



UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

ESCUELA DE POSTGRADO

**RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS
JURIDICAS Y SU INFLUENCIA EN LOS DELITOS
ECOLÓGICOS EN LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR LOS
JUZGADOS PENALES DE LA PROVINCIA DE HUARAZ
(2005 - 2007)**

Tesis para optar el grado de Maestro
en Derecho
Mención en Ciencias Penales

MARITZA JULIETA HEREDIA OBREGÓN

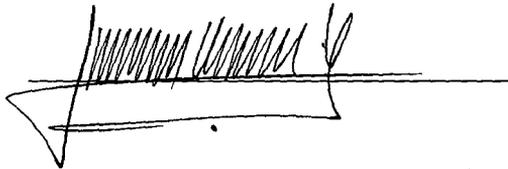
Asesor: Dr. GUILLERMO JACINTO GOMERO CAMONES

Huaraz - Perú
2014

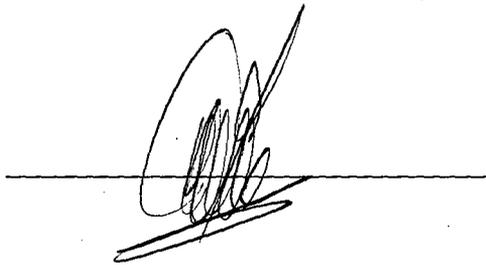
Nº Registro: T0363

MIEMBROS DEL JURADO

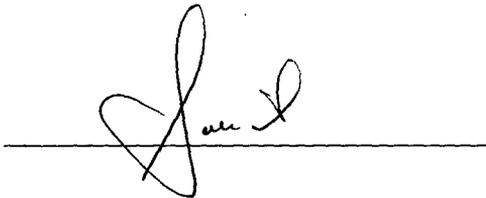
Magíster Florentino Obregón Obregón *Presidente*

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of vertical, parallel strokes followed by a few diagonal strokes, positioned above a horizontal line.

Doctor Elmer Robles Blácido *Secretario*

A handwritten signature in black ink, featuring a large, circular loop followed by several vertical and diagonal strokes, positioned above a horizontal line.

Doctor Guillermo Jacinto Gomero Camones *Vocal*

A handwritten signature in black ink, starting with a large, stylized 'G' followed by the letters 'uillermo', positioned above a horizontal line.

ASESOR

Doctor Guillermo Jacinto Gomero Camones

0

AGRADECIMIENTO

- A los pobladores, líderes y dirigentes de las distintas comunidades de la Región Ancash dirigentes por su confianza y amistad.
- A la Universidad por albergarnos nuevamente durante 02 años y apoyar mi perfeccionamiento profesional además de marcar el camino de la investigación.
- A mi asesor Dr. Guillermo Gomero por el apoyo y asesoría que me brindó, y por el aliento que hoy se ve materializado en este trabajo.
- A la Red de Comunicadores por la Educación y la Defensa Ambiental (RECOEDA, por haberme permitido compartir experiencias maravillosas y por hacerme crecer como persona y profesional.
- A mis amig@s, por su acompañamiento, oído y paciencia, a quienes, al igual que a mi familia, no tengo cómo devolverles el tiempo que no les dedique y los momentos que no pude compartir...;
- A todos aquellos sin cuya colaboración esta investigación no hubiera sido posible: a todos aquellos que desde el anonimato aportaron a este trabajo.

A Dios:

Por regalarme cada día para cumplir mis metas.

A mis padres: Hermelinda y Serafin

¡Gracias por darme la vida!

Por sus consejos, por el amor que siempre me han brindado, por cultivar e
inculcar el don de la responsabilidad.

A mis hermanos, Stalin y Dante.

Por ser mi inspiración para ser mejor cada día.

A todas las personas que estuvieron, están y continuaran a mi lado por el camino
de la vida.

ÍNDICE

	Página
Resumen	viii
Abstract	ix
I. INTRODUCCIÓN	1 – 5
Objetivos	4
Hipótesis	4
Variables	5
II. MARCO TEÓRICO	6 – 192
2.1. Antecedentes	6
2.2. Bases teóricas	9 – 189
2.3. Definición de términos	189
III. MATERIALES Y MÉTODOS	193 – 195
3.1. Tipo y diseño de Investigación	193
3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico	193
3.3. Instrumentos de recolección de la información	194
3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información	194
IV. RESULTADOS	196-200
V. DISCUSIÓN	201-206
VI. CONCLUSIONES	207

VII. RECOMENDACIONES

208

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

209-214

RESUMEN

La presente investigación pretende brindar además de un soporte teórico jurídico en la investigación del derecho como ciencia, responder de manera legal a necesidades reales que se presentan en el cotidiano vivir con el Medio Ambiente.

La contaminación y la degradación del ambiente, constituyen en el medio, un problema al que se le debe prestar alternativas de solución, un análisis doctrinal y jurisprudencial sobre el problema hace que se plantee un cambio en la normativa penal vigente en nuestro país desde una perspectiva de medio ambiente, salud pública y desarrollo sostenible.

El método del análisis histórico así como exegético-analítico son los componentes metodológicos que rigen la investigación. Un diagnóstico nos muestra que en nuestra región se están cometiendo delitos ecológicos que en su mayoría son cometidos por personas jurídicas. Así también un análisis comparativo de la normatividad jurídica de los otros países demuestra que ya existen leyes penales como jurisprudencia internacional en las cuales la responsabilidad legal de las personas jurídicas ya es una realidad.

Por lo mencionado la investigación representa un aporte a la ciencia del derecho y en especial al derecho penal, que debe enmarcarse en nuevos criterios que respondan eficaz y eficientemente a hechos y conductas lesivas para el medio ambiente.

Palabras clave: Responsabilidad penal, personas jurídicas, delitos ecológicos, contaminación, medidas accesorias, medio ambiente, norma penal, sanciones.

ABSTRACT

This investigation aims to provide support theoretical-legal in the investigation of law as a science, and respond to real needs that arise in daily life with the environment.

Pollution and environmental degradation, constitute in the middle a problem at that must provide it alternative solutions; a doctrinal and jurisprudential analysis of the problem makes that if is proposed a change in current criminal law in our country must start perspective from of the environment, public health and sustainable development.

The methods of historical analysis as the exegetical-analytical are the methodology components governing the investigation. One diagnosis shows that in our region are being committed environmental crimes that are mostly committed by legal persons. So as a comparative analysis of legal regulations of other countries demonstrates already existing criminal laws as international jurisprudence in which the legal responsibility of legal persons is a reality.

By the above the research represents a contribution to the science of law and particularly the criminal law that should be framed of new criteria that effectively and efficiently respond to facts and behaviors that are prejudicial to the environment.

Keywords: Criminal responsibility, legal persons, environmental crime, pollution, accessory measures, environment, criminal norm, sanctions.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo titulado “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y su influencia en los Delitos Ecológicos en las Sentencias emitidas por los Juzgados Penales de la Provincia de Huaraz 2005-2007”, tiene por objetivo establecer la influencia de la regulación deficiente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su influencia en el incremento de los Delitos Ecológicos.

Actualmente, conciliar desarrollo económico y protección al medio ambiente se impone como la tarea en la que las sociedades han de emplear todos los medios de que disponen, para lo cual el Derecho constituye un instrumento destacado. La protección del medio ambiente es una necesidad básica de la sociedad actual, lo que ha hecho que se reconozca al medio ambiente como un bien jurídico propio e individualizado, susceptible de protección a través del *iuspuniendi* del Estado, y por tanto, a través del Derecho Penal.

El Derecho Penal, como es lógico, no ha podido mantenerse aislado a dicha preocupación, produciéndose un continuo debate respecto a temas fundamentales dentro del Derecho Penal Económico y que frente a la cuestión medioambiental, adquieren un tono más acentuado, así la doctrina aborda problemas cotidianos como la identidad del bien jurídico penalmente protegido y sus técnicas de tipificación, los modelos de imputación, el recurso a la Ley Penal en blanco y la accesoriedad administrativa del Derecho Penal del Ambiente.

Es así que el Código Penal Peruano reconoce la existencia de un conjunto de delitos bajo el nomem iuris de Delitos Ecológicos¹, tipos penales destinados a reprimir la contaminación ambiental, que según su redacción parecen dirigirse en mayor grado contra los usuarios finales de productos o tecnologías potencialmente contaminantes, dejando sin represión o sanción efectiva alguna a los diseñadores o productores comprometidos en la gestión de los mismos. Aquí podríamos analizar los fenómenos de la producción de plaguicidas, plásticos, el represamiento de grandes ríos, la recuperación de tierras, proyectos de minería, entre otros.

La Región Ancash es una de las regiones con mayor riqueza natural del país, por tanto también es una zona propensa a los conflictos socio ambientales, así la Defensoría del Pueblo en el reporte de Setiembre de 2008, lista 7 conflictos, de ellos 4 activos y 3 latentes.², para el año 2012 la Defensoría de Pueblo ha enumerado 168 conflictos activos y 62 latentes a nivel nacional, de los cuales Ancash encabeza la lista de conflictos con 32 casos³. Dicho escenario en el que conviven empresas (minerías eléctricas, agroforestales, etc.) y poblaciones, pone sobre el tapete un tema presente hace mucho tiempo y complejo. *La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.*

Si bien existe normatividad para proteger el medio ambiente, ¿es esta eficiente y/o eficaz? Es decir ante la comisión de un delito ecológico cuyo sujeto activo

¹ La Ley 29263 modifica el Título XIII, denominándolos en adelante Delitos Ambientales.

² Recuperado de :
<http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales-aldia.php>

³ Recuperado de:
<http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales/home.php>

es una persona jurídica ¿Qué prevé nuestro ordenamiento? La respuesta normativa es eficiente?, la respuesta estatal es suficiente?. Estas son algunas de las preguntas que intentan ser respondidas en el siguiente estudio. Si bien respecto de la responsabilidad penal ambiental nuestra legislación ha avanzado de forma considerable al admitir plenamente la posibilidad de aplicar consecuencias jurídico penales a las personas morales pero es eso suficiente? O aún es necesario seguir buscando otros mecanismos que permitan ampliar la protección al medio ambiente.

En el Título II del presente trabajo se hace una revisión de las diversas teorías respecto a la naturaleza de la Persona Jurídica, así como modelos de Responsabilidad Penal de la Personas Jurídicas, se presenta el desarrollo en la legislación peruana y el tratamiento legislativo y doctrinario en el derecho comparado. Finalmente se aborda el tema de los delitos ecológicos

En el Título III, se desarrolla lo relativo a los métodos y técnicas empleadas consistentes en deductivo – inductivo, hermenéutico y exegético, todo esto con la finalidad de responder a la pregunta ¿En qué medida la regulación deficiente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas influye en los Delitos Ecológicos en las sentencias emitidas por los Juzgados Penales de la Provincia de Huaraz durante los años 2005 al 2007?.

En el Título IV, se presentan los resultados a partir del estudio de las sentencias emitidas por los Juzgados Penales de la Provincia de Huaraz, durante los años 2005 al 2007, cabe precisar que se han empleado las fichas de análisis de contenido para estudiar el contenido de las mismas.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL:

Establecer la Influencia de la regulación deficiente de la responsabilidad penal de las personas jurídica en los delitos ecológicos en las sentencias emitidas por los Juzgados Penales de la Provincia de Huaraz Durante los años 2005 al 2007.

OBJETIVOS ESPECIFICOS:

- 1.-Determinar la eficiencia de la actual regulación penal respecto a las personas jurídicas y comisión de los delitos ecológicos.
- 2.-Precisar los criterios empleados por los jueces penales para la imposición de las consecuencias accesorias en las sentencias emitidas por delitos ecológicos.
- 3.- Proponer criterios que hagan posible un nuevo tratamiento de la Responsabilidad Penal de las Personas jurídicas en relación a los delitos ecológicos.

HIPÓTESIS.

La regulación deficiente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas influye significativamente en los Delitos Ecológicos en las sentencias emitidas por los Juzgados Penales de la Provincia de Huaraz Durante los años 2005 al 2007.

VARIABLES.

VARIABLE INDEPENDIENTE.

X: Responsabilidad Penal de las Personas jurídicas

VARIABLE DEPENDIENTE.

Y: Delitos Ecológicos

OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.

VARIABLE INDEPENDIENTE.

X: Responsabilidad Penal de las Personas jurídicas

INDICADORES:

X1= Vulneración del deber de conducta.

X2 = Conexión jurídica con el resultado.

X3 = Atribuibilidad

VARIABLE DEPENDIENTE.

Y: Delitos ecológicos

INDICADORES:

Y1= Normas ambientales infringidas

Y2= Respeto a los límites máximos permitidos

Y3=Respeto a los estándares de calidad ambiental

II. MARCO TEÓRICO.

2.1 ANTECEDENTES TEÓRICOS:

En las indagaciones realizadas sobre los trabajos de investigación relacionados a la influencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica en la producción de los delitos ecológicos, no se ha encontrado, trabajo alguno que trate específicamente del tema, sin embargo existen algunos estudios que se refieren a la responsabilidad de las personas jurídicas y otros relativos a los delitos ecológicos y/o ambientales los que se anotamos a continuación:

- Corillocla Terbullino, Pavel (2006), en la Tesis **“El Derecho Fundamental a Gozar de un Ambiente Equilibrado y Adecuado”**, concluye que el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona humana forma parte de la legislación denominada propiamente ambiental, pues es una norma destinada a proteger el ambiente de manera directa y no de manera indirecta como la legislación común con relevancia ambiental, ni parcialmente como la legislación sectorial pues no se puede obviar el carácter bipolar indisoluble del derecho ambiental (individual y social).⁴
- Por su parte, Baigun, David (2000) en el libro, **“La responsabilidad de la Persona Jurídica” ensayo de un nuevo modelo teórico**, expresa que son muchas las razones que históricamente se suman en

⁴CORILLOCLA TERBULLINO, Pavel (2006) Tesis “El Derecho Fundamental a Gozar de un ambiente equilibrado y adecuado”. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. Pág. 15.

contra de la recepción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; no sólo en el ámbito normativo sino también en el sociológico y político, su trabajo es una propuesta para construir un modelo *ad hoc* de la teoría del delito para las personas jurídicas con la finalidad de neutralizar el fenómeno de la criminalidad contemporánea.⁵

- Carlo Enrico Paliero (1996) en el artículo titulado “**Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano**”, concluye que es necesario superar el obstáculo dogmático representado por el principio *nulla poena sine culpa* construyendo un modelo «paralelo» de culpabilidad «típico» a la persona jurídica; o interpretando el principio de la personalidad de modo a no excluir la responsabilidad penal de la agrupación, aun en ausencia de un cociente de culpabilidad.
- García Cavero, Percy en el libro “**La persona Jurídica en el Derecho Penal**”, explica las posibles formas de construir dogmáticamente la imposición de sanciones penales a la persona jurídica⁶.
- Regis Prado, Luis (2008) en el artículo “**La cuestión de la Responsabilidad Penal de la persona jurídica en el Derecho Brasileño**”, analiza los diversos sistemas de responsabilidad penal, sus falencias y ventajas y concluye que en el Brasil pese a los esfuerzos realizados, se privilegia político-criminalmente el fin en

⁵BAIGUN David. (2000) La responsabilidad de la Persona Jurídica, ensayo de un nuevo modelo teórico. Editorial Depalma, Buenos Aires. Pág. 50.

