáles son las posturas que existen en el Perú respecto a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias?</p> <p><input type="checkbox"/> ¿Existe uniformidad en la doctrina y la jurisprudencia sobre la determinación de aplicación de las consecuencias</p>	<p>Objetivos Específicos</p> <p><input type="checkbox"/> Describir cuáles son las posturas que existen en el Perú respecto a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias.</p> <p><input type="checkbox"/> Explicar si existe uniformidad en la doctrina y la jurisprudencia sobre</p>	<p>Hipótesis Específicas</p> <p><input type="checkbox"/> En nuestro país, existen posturas disímiles respecto a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias; debido a que en cada</p>	<p>Variable Dependiente (Y):</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Acusaciones del Ministerio Público 	<p>PLAN DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y/O DISEÑO ESTADÍSTICO</p> <p>a) Determinación de la población o sujetos de estudio</p> <p>b) Selección de la muestra</p> <p>c) Diseño del instrumento</p> <p>d) Aplicación del método para procesar la información</p>

<p>accesorias a las personas jurídicas?</p>	<p>determinación de aplicación de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas.</p>	<p>autor prevalece su propia formación doctrinal.</p> <p>□ Existe falta de uniformidad en la doctrina y la jurisprudencia sobre la determinación de aplicación de las consecuencias accesorias, debido a la necesidad de unidad de criterios de imputación de sanciones a personas jurídicas, aunque haya sido subsanado en parte con acuerdos plenarios al respecto.</p>	<p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Doctrina ▪ Posturas ▪ Fundamentos ▪ Teorías ▪ Jurisprudencia ▪ Casos reales sucedidos ▪ Acusaciones de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios por el delito de colusión <p>Intervinientes (z):</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de funcionarios de Huaraz. 	<p>Población:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Universo Físico: La delimitación geográfica está constituida por el Distrito Fiscal de Áncash. • Universo Social: La población materia de estudio se circunscribió a los magistrados conformado por 15 Jueces penales, 20 Fiscales y 65 Abogados. N = 100 (Jueces, Fiscales, Abogados) • Universo temporal: Período de estudio correspondió al año 2012 - 2016. <p>Muestra:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tipo: No Probabilística • Técnica muestral: Intencional • Marco muestral: Jueces Penales, Fiscales, Abogados • Tamaño muestral: Se trabajará con lo siguiente: Personas (15 Jueces penales, 20 Fiscales y 65 Abogados) <p>Unidad de análisis :</p> <p>Conformada por:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Personas (Jueces penales, fiscales provinciales titulares y adjuntos y Abogados penalistas litigantes) 2. Doctrina y jurisprudencia penal y procesal penal y normatividad vigente. <p>INSTRUMENTO(S) DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Ficha de análisis de contenido: Para el análisis de los documentos y determinar sus fundamentos y posiciones en la jurisprudencia. b) Documentales: Ello referido a textos bibliográficos y hemerográficos para recopilar información sobre la doctrina penal. c) Electrónicos: La información que deberá recabarse de las distintas páginas web, que se ofertan en el ciberespacio, sobre el problema de investigación.
---	--	---	---	---

			<p>d) Fichas de Información Jurídica: Es un criterio de recolectar la información, a fin de almacenarla y procesarla adecuadamente en el momento oportuno, empleándose las diversas fichas.</p> <p>PLAN DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LA INFORMACIÓN</p> <p>a) Selección de la información que fue estudiada b) Selección de las categorías que se utilizarán c) Selección de las unidades de análisis d) Selección del sistema de recuento o de medida e) Representación e interpretación de datos</p> <p>Los <i>criterios</i> a seguir fueron los siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Identificación del espacio físico donde se buscó la información. - Identificación y registro de las fuentes de información. - Recojo de información de la información. - Análisis y evaluación de la información. - Sistematización de la información. <p>TÉCNICA DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS</p> <p><input type="checkbox"/> Técnicas:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Cuestionario: Para realizar la entrevista a profesionales o especialistas, respecto al tema de investigación. - Análisis documental: Atendiendo a que la investigación también es dogmática; por lo que se irá plasmando el análisis en ellas. <p><input type="checkbox"/> Contexto:</p> <p>La investigación se desarrollará en la ciudad de Huaraz.</p>
--	--	--	---