⁶GARCIA CAVERO Percy, (2008). La persona jurídica en el Derecho penal. Editora Juridica. Grijley. Lima Pág. 16

detrimento del medio. Lo que es inadmisibles en un Derecho Penal de perfil liberal y democrático, que tenga al ser humano como centro de todo Derecho⁷.

- Lopez Wong, Rosario (2009) en el artículo **“Acerca de la de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Determinación de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias: ¿Sanción penal o medida administrativa?”**, propone un modelo de paralelo al Derecho Penal individual en el que afianzando una "culpabilidad de las agrupaciones" se logre atenuar el problema de la criminalidad económica organizada.
- Por otro lado, respecto a los delitos ecológicos y el medio ambiente Reyna Alfaro, Luis (2008) en el estudio **“La Protección Penal del Medio Ambiente: Posibilidades y Límites”**⁸, pasa revista de los principales problemas que surgen en la esfera del Derecho penal del ambiente, incidiendo sobre la compatibilidad de los tipos protectores del medio ambiente y el principio de certeza.
- Cortaza Vinuesa, Carlos (2009) en el estudio **“Delitos Medioambientales: ¿De Peligro (Concreto, Abstracto O Hipotético) O de lesión?”** analiza los Delitos medio ambientales, deteniéndose en el bien jurídico y esbozando una clasificación de los mismos.⁹

⁷REGÍ PRADO Luis ((2000),) “La cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en derecho brasileño. publicado en la revista de derecho penal y criminología”, 2ª Época, núm. 6.

⁸ Recuperado de:
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_84.pdf

⁹ Recuperado de:
http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=118&Itemid=34

- Manrique Barrientos, Héctor (2005) en la tesis **“El Delito Ambiental en la Legislación Chilena, ¿Una Necesidad?”**, manifiesta que dada la ineficaz fuerza preventiva de la legislación civil y la administrativa se hace necesaria la intervención penal para combatir la delincuencia ambiental y de ese modo preservar el ambiente.
- El Doctor Martínez Montoya, Jesús (2009) en el Documento de Trabajo, editado por la Universidad Autónoma de la Ciudad de Juárez, concluye que de nada sirven las normas abstractas si los encargados de perseguir el delito no pueden aplicar la ley, y más curioso aún resulta que no hay desarrollo jurisprudencial respecto a los delitos ecológicos¹⁰.

2.2 BASES TEÓRICAS

2.1.1 LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS.

2.1.1.1 LA NATURALEZA DE LAS PERSONAS JURIDICAS

2.1.1.1.1 EL PLANTEAMIENTO DE SAVIGNI

Para Savigny, sólo el hombre concreto e individual es "persona" para el Derecho. Es este ser humano, individual, singular, irrepetible, el único que merece este calificativo. Cualquier otro sujeto de derecho solamente puede adquirir la calidad de persona a través de una ficción, de una

¹⁰ MARTÍNEZ MONTOYA, Jesús Abraham (2007) “Delitos Ecológicos”, editado por la Universidad Autónoma Ciudad de Juárez.

construcción conceptual sin asidero en la realidad de la vida, como es el caso del concebido y de la persona jurídica. En este sentido Savigny textualmente expresa al respecto que: *“La capacidad jurídica fue demostrada por nosotros como coincidente con el concepto de hombre singular. Nosotros la consideramos ahora como extendida a sujetos artificiales, creados por una simple ficción. Tal sujeto es llamado por nosotros persona jurídica, es decir persona que es solamente admitida para una finalidad jurídica. En ésta encontramos un nuevo sujeto de relaciones de derecho además del hombre singular”*. Vale la pena recordar que la “finalidad jurídica”, para lo que en el planteamiento de Savigny sólo es admitida la persona jurídica en cuanto “ficción”, es el poder contar con un centro ideal y unitario de referencias jurídicas. Es decir, de una expresión lingüística que identifica esta fantasmal ficción o centro formal para el efecto exclusivo de atribuirle derechos y deberes.¹¹

Las personas "jurídicas", dentro de la concepción muy precisa de Savigny, vendrían a ser fantasmas, entes ideales, como resultado de una operación de puro fingimiento. Es decir, la utilización de lo que, en nuestro concepto, es una

¹¹ FERNANDEZ SESAREGO, Carlos (1998), "Naturaleza Tridimensional de la Persona Jurídica". El artículo ha sido publicado en "Derecho PUCP". Nº 52, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. Pág. 11

innecesaria mentira para referirse a lo que no se halla, primariamente, en el mundo de las meras idealidades, sino en la realidad de la vida humana social. La propuesta de Savigny, que es genial en su pragmática concepción consistente en facilitar la vida de los negocios jurídicos. No encuentra una respuesta adecuada cuando pretende explicar su naturaleza. Y es que la persona jurídica se resiste a ser "reducida" únicamente a lo que es su dimensión formal. La persona jurídica no puede dejar de ser al mismo tiempo, en el plano coexistencial, una pluralidad de seres humanos vivientes que realizan en común una actividad valiosa. Es inaceptable, frente a lo que en realidad es el derecho, proponer un planteamiento unidimensional, reductivista, que pretende convertir a la "persona jurídica" en sólo una estructura formal, un centro ideal de imputación de "situaciones jurídicas subjetivas", es decir, de derechos y deberes.

La tesis de Savigny sobre la persona jurídica es correcta pero sólo es válida, según nuestro concepto, para explicar su dimensión formal. Se trata de una visión fragmentaria de este fenómeno jurídico.

2.1.1.1.2 EL PLANTEAMIENTO DE GIERKE

A la teoría de la ficción se opone la teoría que se ha dado en llamar realista. Entre los autores que propician la teoría

realista el más conocido y citado es, sin duda, Gierke contrariamente a lo sostenido por Savigny, Gierke observa que los grupos humanos jurídicamente actuantes no podían desvanecerse en una ficción, en lo que hemos calificado como una innecesaria mentira. Según su pensamiento, había que concederle a la "persona jurídica" una existencia igual a la de los seres humanos individuales, una entidad real. En este sentido, postula otorgar a dichas "personas jurídicas", en cuanto colectividades, una vida autónoma, una propia voluntad de acción y un particular interés. Frente a este ente, Gierke sostiene que el ordenamiento jurídico no lo crea sino que se limita a su simple reconocimiento. De ahí que su teoría es también conocida, indistintamente, bajo las denominaciones de orgánica, antropomórfica o de la realidad¹²

El mérito de la posición de Gierke es el haber desvinculado el concepto de persona de cualquier referencia al hombre y de haber reconocido que, además de los sujetos individuales, que los entes colectivos no constituyen una ficción sino una realidad. El error de esta teoría se encuentra, sin embargo, en sostener que la realidad de la persona jurídica es una existente por sí misma, anterior al

¹²BACIGALUPO, S. (1998). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, p. 65.

reconocimiento del ordenamiento jurídico. Los postulados de Savigny y de Gierke se imponen, por largo tiempo, en el pensamiento jurídico. La mayoría de los juristas que asumen el tema adhieren a la teoría de la ficción, considerando que la persona jurídica no es más que un centro ideal, una mera abstracción desvinculada de la realidad y el mundo de los valores.

2.1.1.1.3 LA CONCEPCIÓN DE FERRARA

Como la inmensa mayoría de los juristas que tratan la materia referente a la naturaleza de las personas jurídicas en las primeras décadas de siglo XX, Ferrara se adhiere a la teoría formalista. Dentro de esta concepción, siguiendo la huella de Savigny de conformidad con la apreciación del autor, se distingue claramente la situación ontológica del ser humano del concepto jurídico de “persona”. Esta última es una cualidad abstracta, ideal, suministrada por el ordenamiento jurídico y no “resultante de la individualidad corporal y psíquica”. El hombre es persona para el derecho cuando es reconocido como ente jurídico, dotado de derechos y deberes, por el ordenamiento jurídico.

Dentro de este planteamiento, como se advierte, no coinciden las nociones de “ser humano” y de persona,

siendo este último un concepto de mayor amplitud en la medida que la calidad jurídica de persona puede atribuirse por el ordenamiento jurídico a cualquier ente que no sea el hombre.

En síntesis y según la concepción de Ferrara, cuando el ordenamiento jurídico concede la calidad de persona a entes que no son seres humanos debe tenerse en cuenta que esta atribución de personalidad no es otra cosa que una forma de realización de intereses humanos. Las personas jurídicas, no obstante significar la realización de intereses humanos y estar constituidas por seres humanos, no constituyen una realidad corporal, orgánica, sino un ente ideal, una abstracción.

La persona jurídica no es para Ferrara “un hombre grande”. Para explicar su pensamiento, el autor expresa que si bien es cierto que el ser humano es la resultante de una suma de células, no por ello podemos sostener que nos hallamos frente a “una gran célula”. La persona jurídica es así, para Ferrara, una “unidad intelectual sintética” y, al no poseer una existencia separada e independiente de la pluralidad, ella consiste en la propia pluralidad abstractamente considerada, es decir, como masa unitaria. La persona

jurídica resulta existente e inmanente en la pluralidad. Y esto es tan cierto que para Ferrara ella dura mientras dura la pluralidad. El autor sostiene que “la unidad sintética en cada instante es idéntica a la pluralidad cambiante de la masa, de la cual no es sino su representación ideal”. De esta comprobación se sigue que la voluntad de la asociación como ente ideal es la voluntad de los concretos actuales miembros, es decir una voluntad colectiva. Esta voluntad, por consiguiente, no es la suma de las voluntades singulares de los asociados sino el “producto” de aquellas voluntades singulares “en cuanto que por influencias y reacciones psíquicas recíprocas las voluntades singulares se modifican, pero voluntad que no es la emanación de un ente místico colectivo, que puede considerarse como voluntad de este organismo social”. Se trata, por consiguiente, de una voluntad común de los asociados y no una voluntad del ente ideal “asociación”.

Por lo expuesto, podemos comprobar que en la concepción de Ferrara cabe distinguir los conceptos de “persona” y de “persona jurídica”. La persona es el sujeto de derecho, un concepto genérico, que comprende a todos los sujetos de derecho. Persona, por excelencia, es el ser humano. Al lado de los seres humanos existen otras personas, como son las

denominadas “personas jurídicas”. Ambas son sujetos de derecho y, como personas, constituyen una categoría jurídica ideal, abstracta, una pura forma jurídica, un ordenamiento legal unitario.

2.1.1.1.4 LA PERSONA EN LA TEORIA KELSENIANA

Hans Kelsen, a través de su difundida teoría Pura del Derecho opone, con rigor científico y con un indiscutible poder de fascinación, a los planteamientos antes referidos de Savigny y Gierke, una extraordinaria y coherente construcción del derecho, la misma que dominó el pensamiento jurídico occidental durante varias décadas. Así, La persona, tanto física como jurídica, es para Kelsen tan sólo un ente espectral, *"una*

*Expresión unitaria personificadora para un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, para un complejo de normas"*¹³.

Dentro del marco conceptual kelseniano, de carácter exquisitamente formalista, la persona resulta ser un ente espectral, una mera construcción del pensamiento normativo. La persona deja de ser el hombre, de carne y hueso, para convertirse tan sólo en un centro unitario de un complejo de normas que se ubica en la trama lógico formal del derecho. De este modo, el ser humano en cuanto tal,

¹³FERNANDEZ Sesarego, Carlos (1998), “NATURALEZA TRIDIMENSIONAL DE LA PERSONA JURIDICAS: El artículo ha sido publicado en “Derecho PUCP”. N° 52, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. Pág. 11

como unidad psicosomática sustentada en la libertad, queda fuera del derecho, pertenece al mundo de la naturaleza que no es, propiamente, el del derecho.

Dentro del esquema kelseniano, en el ámbito de su teoría "pura", tanto la persona física o natural como la persona jurídica o colectiva participan de la misma estructura formal en cuanto ambas personas resultan ser tan sólo, como está dicho, "la unidad de un conjunto de normas". Ambos conceptos, el de persona física y el de persona jurídica, son para Kelsen tan sólo construcciones auxiliares de la ciencia jurídica, la personificación de un conjunto de normas jurídicas, de obligaciones y autorizaciones. Si alguna diferencia existe entre ambas ella radica, según Kelsen, en la división de funciones. Estas funciones se ponen de manifiesto en lo que Kelsen designa como orden jurídico total y orden jurídico parcial.

El mencionado distingo entre orden jurídico total y orden jurídico parcial se fundamenta en que en la conducta humana, que es el impuro contenido metajurídico de las normas, es dable diferenciar un elemento de carácter personal o subjetivo de otro de estructura material u objetiva. El primero, según Kelsen, se refiere al sujeto mismo de la acción o de la omisión, mientras que el

segundo se contrae a la acción u omisión consideradas en sí mismas.

La distinción a que hace referencia Kelsen pretende diferenciar, dentro de su planteamiento formal, entre dos elementos claramente distinguibles. De un lado, el "quién", o sea el ente que realiza la acción o incurre en omisión, del "qué" hecho u omitido. Kelsen nos explica que en la norma integral se recogen o determinan ambos elementos aunque es posible, también, que la norma sólo contenga a uno de ellos con prescindencia del otro. El planteamiento kelseniano que, como se ha expuesto, nos conduce a una doble distinción, es decir, entre orden jurídico total y orden jurídico parcial, de un lado, y entre elemento personal o subjetivo y elemento objetivo o material, del otro, le permite extraer, sin dificultad dentro de su esquema formal, la conclusión que, cuando se alude a las personas jurídicas o colectivas, no se trata sino en realidad de actos u omisiones que se refieren a conductas de hombres individuales. De ahí que cuando el ordenamiento jurídico imputa deberes o derechos a las llamadas personas jurídicas debe entenderse, siempre y únicamente, que tales derechos o deberes sólo podrán ser cumplidos o incumplidos mediante acciones o conductas de seres humanos individuales, es decir, de personas físicas o naturales. De lo expuesto se concluye, por

tanto, que sólo comportamientos de personas individuales pueden constituirse en el contenido de las normas jurídicas.

2.1.1.1.5 LA PERSONA JURIDICA SEGUN LA TEORÍA EGOLÓGICA

Para Cossio, la valiosa teoría kelseniano sobre el derecho se circunscribe a ser sólo una coherente construcción conceptual en lo que al ordenamiento jurídico normativo se refiere, con absoluta prescindencia, nada menos, que del ser humano -que es su creador y protagonista- y de los valores que son los que otorgan sentido a la existencia humana y, por consiguiente, al derecho.

La disciplina jurídica se reduce así en el pensamiento kelseniano, tal como lo hemos señalado, a un esquema espectral, de carácter puramente lógico-formal. No obstante la crítica que Cossio formula al planteamiento kelseniano, alaba como válida y extraordinariamente clara la distinción formulada por Kelsen entre persona natural o individual y persona jurídica o colectiva. Coincidiendo con Savigny, pero a partir de una analítica existencial, Carlos Cossio sostiene que la única "persona" para el derecho en cualquier sentido que se use el término- es el ser humano individualmente considerado. Al afirmar que no es posible extrañarlo del derecho, como pretendía Kelsen, lo muestra

en su plenaria realidad. Es decir, que la persona, en cuanto tal, no puede ser separada de su libertad ontológica, de sus conductas, pero tampoco éstas pueden ser atribuidas a otro ente que no sea la persona. De ahí que Cossio apunte que los comportamientos humanos "no son independientes o separables del hombre que los hace" en cuanto se trata de dos términos de una misma realidad.

2.1.1.1.6 EL NUEVO RUMBO DEL PENSAMIENTO CONTEMPORÁNEO

Los tratadistas advierten la insuficiencia de la explicación formalista de la noción de "persona jurídica" en cuanto intenta reducirla únicamente a un espectral centro de referencias normativas. Es decir, a un ente ideal, a una mera construcción conceptual, sin correlato alguno con la palpitante realidad de la vida humana - donde se "vive" el derecho - y los valores que en ella se vivencian y realizan. Obviamente, la persona jurídica en su dimensión formal, en cuanto sujeto de derecho, es un centro unitario e ideal de imputación de "situaciones jurídicas subjetivas", es decir, de derechos y deberes. Pero también es cierto que la persona jurídica no se agota en su dimensión formal sino que es, ante todo y primariamente, una organización de personas que persigue fines signados por uno o más valores. Valores que otorgan sentido, tanto a la acción del ser humano individualmente considerado, como a las agrupaciones de

personas a quienes los une una actividad en común tras una finalidad valiosa.

En la persona jurídica como en cualquier otra institución jurídica se hallan inexorablemente presentes, en dinámica conjunción, la vida humana, los valores y las normas. No se concibe ninguna institución en la que esté ausente alguna de estas tres dimensiones en qué consiste el derecho. Y es que el derecho no es sólo vida humana social ni tampoco valores puros ni exclusivamente normas. Sobre la base de la vida humana se vivencian valores y se crean normas jurídicas. Por ello la vida humana es el elemento primario - aunque no el único del derecho. El derecho es una exigencia existencial del hombre que debe inexorablemente convivir en sociedad. Es inconcebible convivir sin normas reguladoras de las relaciones sociales. Es un imperativo que emana de la propia naturaleza de ser social que ostenta la persona. Por ello, el derecho pertenece a la estructura misma del ser humano.

Podemos afirmar, sin ninguna duda, que así como en su momento entraron en crisis las nociones de "derecho subjetivo" y la de "sujeto de derecho", entre otras pocas, también se ha replanteado la antigua concepción exclusivamente formalista de la "persona jurídica". Es un

concepto en proceso de repensamiento crítico a la luz de la tridimensionalidad propia del derecho. La revisión crítica de las nociones anteriormente mencionadas hubiera sido imposible si no se hubiese contado con el decisivo aporte de la filosofía de la existencia, la misma que aparece en el periodo que transcurre entre las dos grandes y cruentas guerras mundiales que la humanidad ha vivido con horror y desgarramiento. A esta contribución esclarecedora de la vida humana y, por consiguiente, del derecho, debe sumarse aquella otra que proviene de los planteamientos de la escuela tridimensional del derecho, la misma que encuentra una cada vez más amplia acogida en el mundo jurídico.

Podemos concluir expresando que los planteamientos que surgen del pensamiento contemporáneo sobre la denominada "persona jurídica" tienen su origen y raíz en las insatisfactorias respuestas ofrecidas por la doctrina en lo que concierne a su naturaleza y estructura. Las históricas soluciones propuestas, sustentadas primordialmente en una concepción formalista del derecho, pretendían reducirla, como con acierto sostiene Frosini, a un mero "castillo habitado por fantasmas". A la luz de una nueva visión de la estructura del ser humano y de su consiguiente rol protagónico en el derecho, se van descubriendo, no sin

fatiga ni dificultades, las evidentes limitaciones que presentaban aquellas explicaciones exclusivamente formalistas que, como la de Kelsen, reducen al derecho y sus instituciones a un puro juego de conceptos, a un sistema lógico-formal, rígido, cerrado y espectral. Es decir, a una construcción ideal que no guarda correspondencia con lo que realmente acontece en la experiencia jurídica, dentro de la cual carece de sentido ignorar la fundamental presencia de conductas humanas intersubjetivas y de valores vivenciados por ellas. En síntesis, la posición formalista nos brinda tan sólo una respuesta parcial, fragmentaria por formal, de la realidad en que consiste el derecho.

Las primeras reacciones de los juristas que advierten la clamorosa insuficiencia de una respuesta únicamente formal al problema de la "persona jurídica", es el volver su mirada a la realidad de la vida para encontrar en ella una respuesta adecuada al problema de la persona jurídica, alejándose de las ficciones o de otros recursos de pura técnica jurídica, que si bien son útiles, suelen impedir una clara percepción del fenómeno jurídico tal cual es. Los juristas, al observar que detrás del marco estrictamente lógico-formal propuesto por la concepción formalista se mueven y actúan seres humanos que se proponen y vivencian valores, llegan a la

conclusión que es preciso superar, de alguna manera novedosa, tan estrechos linderos conceptuales. Tal vez la primera reacción de algunos juristas, que aún no percibían con nitidez la realidad primariamente existencial del derecho, fue la de inventar ficciones, imaginar metáforas, como la tan conocida de "descorrer el velo de las personas jurídicas" para llegar, precisamente, a aquello que empiezan a intuir como elemento primario en el derecho: la vida humana y los valores que ella vivencia y realiza.

Los juristas que vislumbran que la noción de persona jurídica desborda los rígidos marcos conceptuales en los que los que rígidamente los encerró el formalismo, inician una indagación que, aún sin encontrar al comienzo soluciones de fondo e integrales al fenómeno del derecho y, por ende, al de la persona jurídica, se interesa por lo que real y efectivamente acontece en el seno mismo de la persona jurídica. Para ello, se ven obligados a liberarse, en primera instancia, de la malla exclusivamente formal en la que se hallaban atrapados y sin salida para lograr comprender, luego y a cabalidad, la compleja estructura de la persona jurídica. Complejidad vital que no se agota en la evanescente formalidad de los conceptos jurídicos.

En síntesis, se aprecia que el pensamiento contemporáneo en torno a la naturaleza misma de lo que se conoce como “persona jurídica” empieza a discurrir en una dirección que pretende, al superar la respuesta del formalismo jurídico, situarse dentro del cauce de la nueva concepción tridimensional del derecho.

2.1.1.1.7 EL LLAMADO “ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA” Y LA TEORÍA DEL “LEVANTAMIENTO DEL VELO.

Para explicar la naturaleza de la persona jurídica, más allá de las formales limitaciones en que la encerró la dogmática jurídica tradicional, así como para tener una visión más exacta de la evolución que ha sufrido en el presente siglo, particularmente en la legislación peruana, la noción de "persona jurídica", se hace necesario poner de manifiesto que todo el proceso de búsqueda de su identidad desarrollado de reciente en torno a ella es el inequívoco resultado de una mejor comprensión, de parte de jusfilósofos y juristas, de lo que significa el ser humano y de su decisiva gravitación en el derecho más allá de la pura formalidad instrumental.. No podemos olvidar, al respecto, que el derecho es creación del ser humano, una necesidad

existencial, desde que está naturalmente condicionado a vivir en sociedad.

Como expresábamos en párrafos anteriores, el concepto de "persona jurídica" entró en crisis cuando algunos juristas, al tomar conciencia de los requerimientos y urgencias de la realidad, ponen al descubierto las insuficiencias de las propuestas formalistas, imperantes por décadas, mediante las cuales resultaba vano explicarse el fenómeno jurídico de la persona jurídica en su compleja realidad y riqueza de matices. Se empezó a entender que era imposible llegar a la aprehensión global y completa de dicho fenómeno jurídico mediante una limitada visión formalista en la cual la persona jurídica se reducía a un ente ideal, a un mero centro unitario de referencias normativas. Es en este instante de histórica toma de conciencia de la complejidad y riqueza del ser humano -que podemos situarlo en las dos últimas décadas de la primera mitad del siglo XX- que en los medios jurídicos se empieza a hacerse referencia al hecho de que el concepto de "persona jurídica" ha entrado en crisis. Algunos autores reclaman, entonces, para llegar a la realidad existencial de la persona jurídica, la superación de la noción de persona jurídica entendida como una pura "forma".

El primer intento por llegar a la realidad misma de la persona jurídica, a sus dimensiones existencial y axiológica desterradas por el formalismo, tuvo como causas algunos casos en los cuales, tras la forma de la persona jurídica, desvirtuando su finalidad, se produjeron ejercicios abusivos de esta “forma”, actitudes dolosas, fraudes y otras actividades impropias de la finalidad de las personas jurídicas. Ciertos directivos o miembros de la persona jurídica se aprovechaban de modo ilícito de la “forma” de la persona jurídica en su propio provecho personal y en agravio de los demás miembros de la persona jurídica o de terceros. La mayoría de estos casos se presentaron en las sociedades, sobre todo en las anónimas o por acciones, en las cuales se aprovechó de la limitación de la responsabilidad de la persona jurídica para cometer actos ilícitos. Estas actividades se identificaron con la expresión de “levantamiento del velo” o con la de “abuso de la personalidad jurídica.

La doctrina resumida en la expresión de “descorrer el velo de la persona jurídica”, es decir el intento de superar el muro de su formalidad para penetrar en sus niveles existencial y axiológico, se desarrolló en las primeras décadas de este siglo principalmente en los Estados Unidos de Norte América, no sólo en virtud de la flexibilidad de su

derecho sino porque, en razón de su grado de desarrollo, prosperó la utilización de la persona jurídica, preferentemente en la vida de relación negocial. Es así que la expresión de “descorrer el velo de la persona jurídica” aparece por primera vez en el derecho norteamericano bajo las denominaciones de “*lifting of de corporation veil*”, “*piercing of de veil*” o “*disregard of legal entity*”.

En el sistema del *common law*, bajo la concepción formalista de Savigny, liberado del excesivo dogmatismo que agobia a menudo al derecho continental y a través de un mayor y más próximo control de los fines de la persona jurídica y su modo de aplicarlos en la experiencia, se elaboró en la jurisprudencia americana la doctrina del *Disregard*. Según esta doctrina los tribunales pueden prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica, para, penetrando a través de ella, alcanzar a las personas y los bienes que se cobijan bajo su formalidad. Por el *Disregard* se faculta, precisamente, a “descorrer el velo de la persona jurídica”.

Cabe señalar que una revisión del derecho comparado en cuanto al tema referente a superar la mera formalidad de la persona jurídica, para acceder directamente a los socios o administradores a fin de atribuirles responsabilidad cuando

proceden abusivamente, nos muestra que el debate está todavía abierto tanto en el plano teórico como en aquel de sus implicancias prácticas.

Frente a las situaciones expuestas los juristas se empeñaron en buscar una solución jurídica que permitiera penetrar en la realidad misma de la persona jurídica, superando la mera formalidad, para impedir el aprovechamiento abusivo de la persona jurídica así como para impedir también el fraude a la ley y, en su caso, imputar las consiguientes responsabilidades a los autores de tales actos.. Los resultados de algunos de estos esfuerzos han sido parcialmente glosados en páginas precedentes. Algunos lúcidos juristas y ciertos alertas jueces entendieron, no sin esfuerzo, que un dogma formal no podía detener la persecución y la sanción de la ilicitud. Se fue por ellos comprendiendo, a través de la experiencia, que una barrera meramente formal creada por el ordenamiento jurídico para facilitar la vida de relación de las personas jurídicas no podía desvirtuar esta positiva finalidad para ser aprovechada abusiva o fraudulentamente en beneficio de algún o algunos miembros de la misma en perjuicio de terceros.

La concepción de que el derecho no se reducía a una pura forma sino que era primariamente vida humana social valiosamente vivenciada fue paulatinamente imponiéndose

entre los juristas. Esta visión de la realidad misma del derecho abrió el camino para la búsqueda de soluciones a este falso problema.

En el curso de la afanosa búsqueda de soluciones jurídicas que permitieran impedir y sancionar dichos actos ilícitos cometidos en el seno de la persona jurídica y que se hallaban absurdamente protegidos por la impenetrable formalidad del dogma antes aludido, se han presentado, por lo general, dos propuestas de parte de la doctrina y la jurisprudencia comparada para contrarrestar el ejercicio abusivo de la formalidad de la persona jurídica. La primera de ellas parte del reconocimiento del mencionado dogma en torno a la calidad ontológica de la persona jurídica que la reduce a una unidad ideal. Los juristas que no ponen en entredicho este dogma, los que lo admiten sin mayor análisis crítico, son los que han propuesto la fórmula de “descorrer el velo” de la formalidad para penetrar en la realidad misma de la persona jurídica y poder, de este modo, sancionar a los responsables de los actos abusivos. Es un “velo” que se descorre sólo para este específico efecto y que, luego de alcanzado el efecto querido, se vuelve a correr. Se trata de un procedimiento indirecto, que encuentra así la posibilidad de no plantearse el problema

que debe esclarecerse para justificar la imputación de obligaciones y responsabilidades a los miembros de la persona jurídica.

La otra propuesta desconoce el dogma de la irresponsabilidad sin límites de los integrantes de la persona jurídica planteado por el formalismo jurídico. Esta corriente de pensamiento considera que la persona jurídica no se reduce únicamente a su dimensión lógico-formal sino que ella es, primariamente, una organización de personas naturales o jurídicas, o de ambas que realiza en común una actividad valiosa. A esta organización de personas, que constituye la dimensión existencial de la persona jurídica, debe sumarse la dimensión axiológica, es decir, los valores que vivencian los miembros de la persona jurídica en su actividad común y que se concretan en los fines perseguidos por ésta. Los valores otorgan un sentido y una razón de ser a la persona jurídica. Por lo tanto, los juristas que adhieren a esta posición no tienen que “descorrer” ningún velo para penetrar en la realidad existencial-axiológica de la persona jurídica. Simplemente, “rompen” el velo.

2.1.1.1.8 LA PERSONA JURÍDICA DESDE LA TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO.

Para la teoría tridimensional del derecho, la persona jurídica persona jurídica no se reduce automáticamente ni se confunde, única y exclusivamente, con su dimensión formal como consecuencia de su inscripción registral o de su reconocimiento administrativo según lo dispongan los respectivos ordenamientos jurídicos. Ello, de ocurrir, supondría el absurdo de prescindir de los seres humanos que real y efectivamente actúan en la experiencia jurídica y que concretan en actos jurídicos los fines valiosos que se propusieron al instituirlos. La “magia” o el invento de la persona jurídica, funciona *sólo para la reducción a la unidad formal de una pluralidad de seres humanos actuantes pero no para que desaparezcan del mundo (el subrayado es nuestro)*, ni de la persona jurídica tanto el conglomerado de miembros que la constituyen como los fines valiosos que proyectaron y tras la concreción de los cuales están dirigidas sus acciones. En tal sentido después de lo expresado en este párrafo debemos entender a la persona jurídica como una unidad formal reconocida por el ordenamiento jurídico para el efecto de **la atribución de derechos y deberes**, constituida por una organización de personas que persigue fines valiosos para la realización de

intereses colectivos y permanentes, para lo cual debe contar con medios idóneos.

En función a ésta última teoría que es la que ha adoptado el Perú, y como respuesta a la creciente ola de conflictos que sociales que tienen como causa primordial la pérdida de confianza en el Sistema de Justicia es que se hace imprescindible buscar una respuesta legal (penal) contra la comisión de delitos ecológicos. Queda claro que la persona jurídica es sujeto de derechos y deberes y como tal pasible de responder penalmente, a continuación se presentan las iniciativas y mecanismos que se han desarrollado hasta la actualidad para intentar proponer modelos de imputación que permitan abandonar el tradicional principio *Societas delinquere non potest*

2.1.2 MODELOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD A LAS PERSONAS JURIDICAS.

2.1.2.1 IRRESPONSABILIDAD PENAL DIRECTA O INDIRECTA

En general se reconoce ahora que las personas jurídicas tienen capacidad de acción pues son destinatarias de normas

jurídicas entre las cuales también se encuentran las penales y así como en muchas legislaciones pueden cometer “contravenciones” o “infracciones administrativas” graves también podrían “cometer delitos”. Pero se discute todavía la capacidad de culpabilidad con lo cual, aun cuando se constate una necesidad de protección de bienes o normas, se sugiere mayormente no recurrir al derecho penal.

La doctrina penal encuentra dificultades en los modelos de “responsabilidad penal” de la empresa, pues ellos constituirían una “imputación ficticia” dado que aquel Derecho penal vigente exigiría que la imputación penal se refiriese a “acciones” cometidas por el propio responsable, y ello no sería posible en los entes colectivos.

Como solución algunos sugieren mejorar el sistema de “medidas de seguridad”, otros proponen reforzar la responsabilidad contravencional ya existente, propuestas que a veces van de la mano con sugerencias de cambios en normas extrapenales. Para reforzar más aún esta postura, se suele argumentar también que supondría una “injusticia” castigar a “otro” (el ente colectivo) por el delito cometido por individuos, además de que penar al ente colectivo supondría “meter en un mismo saco a justos y pecadores”, es decir, hacer que, a través de la pena a la persona jurídica,

sufran tanto los responsables directos del hecho delictivo como otros que no lo son (otros empleados de la empresa, socios, trabajadores, la sociedad en su conjunto, etc).¹⁴

2.1.2.2 RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA Y CONSECUENCIAS ACCESORIAS

En la línea de desarrollar determinadas medidas aplicables directamente a las personas jurídicas que no sean penas ni medidas de seguridad, determinados países contemplan las llamadas consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas. Así, en la discusión teórica de hace algunos años solamente se veía como necesidad político-criminal el hacer responsable “subsidiariamente” a la persona jurídica en caso de comisión de delitos por parte de personas naturales que se valían de ellas. Este modelo se introdujo, tras algunas modificaciones en proyectos previos (como el de 1980), en el código penal español de 1995 bajo la denominación de consecuencias accesorias, para evitar la discusión que implicaba el empleo del término “medida accesoria” o “pena”. Se trataba de una solución intermedia destinada a controlar los peligros provenientes de aquellas personas jurídicas en cuyo marco se hubiesen cometido delitos. El Juez puede, así, imponer determinadas medidas previstas en

¹⁴URQUIZO OLAECHEA, José – ABANTO VASQUEZ, Manuel, SALAZAR SANCHEZ, Nelson. (2010) “Dogmática Penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann. Volumen I. p. 40-41

la ley: cierre temporal o definitivo de un local, disolución de la empresa, suspensión de actividades, intervención de la empresa, etc).¹⁵

De manera general, se justifica la existencia de las “consecuencias accesorias” por una necesidad “preventiva” ante la constatación de una “peligrosidad objetiva” proveniente del ente colectivo; se trata de contrarrestar los efectos de un delito ya cometido a través de la empresa o impedir la comisión de nuevos delitos. Sus características básicas (y requisitos para su imposición) son, en cuanto a lo material, su “conexión” necesaria con la comisión efectiva de un hecho delictivo de individuos, que se trate de un hecho delictivo que el legislador haya vinculado expresamente con la “medida accesoria”, que tal hecho demuestre una “peligrosidad objetiva” del ente colectivo (vinculación del delito con la actividad de la empresa y que la beneficie o se realice en su interés), la accesoriadad delictiva con el hecho principal (básicamente que exista un hecho “típico y antijurídico”, “necesidad” de aplicar la medida, y “proporcionalidad”; y, en cuanto a lo procesal, la imposición por parte de un juez, la concesión de audiencia a la parte afectada y, obviamente, la motivación de la

¹⁵Ob. Cit. p. 42.

resolución. Ahora bien, esta previsión legal ha generado en España una serie de discusiones en cuanto a su naturaleza (¿penal, cuasi-penal, administrativa, sui-generis?), su capacidad de rendimiento (dejaría vacíos en caso de faltar una responsabilidad individual) y su aplicación práctica. Lo cierto es que, dichas medidas, dependen de la verificación de la responsabilidad individual. En el caso nuestro, el legislador peruano ha importado este modelo y ha introducido en el artículo 105° del Código Penal de 1991 las denominadas consecuencias accesorias.

2.1.2.3 RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ENTES COLECTIVOS

Un modelo de “responsabilidad autónoma” de los entes colectivos resulta indispensable si se considera que realmente existen “vacíos de punibilidad” que no pueden ser llenados por la responsabilidad individual, que se trata de una cuestión de “justicia” el hacer responsables, en una sociedad moderna de riesgos, a las propias empresas por riesgos creados o no evitados por ellas, y que, es posible hacer que los entes colectivos sean motivados para cambiar de política empresarial hacia una que no atente contra los intereses de la sociedad, es decir, que se organicen de tal

manera que controlen los riesgos y ganen conciencia de su responsabilidad.

En la actualidad, cada vez se reclama más la creación de un derecho penal empresarial que tenga en cuenta las características propias de las empresas y, cree para ellas, un modelo de imputación penal específico, aunque paralelo al modelo de imputación para las personas individuales.

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no quiere reemplazar a la responsabilidad individual, sino incrementar la eficacia del derecho penal. La doctrina concuerda en que se debe tratar de una “responsabilidad acumulativa” en la cual deberían responder penalmente tanto los individuos como también los entes colectivos, cada uno de ellos por su propio injusto. Veamos ahora los modelos alternativos de esta responsabilidad propia de los entes colectivos.

2.1.2.3.1 EL MODELO DE LA “IMPUTACIÓN” AL ENTE COLECTIVO DE CONDUCTAS INDIVIDUALES

Entre los partidarios de una “responsabilidad penal” de los entes colectivos, algunos autores postulan la imputación a estos de los actos cometidos por sus “representantes”. De manera similar a lo que ocurre con la regla del “actuar por otro” (imputación de hechos punibles al ejecutor, aunque en

él no recaigan cualidades exigidas por el tipo para el autor), se imputa al “ente colectivo” el hecho punible realizado por determinados “órganos y personas vinculadas con el ente colectivo (representantes, mandatarios, incluso el “titular”. Como se ve, no se castiga al ente colectivo por un hecho propio, sino por el que han cometido otras personas (individuales), en el curso de las actividades de aquél y en su interés. Este modelo limita la aplicación del derecho penal debido a que se necesita identificar a una persona física cuyo hecho va a ser imputado al ente colectivo y quien además debe reunir el elemento subjetivo (de difícil prueba); y resulta demasiado amplia porque, una vez realizada tal identificación, prácticamente no se necesita más para una responsabilidad de la empresa. Además, una mera “imputación” de hechos ajenos no puede responder a la crítica que se le hace acusándola de admitir una “responsabilidad objetiva” en contra de principios penales elementales. Si se ha de “penar” al ente colectivo, tendría que vincular el reproche a una conducta propia y no a una ajena.

2.1.2.3.2 RESPONSABILIDAD PENAL PROPIA ("RESPONSABILIDAD ORIGINARIA")

Se argumenta que la persona jurídica no es pasible del juicio de reproche que se hace al autor del delito, puesto que ella,

carece, de poder desaprobar ético – socialmente su comportamiento, contenido en una norma jurídica. Tal dificultad dogmática, ha llevado a algunos a ofrecer modelos de responsabilidad penal de personas jurídicas ausentes del concepto de culpabilidad, sin embargo, se le critica a esta posición que con la renuncia a la culpabilidad no se hace más que retroceder a los avances hasta ahora encontrados en la ciencia penal.

El concepto jurídico penal de culpabilidad es un concepto sui géneris y normativo, que no puede seguir formulado tradicionalmente en un concepto psicologizado, en consecuencia, debe formularse un concepto de culpabilidad propio de la persona jurídica.

La construcción de un concepto de culpabilidad de las personas jurídicas que sea realmente autónomo y distinto de la culpabilidad de las personas físicas debe tener en cuenta las peculiaridades estructurales de las personas jurídicas. Es decir, la culpabilidad de la persona jurídica tiene que reflejar las distintas formas de “patología” de la gestión empresarial, en sus distintos grados de intensidad y de reprochabilidad

En la actualidad, un grupo cada vez mayor de autores postula la responsabilidad del ente colectivo por un hecho

propio. El problema original consiste en elaborar una o más disposiciones que determinen, en la ley penal, dicha responsabilidad colectiva, sin caer en contradicciones y sin dejar vacíos de punibilidad.

MANUEL ABANTO VASQUEZ¹⁶, citando a Heine, explica de las siguientes las alternativas:

a) Un primer intento consiste en considerar a la empresa como garante de protección de determinados bienes jurídicos. Esto ocurriría cuando se tratase de delitos ambientales o de la responsabilidad por el producto. Pero se ha criticado que se vería limitado por la escasa cantidad de situaciones prácticas en las que sería posible afirmar tal posición de garantía del ente colectivo pues ella exigiría un “monopolio” sobre los objetos de protección, algo que solamente podría darse en organismos de la administración pública y, en contados casos, con las empresas en relación con su propio patrimonio (“administración desleal”) o su seguridad (delitos laborales).

b) Como modelo puede tomarse, también, la ya existente imputación de responsabilidad propia del ente colectivo (persona jurídica) a través de los hechos ilícitos cometidos por determinadas personas que actuaren por ella; o sea, el ente colectivo será responsable (y se le podría imponer una

¹⁶ Ob. Cit., p. 50-52

pena) porque el delito (o contravención) cometido por un individuo (p.ej. un directivo de la empresa) es considerado como hecho punible de aquél.

La empresa responderá por no haber controlado, supervisado, de manera suficiente, a sus empleados para evitar las conductas individuales lesivas y, por tanto, se le imputa el hecho de constituir una empresa deficitaria. A diferencia del modelo de mera “imputación”, aquí se busca explicar un “hecho propio” del ente colectivo a través de conductas individuales, presupondría siempre una “culpa organizativa” consistente en una observancia de las previsiones necesarias para que, al interior de la empresa, se desarrollen conductas conformes a Derecho. El caso es que este modelo sigue exigiendo (como el modelo de imputación de conducta ajena), para admitir una “responsabilidad propia” del ente colectivo, una vinculación de la culpa organizativa con la conducta de determinadas personas individuales.

c) Para superar este problema se tiene que hacer el reproche penal (o cuasipenal) directamente al ente colectivo o empresa por una conducta propia independiente. Y aquí, a diferencia de la solución de la “posición de garante”, resulta más realista ver en el ente colectivo solamente un “garante

del control” o “garante de la supervisión” para evitar peligros provenientes de él, y hacerle responder por un “defecto”, “fallo” o “déficit” de tal control. Aquí existe primero la posibilidad de reprochar el hecho de constituir “empresas defectuosas” por promover, al interior de la empresa, una determinada “cultura defectuosa”, “cultura criminal”, etc.

d) Otra posibilidad consiste ya no en reprochar a la empresa una determinada “conducta” propia, sino su organización defectuosa. El problema está en precisar en qué consiste esta organización defectuosa: o bien puede verse como una “responsabilidad por vigilancia” (se debe precisar el objeto de vigilancia y los fines perseguidos) o una “responsabilidad por no respetar deberes especiales” previstos en la ley. Es cierto que existen “deberes empresariales” claros en el campo del derecho de la libre competencia, la responsabilidad por el producto y el medio ambiente, donde existen deberes específicos que deben ser cumplidos por la empresa misma (tomada en su conjunto), motivo por el cual el cumplimiento y la infracción están desvinculados de los individuos, así como también la imputación penal puede desvincularse de estos.

La ventaja estaría en que las propias leyes (especiales penales o extrapenales) fijarían de antemano los “límites de

la responsabilidad”, pero, por otro lado, y esto es decisivo, estos límites resultan muy estrechos (no abarcan nuevos riesgos) aparte de no incentivar a las empresas a activar su autorresponsabilidad.

Estos problemas no los tiene la responsabilidad por vigilancia, pero tiene la dificultad de tener que construir un “deber de vigilancia” propio más allá de los previstos específicamente en las leyes. En primer lugar, parece poco práctico precisar que se trata de “un deber de dominio sobre personas” pues esto tiende a una excesiva amplitud de la responsabilidad: debido a que cualquier carencia de organización puede llevar a la producción de delitos, el modelo tendría que ser corregido posteriormente mediante cláusulas de excepción u otros criterios. Lo mejor y más objetivo consiste en exigir un “management de riesgos” adecuados a las situaciones concretas, cuya deficiencia podría derivar, bajo determinados supuestos, la responsabilidad (penal) del ente colectivo.

La acción reprochable consistiría entonces en un “management defectuoso” (la empresa como garante supervisor y poseedor de los conocimientos cualificados ha omitido medidas idóneas) de riesgos provenientes del ente colectivo. Como se ve en este modelo se prescinde por

completo de toda vinculación con la culpabilidad y la acción de aquel individuo que hubiera actuado en interés de la empresa. En el aspecto subjetivo, se trata (al igual que en los individuos) de imputar (al ente colectivo o empresa) el conocimiento (y la voluntad) sobre los riesgos y los desarrollos empresariales defectuosos que tenían sus departamentos competentes, o sea, una imputación del “dolo” o eventualmente, de “imprudencia”.

La autoría del ente colectivo (empresa) se constituiría sobre la base de un “dominio de la organización” (y no del dominio del hecho), que existiría cuando la empresas hubieran desperdiciado la oportunidad de adoptar medidas oportunas e idóneas, sea a nivel horizontal (organización de la empresa frente a riesgos) o a nivel vertical (delegación o asignación de competencias). En suma, aunque todavía se discute sobre el modelo concreto, ha quedado claro que es factible una responsabilidad autónoma (penal) de la persona jurídica. Ella además, no atentaría contra el “*ne bis in idem*”, debido a que se distingue claramente (p.ej. como responsabilidad por conducción defectuosa de la actividad empresarial) de la responsabilidad (penal) de las personas individuales que actúan al interior de su seno. Por ello, también es posición dominante en este ámbito el que una futura responsabilidad penal del ente colectivo debe

consistir en una responsabilidad acumulativa, es decir, no debe reemplazar ni oponerse a la responsabilidad penal de los individuos.

Otro sector de la doctrina distingue cuatro diferentes modalidades de culpabilidad de las personas jurídicas¹⁷:

a) Culpabilidad por la Política de Empresa.

La culpabilidad de la persona jurídica emerge en primer lugar cuando se constata una política de empresa que conduzca necesariamente a la comisión de delitos, es decir, cuando la persona jurídica ha actuado principalmente para conseguir finalidades criminales o empleando modalidades criminales.

Un ejemplo evidente y grave es la empresa criminal: la empresa en manos de la criminalidad organizada, utilizada por ésta para realizar sus propias actividades (tanto lícitas cuando sobre todo ilícitas, tales como corrupción, tráfico de armas, fraude de subvenciones, blanqueo de capitales, etc). En éste caso sólo la criminalización directa de la empresa puede evitar el riesgo de que la represión penal se concentre exclusivamente sobre los testaferros de la organización criminal a quienes se encarga la gestión de la empresa.

¹⁷FOFFANI, Luigi, 2008. Bases para una Imputación Subjetiva de la Persona Moral: ¿Hacia una culpabilidad de las personas Jurídicas?. En Dogmática Penal del Tercer Milenio. Libro Homenaje a los Profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann, Ara Editores, Pag 107

Pero también se puede configurar una culpabilidad por la política de empresa en todos aquellos supuestos en los que ella crea o aumenta la probabilidad de la realización de conductas criminales por parte de los empleados o dirigentes de la misma.

b) Culpabilidad por la Cultura de Empresa

Se trata de un concepto de derivación sociológica con el que se define una manera de ser, una mentalidad, un ambiente empresarial que favorece la comisión de delitos. Una culpabilidad por la cultura de empresa en algunos países podría estar por ejemplo en la raíz de conductas como la corrupción, la financiación ilícita de partidos políticos, el fraude contra la hacienda pública, etc. Una traducción normativa de este concepto de culpabilidad por la cultura de empresa se encuentra a partir de 1995 en la legislación australiana, que prevé expresamente la corporate culture – la cultura corporativa- como una forma de organizacional culpability. La corporate culture se define aquí como “una mentalidad, un conjunto de usos, reglas, modalidades de gestión y de conducción de la empresa que encuentra su raíz en la estructura de la persona jurídica o en un determinado sector de la empresa”. Este criterio de imputación subjetiva

permite fundamentar la responsabilidad de la persona jurídica en aquellos supuestos en los cuales las reglas no escritas de la empresa han implícitamente autorizado los hechos antijurídicos o han impedido la formación de una cultura respetuosa de las reglas del ordenamiento jurídico.

c) Culpabilidad por la Organización

Este modelo de culpabilidad de la persona jurídica encuentra su fundamento en la teoría que ve el delito de empresa como el indicador de la existencia de una patología en los procedimientos de gestión interna, como un síntoma de la presencia de un defecto de organización. Para detectar este defecto es necesario analizar en profundidad la estructura de la empresa y sus procedimientos organizativos internos: por eso se ha elaborado el concepto de “culpabilidad por organización”.

La persona jurídica es culpable cuando sus directivos han omitido adoptar medidas de precaución dirigidas a prevenir la comisión de delitos o han adoptado medidas que se han revelado inidóneas para esta tarea preventiva.

La experiencia concreta más significativa en este campo es sin duda la de los Estados Unidos con las Federal Sentencing Guidelines de 1991 se ha introducido un mecanismo de

determinación judicial de las sanciones contra las personas jurídicas que tiene como finalidad declarada la valoración del “grado de culpabilidad de la organización” y la promoción de comportamientos colaborativos por parte de las empresas. Estas finalidades se han realizado a través del instrumento de los *compliance programs* (programas de colaboración), es decir, programas dirigidos a prevenir y facilitar el descubrimiento de delitos en el marco de la organización empresarial. La adopción de los *compliance programs* no es en líneas generales obligatoria (salvo cuando es impuesta por el juez como elemento de la probation, después de la comisión de un delito y de la condena de la empresa); pero la adopción preventiva y espontánea de un compliance program representa para la empresa un instrumento fundamental para prevenir la comisión de delitos y para autoprotegerse frente al riesgo de una sanción. La adopción y correcta implementación de un compliance program eficaz asegura a la empresa –según las Federal Sentencing Guide lines- la minimización de la eventual sanción económica. Por estas razones el sofisticado sistema estado unidense de los compliance programs parece haber tenido un impacto muy importante en el mundo empresarial, que ha reaccionado positivamente al mensaje del legislador. Para definir el modelo de culpabilidad

fundado sobre el mecanismo de los compliance programs se habla significativamente, en la doctrina norteamericana, de preventivefault, “culpabilidad preventiva”, para indicar cómo el epicentro del sistema de la responsabilidad de las personas jurídicas está hoy en la fase de la prevención de los hechos delictivos.

d) Culpabilidad por la Reacción

Es el caso de la responsabilidad por la producción y comercialización de productos defectuosos y es el caso sobre todo de los delitos contra el medio ambiente, en los cuales el resultado lesivo –cuando no sea el efecto de una verdadera catástrofe ecológica- se produce normalmente por la reiteración, en un largo periodo de tiempo, de conductas que individualmente no son penalmente significativas. En estos supuestos la eficacia de los compliance programs y de los mecanismos de la culpabilidad por la organización es muy limitada: la solución se debe hacer en un modelo distinto basado en la culpabilidad por la (falta de) reacción (reactive corporatefault), que se fundamenta en la falta de reacción de la empresa ante las manifestaciones sintomáticas de un peligro para la integridad de un bien jurídico que se sitúa dentro de la propia actividad empresarial. Todos estos modelos de culpabilidad de

empresa de los que se ha hablado describen las posibles formas que puede asumir el reproche a las personas jurídicas: a través de estos modelos se puede formular criterios de imputación subjetiva originales para las entidades colectivas: criterios de imputación que no sean la consecuencia de una abstracta “antropomorfización” de la persona jurídica y que se fundamentan precisamente en la estructura de la organización empresarial y en sus peculiares patologías. Esta “culpabilidad de empresa” se puede emplear tanto como criterio de imputación subjetiva en sentido estricto —es decir, como fundamento del reproche y de la responsabilidad penal—, como criterio de determinación de la sanción destinada a la persona jurídica.

2.1.2.4 LA TESIS DE CARLOS GÓMEZ – JARA DIEZ¹⁸

El debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas sigue siendo de plena actualidad. El centro de ese debate lo constituye la tensión entre la idea clásica de que, por exigencias del principio de culpabilidad, la pena solamente puede ser la respuesta al comportamiento de un individuo. Ante esta situación, la pregunta esencial que hay que hacerse es la de si el derecho penal, que nació en una sociedad de individuos, debe adaptarse a la actual sociedad

¹⁸PASTOR MUÑOZ, Nuria, ¿Organizaciones Culpables? Recensión a Carlos Gómez-Jara, La Culpabilidad Penal de La Empresa, Marcial Pons, Madrid, 2005, 365 Págs., En: InDret Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, Abril del 2006.

de las organizaciones y extender la pena a estas últimas, como tienden a hacer los legisladores contemporáneos y sostiene Gómez-Jara, o si, en cambio, la pena tiene que continuar siendo una respuesta al comportamiento de una persona física y, por tanto, la respuesta jurídica a los hechos de las personas jurídicas debe dejarse en manos de otras ramas del ordenamiento jurídico.

Gómez – Jara no construye la responsabilidad penal empresarial como una especie de responsabilidad análoga a la individual en la que se renuncia al requisito de la culpabilidad, pues en su opinión, la culpabilidad es fundamento de la imposición de toda pena. Por ello, su pretensión es reformular el concepto de culpabilidad en el Derecho Penal de manera que ésta última tenga la capacidad de abarcar tanto al individuo como a entes de naturaleza colectiva. En concreto, se propone construir la culpabilidad empresarial como un equivalente funcional de la culpabilidad individual, una responsabilidad penal genuina de la empresa y no “derivada” de sus miembros.

Su tesis reza esencialmente así: las empresas con una complejidad interna suficiente tienen una autorreflexión comparable a la conciencia de las personas físicas. Esa clase de empresas deben ser consideradas personas jurídico-

penales; con las garantías y la autorresponsabilidad que ello implica. Tales empresas son titulares de una libertad de organización empresarial y, por ello, son responsables de las consecuencias del ejercicio de esa libertad. El Derecho Penal tiene expectativas frente a ellas, de manera que si el comportamiento de una de esas empresas defrauda tales expectativas, el Derecho Penal puede responder comunicativamente con la pena para restablecer así la vigencia de la norma. En definitiva, pues, su responsabilidad penal se explica en los mismos términos que la responsabilidad penal por organización de las personas físicas. Para defender su propuesta, Gómez – Jara dedica una parte de su trabajo a responder a quienes afirman que no es posible construir un concepto de culpabilidad empresarial. En primer lugar, el autor admite que si se parte del concepto psicológico de culpabilidad no se puede afirmar la culpabilidad de la empresa, pero a la vez llama la atención sobre el hecho de que aquel concepto de culpabilidad ha entrado en crisis, de modo que las objeciones formuladas desde sus filas contra la responsabilidad penal de la empresa carecen de fuerza. En cambio, en segundo lugar, el autor sí considera necesario responder a las críticas provenientes de la concepción de culpabilidad como reprochabilidad, concepto hoy todavía

vivo en la doctrina. Según éste, la pena es un reproche ético – social y, debido a que no se puede predicar una dimensión ética del comportamiento de la empresa, esta última no puede ser objeto de la pena. A ello responde Gómez – Jara que, en primer lugar, sí es posible dirigir un reproche ético a la empresa y que, en segundo lugar, aunque no lo fuera, el obstáculo se supera definiendo la culpabilidad en términos jurídicos, y no éticos. Además el autor analiza el problema de si se puede afirmar que la empresa actúa con voluntad propia y, por tanto, que existen delitos cometidos por la empresa. A este respecto, Jakobs ha defendido que si se toma la voluntad del órgano para construir la voluntad de la persona jurídica, entonces no es posible hacer penalmente responsable al órgano. Así pues, según Jakobs, si se “transfiere” a la persona jurídica la voluntad de sus miembros para construir la responsabilidad empresarial, ya no es posible construir la responsabilidad penal de los miembros. Gómez-Jara considera que la crítica es correcta, pero que al tiempo no afecta al planteamiento que él defiende, en el cual la culpabilidad de la persona jurídica no se construye a partir de la del órgano, sino de modo autónomo. Es más, el autor concibe el delito de la empresa como una expresión de sentido conjunta de la empresa y la persona física que actúa: la empresa configura el marco y la

persona física actúa como ejecutor; según esto, a la empresa no se le atribuye un hecho ajeno, sino propio. Y precisamente porque la empresa tiene la libertad de configurar el marco previo en el que la persona física ejecuta el delito, se puede afirmar su culpabilidad. La autopoiesis de la empresa y la de la persona física que ejecuta no se excluyen mutuamente, sino que están diferenciadas, pues la organización y la persona física están compuestas por comunicaciones distintas. Por ello, responsabilidad empresarial y responsabilidad de la persona física no se excluyen mutuamente. Asimismo, Gómez –Jara se enfrenta a la crítica de Jakobs, según la cual la empresa no puede ser considerada persona en Derecho Penal porque carece de autoconciencia comunicativamente competente. En efecto, según Jakobs, el concepto de persona jurídica-penal presupone una autoconciencia comunicativamente competente que aparezca como capaz de comprender el significado de la norma y hacerla suya o rechazarla; cuando se intenta constatar tal autoconciencia en la empresa, aparecen, según este autor, dos dificultades irresolubles, a saber, que no se puede imputar a la empresa la autoconciencia del órgano (puede no ser la misma en el momento del delito que en el de la imposición de la pena, así que falla el criterio de identidad) y, sobre todo, que la

empresa carece de una autoconciencia propia entendida como “saberse libre a sí misma”. Gómez –Jara considera que este último argumento no es un verdadero obstáculo para afirmar que la empresa son personas jurídico-penales, pues para la teoría de los sistemas autopoieticos la capacidad de autorreflexión de un sistema psíquico (individuo) es idéntica a la de un sistema social (la empresa). En su opinión, los planteamientos como el de Jakobs parten de una concepción antropocéntrica de la autoconciencia y, por ello, excluyen la autorreferencialidad de la empresa como forma de autonomía. Sin embargo, Gómez-Jara, considera que la operación de la comunicación tiene la misma autorreferencialidad que la conciencia. Esta última es la auto observación de un sistema psíquico y es idéntica a la operación de auto observación de la empresa. Así pues, ser humano y empresa son sistemas autopoieticos que construyen su propia identidad sobre la base de sus operaciones autorreferenciales. Ahora bien, para el Derecho penal no es suficiente cualquier clase de auto observación para atribuir al sistema empresa la condición de persona jurídico-penal, sino que la auto observación debe presentar cierta complejidad. Por ello, al igual que no todos los seres humanos tiene capacidad de culpabilidad, tampoco todas las

empresas tienen la suficiente complejidad para que les sea atribuida tal capacidad.

Tras responder a las objeciones a la construcción de una responsabilidad penal de las empresas Gómez-Jara analiza los posibles modelos de fundamentación de la culpabilidad empresarial propuestos en la doctrina. El autor los clasifica en modelos de heteroresponsabilidad (atribución de la culpabilidad ajena) y modelos de autorresponsabilidad (atribución de la culpabilidad propia). Los modelos de heteroresponsabilidad abundan en la doctrina, pues evitan la difícil tarea de fundamentar una culpabilidad propia de la empresa. Su objetivo es encontrar un principio que permita atribuir a la empresa la culpabilidad de la persona física que actúa en su seno.

Otra propuesta que Gómez-Jara analiza es la construcción de la culpabilidad empresarial como una culpabilidad por la organización defectuosa de la propia empresa o por la ausencia de tal organización. Para ésta concepción de la culpabilidad la omisión de las medidas dirigidas a asegurar un funcionamiento empresarial no delictivo (infracción de los deberes de garante de la empresa) permite hacer a la empresa responsable de las infracciones cometidas por la

persona física (hecho de conexión). El problema de la no coincidencia temporal de la infracción de deberes de la empresa y el hecho de la persona física lo resuelve Tiedemann mediante el recurso a la estructura de la *actio libera in causa*. En este planteamiento, la culpabilidad de la empresa no solamente permite hacerle responsable de su déficit de organización, sino de los hechos delictivos cometidos por sus personas físicas. Gómez-Jara considera que, en primer lugar, al exigir un hecho de conexión, esta concepción no logra resolver satisfactoriamente los casos de “irresponsabilidad organizada”; en segundo lugar, añade que la única posibilidad que esta teoría ofrece a la empresa para quedar exenta de responsabilidad es la demostración de que no existe el hecho de conexión, pues una vez ése queda probado, se afirma automáticamente su culpabilidad; en su opinión, ello no es admisible, pues implica prácticamente una especie de responsabilidad objetiva; en tercer y último lugar, este planteamiento tiene la consecuencia indeseada de que, al transferirse la culpabilidad de la persona física responsable a la empresa, la culpabilidad de esta última excluye la de la persona física que ejecutó el hecho. En opinión del autor, el camino correcto a seguir es el de fundamentar una responsabilidad propia de la empresa que no con lleve la exclusión de la responsabilidad de la persona

física que actúa y que, al tiempo, admita causas de exclusión de la culpabilidad; ello puede lograrse con apoyo en la teoría de los sistemas sociales autopoieticos, entre los que se encuentra tanto la empresa como el ser humano.

Gómez-Jara considera que la teoría que permite incorporar el paradigma de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos al ámbito del derecho penal es el normativismo funcionalista de Jakobs, quien, si bien no acepta todos los postulados de la teoría de los sistemas, parte de que la sociedad es comunicación y ofrece un concepto de culpabilidad que puede ser compatible con el paradigma de la teoría de los sistemas. Gómez-Jara se apoya en ese concepto de culpabilidad, pero lo reformula de la mano de la teoría epistemológica adoptada por la teoría de los sistemas, a saber, el constructivismo operativo, y elabora un concepto constructivista de culpabilidad que le permite fundamentar la culpabilidad empresarial –la cual es precisamente rechazada por Jakobs. El concepto constructivista de culpabilidad de Gómez-Jara parte de que la sociedad se explica cómo comunicación y, por ello, delito y pena también son comunicaciones (expresión de sentido que cuestiona la vigencia de la norma y expresión de sentido que reafirma tal vigencia, respectivamente) que

tiene lugar en la sociedad. Este planteamiento se enriquece con el concepto de la comunicación personal, en la que el participante reconoce al otro como igual, como persona y, de ese modo, se reconoce a sí mismo como persona. Así pues, la comunicación personal define a los individuos como personas. Cuando entre los sujetos se generan expectativas (comunicaciones) sobre comportamientos y sobre expectativas ajenas se desencadena un proceso de reflexión social que desemboca en la institucionalización de expectativas sociales. Y la teoría de los sistemas identifica precisamente las expectativas reflexivas como determinantes del nacimiento de la autopoiesis social. Cuando las expectativas se rigen por el esquema derecho-deber, se pueden denominar normativas y dan lugar a la autopoiesis jurídica. Gómez-Jara desarrolla además el concepto de persona en el derecho penal empresarial.

El autor parte del concepto de persona de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos, para la que la persona en Derecho es un constructo propio del sistema jurídico, constructo al que se le atribuyen libertades y deberes y que constituye una identidad unitaria indivisible a la que se dirige la imputación.

El sistema jurídico no tiene acceso al interior de la persona (sea la psique, se la organización empresarial), el cual no comunica nada al sistema jurídico, sino que, a lo sumo, lo irrita (es energía, no información). Por ello, el sistema jurídico solamente construye una imagen jurídica (normativa) de la persona. Esta última sirve de acoplamiento estructural entre el sistema jurídico y el psíquico y entre aquél y el sistema empresarial. Ahora bien, el sistema jurídico no dota a cualquier cosa de la condición de persona, sino que exige cierta autorreferencialidad a un sistema para considerarlo persona jurídico-penal.

Mediante sus comunicaciones jurídicas (las expectativas normativas), el sistema jurídico atribuye a la persona derechos y deberes, que puede definirse como haz de derechos y deberes o punto fijo de expectativas normativas. La fidelidad al derecho es, pues, el rol de ciudadano fiel al derecho. A este respecto, Gómez-Jara, siguiendo a Jakobs, precisa que el sistema jurídico-penal atribuye el rol de ciudadano fiel al Derecho (vinculado a la culpabilidad) solamente a la persona jurídico-penal activa, concepto que coincide con el de sujeto activo –y no a la persona jurídico-penal pasiva (sujeto pasivo). La persona jurídico-penal activa es aquella que dispone de la competencia para

enjuiciar de modo vinculante el derecho y que actúa conforme a un esquema de deber y libertad. A ello añade Jakobs que a la persona jurídico-penal activa se le debe adscribir una autoconciencia comunicativamente comoterte, que este último autor reduce a los seres humanos y Gómez-Jara, en cambio, extiende a ciertas empresas suficientemente complejas para ser consideradas sistemas autopiéticos. En efecto, Gómez-Jara considera que la empresa puede encuadrarse en el concepto de persona jurídico-penal activa porque, aun cuando no tiene capacidad de acción, sí tiene capacidad de auto organización, la cual es un equivalente funcional de la capacidad de acción de las personas individuales e implica que la empresa esté dotada de libertad (competencia organizativa) para respetar las normas penales o cuestionar su vigencia. El autor considera que la tesis de que la empresa tiene aquella competencia organizativa que es requisito para poder afirmar su personalidad jurídico-penal activa viene respaldada por los planteamientos de Heine y Bottke. Según el primero, el dominio de la organización funcional sistémico por parte de la empresa es un equivalente del dominio del hecho propio del derecho penal individual; según el último, la empresa tiene atribuida la competencia sobre la organización de una serie de contactos sociales. Pues bien, ambos

planteamientos van en la línea de construir una competencia organizativa de la empresa que permite fundamentar su responsabilidad penal. Además, la explicación de la competencia del mismo Jakobs le proporciona argumentos que refuerzan su tesis: a la persona se le atribuye un ámbito de organización con el deber de que de él no se desprendan riesgos no permitidos y, como sinalagma de esa libertad, se le carga con la consiguiente responsabilidad por las consecuencias derivadas de la propia organización. Para Gómez-Jara, la atribución de capacidad auto organizativa a la empresa deriva de que esta última es un sistema autopoietico organizativo que no consiste en la suma de sus miembros, sino de sus comunicaciones, que son las decisiones. La empresa como sistema organizativo es independiente de sus miembros y se caracteriza por la autoconducción, la autorregulación y la autoadministración; además, posee como sistema cognoscente, un conocimiento organizativo distinto del de sus miembros. Así pues, el sistema jurídico-penal atribuye a la empresa competencia organizativa, le reconoce una libertad de autoorganización cuyo sinalagma es la responsabilidad por las consecuencias y le dirige la expectativa “se persona (autoorganízate) como persona y respeta a los demás como personas (de tal manera

que de tu organización no deriven riesgos no permitidos para los demás)”.

A este concepto de persona jurídico-penal, Gómez-Jara añade el criterio para diferenciar qué clase de empresas gozan de culpabilidad penal. En su opinión, solamente puede predicarse la culpabilidad de aquellas empresas capaces de realizar operaciones de auto observación tales que les permitan desarrollarla suficiente complejidad interna para poder hablar de autorreferencialidad. Cuando la autorreferencialidad es suficiente, la empresa puede convertirse en destinataria de las imputaciones jurídico-penales y, con ello, ser considerada persona en derecho penal. En consecuencia, quedan fuera del concepto de persona jurídico-penal, por su falta de autorreferencialidad, las empresas unipersonales, las sociedades pantalla y las empresas con una complejidad insuficiente. Este planteamiento es coherente con el derecho penal individual, el cual también diferencia entre seres humanos capaces de culpabilidad y otros que no lo son, por su falta de autoconciencia (por ejemplo, los menores de edad), sobre la base de este concepto de culpabilidad empresarial, Gómez-Jara cierra su planteamiento con el análisis de los tres elementos que, a su entender, son los fundamentos

materiales de la culpabilidad: la fidelidad al derecho como condición de vigencia de la norma, la igualdad objetivada entre las personas y la posibilidad de cuestionar la vigencia de la norma mediante un procedimiento conforme a Derecho. Los tres se sintetizan en la figura del ciudadano fiel al Derecho, cuyo equivalente funcional en el ámbito empresarial es el ciudadano corporativo fiel al Derecho. Para definir este último concepto, el autor parte de la doctrina estadounidense sobre el Good Corporate Citizen, según la cual, para cumplir ese rol de buen ciudadano corporativo, la empresa debe autorregularse a sí misma a la luz de los parámetros externos que debe cumplir, crear los mecanismos internos necesarios para controlar su actividad y evitarla producción de peligros para el entorno social.

La doctrina estadounidense ha creado, además, los llamados Effective Compliance Programs, una especie de indicadores de esa cultura corporativa de respeto al Derecho que sirven, también en la práctica, como medio de determinación de la culpabilidad corporativa. Sobre la base de esas ideas, Gómez-Jara desarrolla los fundamentos materiales de la culpabilidad empresarial.

El primero de ellos es la fidelidad al Derecho como condición para la vigencia de la norma. La vigencia de una norma del sistema social –y el sistema jurídico-penal es un sistema social- necesita de una condición –a la persona se le impone la tarea de cumplirla-, así como, en caso de infracción, de una garantía –ser restablecida mediante una comunicación (la pena). Las personas deben procurarse por sí mismas la suficiente predisposición al cumplimiento de las normas. En caso de que la predisposición de cumplimiento al derecho falle, el sistema debe llevar a cabo una comunicación dirigida a restablecer la vigencia de la norma y, con ello, a reafirmar el sistema social puesto en duda por la persona infiel al derecho. Pues bien, esta explicación general de la fidelidad al Derecho se concreta, en el ámbito empresarial, en el concepto de fidelidad empresarial al derecho. La descentralización que caracteriza nuestra sociedad se manifiesta en las organizaciones empresariales, las cuales se han constituido en unidades autónomas de organización, productoras esenciales de dos elementos característicos de la sociedad, a saber, el riesgo y el conocimiento. Ante esta realidad, el derecho debe transformarse: ya no puede aspirar a controlar directamente el contenido de las organizaciones empresariales, sino solamente a imponer a las empresas la tarea de “procurarse

la necesaria fidelidad al derecho” y a controlar el contexto en el que éstas últimas ejecutan, mediante su autorregulación, tal tarea –es decir, el derecho solamente pueden pretender regular la autorregulación-. En concreto, la autorregulación de la empresa consiste en la actividad de esta última dirigida a generar su propia fidelidad al derecho, a mantener una cultura empresarial de cumplimiento con el Derecho mediante estructuras organizativas y a asignar, para ello, responsabilidades, procesos y recursos. Una cultura empresarial de incumplimiento del derecho que no puede reconducirse a decisiones concretas, sino que está generada por la misma organización, cuestiona la vigencia de las normas y, por ello, constituye el equivalente funcional de la culpabilidad individual.

El segundo fundamento material de la culpabilidad es la igualdad objetivada entre las personas. El reconocimiento de la igualdad entre las personas unido a la estandarización en el sistema jurídico-penal de la voluntad de cumplir con la norma (deber de fidelidad al Derecho) implica que cuando se releva a alguien de ese estándar objetivo, ese sujeto deja de ser considerado persona y por ello no se le puede imponer una pena. En cambio, si aquél de quien se espera que cumpla con el estándar de la fidelidad al derecho, esto es, aquel que es tratado como persona –porque se le asigna

competencia para cuestionarla vigencia de la norma (tiene libertad de organización)-no respeta ese estándar de fidelidad al derecho, se puede afirmar su culpabilidad e imponerle una pena en reconocimiento de su estatus de persona. Pues bien, el sinalagma libertad de organización-responsabilidad por las consecuencias tiene su equivalente funcional en el ámbito empresarial, a saber, el sinalagma libertad de (auto) organización-responsabilidad por las consecuencias de la actividad empresarial. Según este sinalagma, la empresa que en el ejercicio de su libertad de (auto) organización- la cual tiene su base en la libertad de empresa reconocida por la Constitución y en la obligación de controlar el riesgo generado dentro de los márgenes del riesgo permitido, deberá ser hecha responsable de las consecuencias. De este modo, Gómez-Jara logra construir la culpabilidad empresarial sin recurrir a conceptos rechazados por la doctrina, como la culpabilidad por el carácter o la conducción de la vida. En efecto, el autor considera que la empresa es culpable por su propio hecho, el cual consiste en la configuración de un ámbito de organización.

El tercer fundamento material de la culpabilidad es que la persona tenga la posibilidad de cuestionar jurídicamente la norma, así como la de participar en los asuntos públicos. A

la persona jurídico-penal se la trata como ciudadano, como alguien que puede participar en la producción común de sentido y, por tanto, puede cuestionar el sistema jurídico-penal, esto es, la vigencia de las normas. Cuando el ciudadano no emplea los mecanismos jurídicos previstos para cuestionar las normas, sino que lo hace mediante el delito, el sistema le responde con la pena. Para poder afirmar la culpabilidad de la empresa, es necesario poder afirmar que la empresa tiene la posibilidad de participar en la producción común de sentido y en los asuntos públicos. Eso no significa que las posibilidades de participar en las instituciones democráticas de persona física y empresa deban ser las mismas (es evidente que no lo son, pues la persona jurídica no puede votar), sino que ambas han de reunir un mínimo de posibilidades de participación en los asuntos públicos. Y en términos de la teoría expresiva de la pena, la empresa puede tener perfectamente un potencial expresivo equivalente al de las personas individuales: es reconocida en la sociedad como una presencia singular y tiene capacidad de expresar juicios morales independiente; de este modo, participa en la conformación de las normas sociales (aunque no pueda votar) y reúne, así, el mínimo de ciudadanía

necesaria para tener culpabilidad. La tesis de Gómez –Jara afronta el problema de la responsabilidad empresarial de un modo novedoso. El resultado: la construcción de un concepto de culpabilidad capaz de abarcar, sin ser forzado, una responsabilidad penal genuina de la empresa que no depende de la previa constatación de la responsabilidad penal de sus miembros.

2.1.3 LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONAS JURIDICA EN EL DERECHO PERUANO.

En el contexto peruano rige casi sin discusión el principio *Societas delinquere non potest*, esto porque las construcciones punitivas del derecho penal peruano tienen una tendencia claramente a la responsabilidad individual, lo que imposibilita que las “actuaciones” de una persona jurídica puedan subsumirse dentro del concepto “acción” recogido en el artículo 11 del Código Penal de 1991¹⁹, solo pueden ser imputadas las conductas de los administradores y representantes de estas.

Tanto en el código penal de 1863 como en el de 1924 no avizoraba siquiera una responsabilidad de la persona jurídica en donde se considera únicamente a la persona natural como susceptible de imputar delitos; Sin embargo - como lo expresa el profesor Hurtado Pozo - en el Código penal de 1924 existe referencia a la

¹⁹ Código penal peruano 1991 Artículo 11: “Son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley”.

posibilidad de la persona jurídica cuando esta se encuentra relacionada a la comisión del delito, este era el caso de la Quiebra fraudulenta²⁰

En el Código Penal de 1991 si bien tampoco se recoge como principio la responsabilidad de las personas jurídicas, si acepta la aplicación de las denominadas “consecuencias accesorias” reguladas en el artículo 105 de dicho cuerpo de leyes, las que según la doctrina vendrían a ser verdaderas sanciones penales o medidas de seguridad inclinándose la opinión mayoritaria por la primera de las nombradas²¹.

El artículo 105 del Código penal de 1991, 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. Al respecto Percy García Caveró afirma que dada la vaguedad de la naturaleza jurídica de estas “medidas”

²⁰Código Penal de 1924 artículo 254: “Cuando se tratare de la quiebra de una sociedad anónima o cooperativa, o de una persona jurídica que ejerza el comercio, todo director, administrador o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o contador o tenedor de libros, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refiere.

²¹Reyna Alfaro, Luis Miguel. “Panorama actual de la responsabilidad penal de las empresas” artículo publicado en Revista Peruana de Derecho de la Empresa – Derecho Penal de la Empresa. Nro. 68 Año XXIV pág. 80-81.

no ofrecen un criterio dogmático al juez a fin de determinar en qué casos pueden ser aplicables y en qué medida.²²

2.1.3.1 LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA

El Código penal peruano de 1991 se ha adherido a la tendencia legislativa de incorporar medidas aplicables a la persona jurídica bajo el rubro de consecuencias accesorias. 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 penal²³. 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.

2.1.3.1.1. NATURALEZA JURÍDICA

La incorporación de medidas aplicable directamente a las personas jurídicas en el Código penal y las leyes especiales ha llevado a que la doctrina nacional se pregunté sobre su naturaleza jurídica. Es evidente que la respuesta a este interrogante no sólo tiene un interés académico, sino fundamentalmente práctico, pues la determinación de los presupuestos materiales y procesales para la imposición de

²²GARCIA CAVERO Percy, (2008). La persona jurídica en el Derecho penal. Editora Jurídica. Grijley. Lima Pág. 78.

²³CASTILLO ALVA, (2001), Las consecuencias jurídico-económicas del delito, Lima. Pág. 247.

estas medidas dependerá indudablemente de la naturaleza jurídica que se le asignen²⁴

A. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS COMO PENAS

Un sector de la doctrina, al igual que el parecer de ZUGALDÍA²⁵ en el Derecho español, considera que las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas previstas en el Código penal peruano son, en realidad, penas²⁶. Si bien existe una diferencia nominal, en el fondo estas medidas no son más que penas encubiertas a las personas jurídicas²⁷. Pese a la relativa aceptación de este planteamiento, su formulación resulta poco conciliable con la regulación establecida en el Código penal peruano. En efecto, si se concibiese las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas como penas, su imposición no debería ser accesoria, es decir, no debería depender de la declaración de culpabilidad de una persona natural. Por otra parte, la persona jurídica tendría que aparecer como inculpado en el proceso penal con todos los derechos de defensa correspondientes. Finalmente, si se tratase de una pena, el criterio para decidir el *quantum* de las consecuencias accesorias sería la gravedad del hecho cometido (principio de

²⁴ Vid., así, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 256.

²⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, «Las penas previstas en el artículo 129 del Código penal para las personas jurídicas»

²⁶ HURTADO POZO, *Anuario de Derecho penal*, 1996, p. 151; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 158; PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias*, p. 179; MONTES FLORES, «¿Punibilidad de las personas jurídicas?», *RPDJP* 6, p. 322.

²⁷ Críticamente, JAKOBS, en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 67 y ss.: “Puede perfectamente imponerse una sanción a una persona jurídica o a una masa patrimonial heteroadministrada, tan sólo no debe bautizarse con el nombre de “pena” si se quieren evitar confusiones”.

culpabilidad), y no la peligrosidad de una comisión futura de nuevos delitos²⁸. Está claro que el deseo de aquellos autores que consideran posible una responsabilidad penal de las personas jurídicas les lleva a sostener, aunque sea necesario interpretaciones muy discutibles, que las consecuencias accesorias son en realidad penas. Esta pretensión, sin embargo, no puede hacerse de espaldas a la forma como se encuentran reguladas estas medidas en la legislación penal. Es evidente que la regulación positiva de las consecuencias accesorias impiden, al menos de lege lata, considerarlas penas. Basta con decir que estas medidas no se encuentran incluidas en el catálogo de penas previstas en el artículo 28 del Código penal, sino que se agrupan en un título aparte con la reparación civil derivada del delito. Por lo tanto, las consecuencias accesorias constituyen en nuestra legislación penal un tipo de consecuencias jurídicas del delito, pero no son propiamente penas. A partir de esta constatación, un sector importante de la doctrina las considera un tipo especial de medidas preventivas.

B. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS COMO MEDIDAS PREVENTIVAS

La interpretación mayoritaria entiende que las consecuencias accesorias no son penas, pues no se sustentan en la culpabilidad de

²⁸Resulta llamativo, sin embargo, que una de las pocas sentencias nacionales que imponen a las personas jurídicas una consecuencia accesoria, como es el caso de la sentencia de primera instancia del caso Utopía, se decidió disolver y liquidar la empresa Inversiones García North S.A.C., sustentando dicha medida en la gravedad de los hechos producidos (las muertes y las lesiones de los asistentes a la fatídica fiesta Zoo). La fundamentación de esta medida parecería ser que se encuentra más en el hecho producido que en la peligrosidad de la estructura empresarial. De hecho, dicha empresa no tenía otras discotecas con deficiencias en los sistemas de seguridad, como para considerar que debía ser disuelta. La empresa incluso ya había sido extinguida por los propios socios.

la persona jurídica por el hecho delictivo. Se trata de medidas de carácter preventivo que buscan eliminar la peligrosidad de la estructura social. A pesar de que el fundamento de las consecuencias accesorias es la peligrosidad, es evidente que la formulación de estas medidas no se corresponde con la finalidad curativa de las medidas de seguridad tradicionales. La peligrosidad de las medidas de seguridad está vinculada claramente a la constitución psico-física de una persona natural, no a la peligrosidad organizativa de una persona jurídica. Por ello, si bien las consecuencias accesorias son medidas preventivas sustentadas en la idea de la peligrosidad, esta peligrosidad es entendida de una forma distinta a la que fundamenta las clásicas medidas de seguridad. Se trata de una peligrosidad de la forma de organización de la persona jurídica, en el sentido de favorecer la comisión futura de hechos delictivos. La particularidad de esta peligrosidad referida a la persona jurídica ha llevado a que la doctrina penal discuta si las consecuencias accesorias se aplican a la persona jurídica como un sujeto de imputación o como un objeto peligroso. En la medida que la persona jurídica que desarrolla cierto nivel de complejidad organizativa adquiere una individualidad propia, consideramos más acertado tratarla como un sujeto de imputación. Sin embargo, la respuesta a esta cuestión no presenta en el fondo diferencias relevantes en las consecuencias prácticas.

Mayor relevancia práctica tiene la discusión sobre la naturaleza preventiva de las consecuencias accesorias, es decir, si se trata de medidas de naturaleza penal o de medidas administrativas o civiles que simplemente se imponen en sede penal por razones de economía procesal. Los que sostienen que las consecuencias accesorias tienen una naturaleza propiamente penal²⁹ lo hacen como consecuencia de haber negado la posibilidad de que las personas jurídicas respondan penalmente, siendo, por tanto, la finalidad de las consecuencias accesorias cubrir el déficit de protección de bienes jurídicos o de mantenimiento de la vigencia de la norma que se genera por la imposibilidad de penar a las personas jurídicas. Las consecuencias accesorias desplegarían, por tanto, una finalidad de prevención general y especial³⁰

El otro punto de vista tiene como punto de partida la idea de que lo único propiamente penal es la imposición de penas con base en la culpabilidad del autor, por lo que toda medida que se imponga sin este criterio no puede ser genuinamente penal. La función del Derecho penal, que es proteger bienes jurídicos o devolverle la vigencia a la norma infringida, solamente se puede cumplir con referencia a un sujeto culpable. En la medida que las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica no se sustentan en la culpabilidad por el delito cometido, no son propiamente penales,

²⁹ Vid., LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, I, Madrid, 1996, p. 58; OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO, «Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código penal», en *La Ciencia*

³⁰ Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 136, que considera que las consecuencias accesorias son medidas de seguridad jurídico-penales.

aun cuando se impongan en un proceso penal. Si no hay una lesión culpable de un bien jurídico o una desestabilización de la norma atribuible a una persona, el Derecho penal no podrá cumplir su función. Evidentemente esta situación no le impide a otros sistemas del Derecho hacer frente a situaciones de peligrosidad o riesgo, pero debe quedar en claro que sus presupuestos de aplicación son ajenos al propiamente penal. Por tanto, las consecuencias accesorias constituyen medidas de carácter administrativo o civil que se imponen en sede penal por razones de economía procesal³¹

2.1.3.1.2. CLASES DE MEDIDAS ACCESORIAS

En los diversos sistemas penales existen fundamentalmente dos modelos de consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas. Por un lado están las medidas de control externo que intentan orientar desde fuera la actividad de la persona jurídica, y por el otro, las medidas de control interno que inciden sobre la estructura de la persona jurídica. Las medidas pecuniarias materializan de forma más clara la forma de control externo, aunque también poseen esta misma orientación medidas como el cierre de establecimientos, la suspensión de actividades y la disolución y liquidación. Por su parte, las medidas que buscan desarrollar un control interno sobre la persona jurídica encuentran su mejor expresión en la medida de intervención de la estructura

³¹ En una línea similar, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, Parte General, II, 6ª ed., Madrid, 1998, p. 72 y ss.; GRACIA MARTÍN, en Gracia/Boldova/Alastuey, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2ª ed., Valencia, 2000, p. 394.

organizativa de la persona jurídica. Un repaso a los dispositivos del Código penal peruano permite concluir que el modelo de consecuencias accesorias seguido por nuestra legislación penal se corresponde con un sistema mixto, pues asume tanto rasgos de control externo como rasgos del control interno. Veamos de manera específica cada una de las consecuencias accesorias previstas en la regulación penal actual.

A. EL DECOMISO DE LAS GANANCIAS OBTENIDAS ILÍCITAMENTE

La medida del decomiso de ganancias ilícitas está regulada en el artículo 104 del Código penal. Los que la consideran una medida de carácter penal, la entienden como una medida preventiva que informa a la empresa que el crimen nunca paga³². El decomiso se alinearía en la lógica de una sanción económica que busca asegurar cognitivamente el funcionamiento global del ámbito empresarial³³. El problema de esta lógica penal será que si esta medida despliega efectos preventivo-generales sobre la empresa, entonces no se entiende por qué no es propiamente una pena. Si el decomiso de ganancias tiene una finalidad de prevención general, el legislador estaría llevando a cabo una especie de fraude de etiquetas al considerar esta medida como una consecuencia accesoria no penal, pero asignándole igualmente fines de prevención general. Por otra

³² SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 142 y s. Una ordenación distinta realiza GRACIA MARTÍN, en *Gracia/Boldova/Alastuey, Lecciones*, p. 406, quien habla, por un lado, de medidas preventivas de carácter asegurativo y, por el otro, de medidas coercitivas.

³³ En esta línea ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, Parte General, p. 204.

parte, desde la lógica preventiva no se explica por qué la norma penal se automutila al limitar la cuantía del decomiso a lo que sea necesario para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil que le corresponda a los inculpados³⁴, siendo esta responsabilidad civil de la persona jurídica incluso subsidiaria respecto de los autores individuales del delito. Si el decomiso de ganancias busca generar efectos de prevención general en la persona jurídica, la limitación de esta medida por cuestiones de responsabilidad civil no tendría ningún sentido.

Más adecuada a su naturaleza sería entender el decomiso de ganancias ilícitas como una medida civil de compensación con fines redistributivos, pues impide que el delito sea un título legítimo de adquisición de bienes o ganancias. Sin embargo, el tenor legal que tiene esta medida en nuestro Código penal la vincula más con un deber de indemnizar. En efecto, el artículo 104 del Código penal establece que el dinero obtenido ilícitamente por la persona jurídica debe garantizar la obligación pecuniaria de naturaleza civil de sus funcionarios o dependientes. No obstante, hay que precisar que consideramos más adecuado entender que no se trata de la indemnización por los daños y perjuicios producidos directamente por el delito, pues para ello la persona jurídica puede ser constituida en tercero civilmente responsable con una responsabilidad civil solidaria y no subsidiaria. Se trata, más bien,

³⁴ Vid., así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, Parte General, p. 207.

del deber de indemnizar a los perjudicados por el enriquecimiento ilícito que ha experimentado la persona jurídica por el delito de sus dependientes, una obligación que se encuentra reconocida en el artículo 1954 del Código civil. Es cierto que en el ámbito de los delitos económicos, en donde los daños son normalmente difusos, resulta a veces muy difícil individualizar a los afectados, pero esta situación no excluye la aparición de organismos de protección de intereses difusos que puedan constituirse en parte civil y pedir el decomiso de las ganancias ilícitas como indemnización por los daños producidos (por ejemplo, medio ambiente, consumidores, competencia).

En cualquier caso, la subsidiariedad de la responsabilidad civil de las personas jurídicas en el decomiso de ganancias ilícitas no puede explicarse desde ninguna perspectiva. Se trata de una deficiente regulación que no debe mantenerse más tiempo, por lo que es necesario demandar una urgente modificación de este aspecto del decomiso de ganancias ilícitas, en el sentido de hacerla solidaria con los autores del acto que ha llevado al enriquecimiento de la persona jurídica en perjuicio de otros.

B. CLAUSURA DE LOCALES O ESTABLECIMIENTOS CON CARÁCTER TEMPORAL O DEFINITIVO

La clausura de locales o establecimientos de la persona jurídica tiene lugar cuando existe objetivamente una peligrosidad sobre la

futura comisión de hechos delictivos debido a la forma como están dispuestos estos locales o establecimientos. Por ejemplo: la medida de clausura debe tomarse si los locales abiertos al público de la persona jurídica no reúnen las condiciones mínimas de seguridad exigidas por la normativa administrativa. No es necesario que los locales sean de propiedad de la persona jurídica, ni tampoco que en esos locales se haya realizado el delito que motiva el proceso penal. La realización del delito no constituye el fundamento de la consecuencia accesoria, sino la ocasión para poder constatar la peligrosidad de los locales o establecimientos usados por la persona jurídica.

La clausura de locales o establecimientos puede ser temporal o definitiva. En caso sea temporal, su duración no puede ser mayor a cinco años. La clausura definitiva no significa la pérdida del local o establecimiento, pues el inmueble puede ser utilizado perfectamente para otros fines o actividades. La legislación penal no establece los criterios para saber cuándo procede una clausura definitiva y cuándo una temporal, por lo que quedará al arbitrio del juez esta decisión. En cualquier caso, parece lógico entender que la clausura definitiva solamente será aplicable cuando no exista forma alguna de revertir la peligrosidad del local o establecimiento.

La pregunta que cabe plantearse respecto a la consecuencia accesoria de clausura es si esta medida puede levantarse si las circunstancias que hacían objetivamente peligrosos los locales o

establecimientos de la persona jurídica han sido corregidas o cesadas. Si se defiende un carácter penal de estas medidas, difícilmente podría levantarse la medida, salvo que exista una especie de beneficios penitenciarios para las consecuencias accesorias que permitan levantar anticipadamente el cumplimiento efectivo de la medida. Por el contrario, si se entiende que esta consecuencia accesoria es estrictamente una medida administrativa, aunque se haya impuesto en el marco de un proceso penal, la clausura podría ser levantada sin mayores inconvenientes, pues la peligrosidad objetiva habría desaparecido. No obstante, en la medida que ha sido el juez penal el que impuso la clausura del local, el levantamiento de la medida no podrá ser ordenada por la Administración, sino que tendrá que solicitarse que sea el juez penal el que proceda a levantar dicha medida. Debe quedar en claro que esta limitación procesal no se debe al carácter jurídico-penal de la medida, sino al rango de la autoridad judicial.

C. SUSPENSIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE LA SOCIEDAD, ASOCIACIÓN, FUNDACIÓN, COOPERATIVA O COMITÉ POR UN PLAZO NO MAYOR DE DOS AÑOS.

La suspensión de actividades constituye una medida temporal que le impide a la persona jurídica realizar su actividad social. El presupuesto para poder imponer la medida de suspensión de actividades es que la persona jurídica tenga aún una autorización

para funcionar, pues si no la tiene, simplemente no le asistirá el derecho de poder realizar dichas actividades. En este sentido, la suspensión solamente se entiende en tanto la persona jurídica cuente con la autorización legal de funcionamiento. El fundamento de esta medida accesoria radica en el hecho de que la conducta delictiva producida en el marco de las actividades de la persona jurídica puede seguir desarrollándose. Por ejemplo cuando el proceso productivo de la empresa ha generado productos defectuosos que han perjudicado a los consumidores. Es lógico que mientras no se resuelva estos defectos de organización o se reformule el proceso productivo, el peligro de futuros delitos de la misma índole se mantiene patente. El plazo máximo de la suspensión de actividades (dos años) se establece con el ánimo garantista medida la peligrosidad objetiva se mantiene, la Administración Pública estará autorizada a tomar las medidas administrativas para controlar dicha peligrosidad. Como puede verse, la medida es de carácter administrativo.

D. PROHIBICIÓN A LA SOCIEDAD, FUNDACIÓN, ASOCIACIÓN, COOPERATIVA O COMITÉ DE REALIZAR EN EL FUTURO ACTIVIDADES DE LA CLASE DE AQUÉLLAS EN CUYO EJERCICIO SE HAYA COMETIDO, FAVORECIDO O ENCUBIERTO EL DELITO.

La medida de prohibición de actividades de la persona jurídica debe recaer sobre el ámbito de actuación en el que se ha realizado

el delito y existe el peligro de que se pueda volver a cometer³⁵. Constituye, en el fondo, una inhabilitación, la cual no puede entenderse, al menos en nuestro sistema penal, como una pena, sino como una medida que se impone porque la persona jurídica se ha mostrado como incompetente para realizar determinadas actividades. A diferencia de la consecuencia accesoria de suspensión de actividades, la prohibición de actividades es parcial, en el sentido que no impide a la persona jurídica su funcionamiento, sino que la inhabilita en determinadas ámbitos de actuación. Por ejemplo, cuando una empresa ha realizado defraudación a las rentas de aduanas en su actividad importadora y existe el peligro de seguir haciéndolo. En estos casos, tendrá que adquirir los productos que necesita (insumos, por ejemplo), vía una empresa importadora o recurrir a productos nacionales. No se le niega la posibilidad de seguir realizando sus actividades, sino que se limita su intervención en ciertos sectores. Dada la incompetencia de la persona jurídica para desenvolverse correctamente en determinado sector, el juez toma la medida cognitiva de suspender sus actividades en este sector. El aseguramiento es pues cognitivo y no normativo.

E. LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD, ASOCIACIÓN, FUNDACIÓN, COOPERATIVA O COMITÉ

La consecuencia accesoria de disolución de la persona jurídica constituye la medida más drástica que se le puede imponer a una

³⁵ Igualmente, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 143; BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 303; MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 212.

persona jurídica, en la medida que implica la pérdida de su existencia jurídica³⁶. Esta medida debe proceder cuando resulta claro que la persona jurídica ha sido creada con fines únicamente delictivos³⁷. Nos estamos refiriendo concretamente a las sociedades pantalla o fachada, las cuales se utilizan sólo con fines delictivos como defraudación tributaria o lavado de activos. La existencia de la persona jurídica ha tenido, en estos casos, un fin únicamente delictivo, de manera tal que su permanencia en el mundo jurídico no tiene ningún sentido.

2.1.3.1.3. LA INTERVENCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA

El último párrafo del artículo 105 del Código penal contempla la posibilidad de una intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores. Hay que precisar, sin embargo, que no se trata de una medida autónoma, sino que debe tomarse de la mano de cualquiera de las anteriores consecuencias accesorias, lo cual condiciona también su duración. Por lo tanto, la intervención de la persona jurídica no es propiamente una administración judicial, sino la existencia de un interventor con finalidades fundamentalmente de supervisión para que no se afecten los intereses de los trabajadores. Por lo dicho, esta medida tampoco se puede confundir con un embargo en forma de intervención, pues la intervención no se hace con la finalidad de

³⁶Vid., BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 303; GRACIA MARTÍN, en Gracia/Boldova/Alastuey, *Lecciones*, p. 410.

³⁷SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 143; BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 303; MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 212.

resguardar determinados bienes, sino para proteger los intereses de los trabajadores. La administración de la persona jurídica sigue encargada a sus directivos, existiendo solamente un especie de consejo de vigilancia que resguarda los intereses de los trabajadores durante la imposición de una consecuencia accesoria.

Un aspecto que conviene precisar es quién resulta la autoridad competente que debe disponer la intervención de la persona jurídica por orden del juez. Dado que se trata de la defensa de los intereses de los trabajadores, esta autoridad competente será la autoridad de trabajo. Debe quedar claro que la autoridad administrativa no puede dejar de cumplir la orden del juez. Su discrecionalidad se mueve solamente en el plano de la ejecución del mandato de intervención. En ámbitos de actuación sometidos a regulación y control especial por parte del Estado, parecería más adecuado que el órgano interventor sea el organismo encargado de control el desenvolvimiento de las empresas en el sector, por ejemplo, la Superintendencia de Banco y Seguros en el caso de las entidades financieras.

2.1.3.1.4. CARÁCTER FACULTATIVO U OBLIGATORIO DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

Un aspecto discutido en la doctrina penal sobre la aplicación de las consecuencias accesorias es su carácter facultativo u obligatorio, es decir, si el juez penal está obligado o solamente facultado a

imponer estas medidas sobre la persona jurídica. En la doctrina nacional existen posiciones encontradas, pues mientras unos sostienen que su imposición es obligatoria³⁸, otros consideran que estas medidas deben tener un carácter potestativo o facultativo³⁹. En el fondo, considero que esta discusión es más retórica que de contenido. Si se parte de la idea generalizada de que el juez siempre tiene un margen de decisión para determinar si se dan los presupuestos que fundamentan una determinada consecuencia jurídica, la imposición de las consecuencias accesorias no es obligatoria. Pero si se entiende que en el caso concreto se dan completamente los presupuestos exigidos, la imposición será obligatoria, pues el juez no puede dejar de aplicar sin razón alguna lo dispuesto por la ley. En consecuencia, hay que decir que las consecuencias accesorias deben ser impuestas por el juez si es que se presentan en el caso concreto los presupuestos materiales y procesales anteriormente desarrollados.

La imposición cautelar de las consecuencias accesorias

Los artículos 104 y 105 del Código penal no contemplan la posibilidad de aplicar las consecuencias accesorias cautelarmente durante la sustanciación del proceso penal. Solamente una norma de carácter especial lo contempla, que es el caso del artículo 314 del Código penal que en los delitos contra el medio ambiente

³⁸ Así, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 210; PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias*, p. 183; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 320.

³⁹ Así, PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias*, p. 184; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 304, basado en el principio de mínima intervención.

permite aplicar, como medida cautelar, la suspensión de actividades y la clausura del establecimiento. A partir de esta regulación especial se plantea la cuestión de si dicha posibilidad de imponer cautelarmente una consecuencia accesoria puede hacerse también en otros delitos. En principio, y en la medida que no se trata de penas, no se aprecia inconvenientes materiales para extender esta posibilidad a otras medidas y delitos.

De todas formas, y para resolver cualquier duda, el nuevo Código Procesal penal ha viabilizado de manera general la posibilidad de aplicar cautelarmente las consecuencias accesorias mediante la regulación de las llamadas medidas preventivas en su artículo 313. Un sector de la doctrina procesal señala que estas medidas no constituyen, en sentido estricto, medidas cautelares, pues no buscan garantizar los efectos penales y civiles de la sentencia. Esta afirmación, sin embargo, parte, a nuestro modo de ver, de una limitación de los efectos de la sentencia al ámbito civil y penal. En la medida que la legislación penal ha incorporado al proceso penal también medidas administrativas como las consecuencias accesorias, resulta lógico ampliar también los efectos de la sentencia a la consecución de objetivos de carácter administrativo. Por lo tanto, si las llamadas medidas preventivas tienen por objeto garantizar el cumplimiento de la finalidad administrativa de las consecuencias accesorias, podrá considerárseles medidas de carácter cautelar.

La finalidad de las consecuencias accesorias es evitar que la peligrosidad objetiva de la estructura organizativa de la persona jurídica permita, favorezca o encubra la realización de hechos delictivos. En la medida que la duración del proceso penal puede afectar el cumplimiento oportuno y efectivo de esta finalidad, el Código procesal penal ha incorporado atinadamente las llamadas medidas preventivas. La finalidad instrumental de estas medidas explica también por qué se contemplan nuevas medidas no previstas como definitivas en el Código penal, como el nombramiento de un administrador judicial, el sometimiento a vigilancia judicial y la anotación o inscripción registral del procesamiento penal. No se trata de medidas autónomas, sino de medidas dirigidas a asegurar la consecución efectiva y oportuna de las consecuencias accesorias previstas en el Código penal.

Los requisitos para poder imponer cautelarmente las medidas preventivas las personas jurídicas están previstos en el propio artículo 313 del Código Procesal Penal. Por un lado, se encuentra la exigencia del *Fumus bonus iuris*, es decir, que exista suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito y de la vinculación de la persona jurídica en los supuestos previstos en el artículo 105 del Código penal. Es muy importante, en cuanto a este requisito, la existencia de prueba suficiente. En segundo lugar, se exige el *Periculum in mora* o peligro en la demora, el cual puede

manifestarse de dos formas: como peligro criminal (de permanencia o prolongación de los efectos lesivos del delito, o de comisión de nuevos delitos de la misma clase) o peligro procesal (peligro concreto de entorpecimiento de la averiguación de la verdad). Si se cumplen estos requisitos, el juez penal podrá tomar cautelarmente cualquiera de las medidas previstas sobre la persona jurídica que haya sido constituida en parte pasiva dentro del proceso penal.

2.1.3.1.5. SOCIETAS DELINQUERE POTEST?:

EL ACUERDO PLENARIO 7-2009/CJ-11621.

Con fecha trece de noviembre de dos mil nueve se publicó el acuerdo plenario número 007-2009/CJ-116 mediante el cual se intenta resolver los problemas suscitados de aplicación del artículo 105 del Código Penal Peruano, esto es, la aplicación de las consecuencias accesorias a las persona jurídicas, en razón a que las mismas no son aplicadas jurisprudencialmente. Tales inconvenientes han surgido en tanto en la ley material no ha desarrollado suficientemente los presupuestos básicos.

Mediante el acuerdo en mención se considera a las consecuencias accesorias como medidas que intentan establecer un inédito nivel de respuesta punitiva frente a aquellos delitos donde resultaren

involucradas las personas jurídicas. Las causas de la problemática que enfoca el acuerdo plenario pueden ser de dos clases:

- 1) Ausencia de reglas específicas de determinación y fundamentación en el Código Penal.
- 2) Ausencia de normas procesales.

La postura asumida es de considerar que si bien existe distinta doctrina respecto a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias, su estructura, operatividad y presupuestos, deberá calificarse a las mismas como sanciones penales especiales

Los presupuestos para imponer las consecuencias accesorias son:

- 1) Que se haya cometido un hecho punible.
- 2) La persona jurídica sirvió para su realización, favorecimiento u ocultación.
- 3) Se ha condenado al autor físico y específico del delito.

Asimismo, se incluyen como criterios para la aplicación judicial de las consecuencias accesorias a los contenidos en el artículo 110 del Anteproyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal de la Comisión Especial Revisora.

Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas.

La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible.

- 1) La gravedad del hecho punible realizado
- 2) La extensión del daño o peligro causado.
- 3) El beneficio económico obtenido con el delito.
- 4) La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible.
- 5) La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.
- 6) 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.

En cuanto al ámbito procesal, en el Acuerdo Plenario se recalca la necesidad de que las consecuencias accesorias se apliquen en el marco de un proceso penal con todas las garantías. Así pues, en especial los referidos a la garantía de defensa procesal –que comprende el derecho de conocimiento de los cargos, de asistencia letrada, de defensa material o autodefensa, de no autoincriminación y al silencio, de prueba, de alegación, y de impugnación- y de tutela jurisdiccional –en especial, el derecho a una resolución fundada y congruente basada en el derecho objetivo y derecho a los recursos legalmente previstos-. Asimismo, se adoptan –en cuanto resulten aplicables los siguientes criterios operativos sobre personas jurídicas inspirados en el Código Procesal Penal de 2004:

- 1) 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 del Código Procesal Penal, necesarios para su identificación y el juicio de imputación correspondiente a cargo del juez penal.

- 2) La persona jurídica denunciada debe 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 del Código Procesal Penal.

- 3) 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.

- 4) 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.
- 5) 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.
- 6) Rige en estos casos el principio acusatorio y el principio de congruencia procesal o correlación.

Al respecto del acuerdo plenario se considera que con el mismo si bien no se asume una responsabilidad penal de las personas jurídicas, si se da una orientación a la aplicación de las consecuencias accesorias, lo que en general resulta un primer paso

para asimilar el principio *societas delinquere potest* conforme se ha expuesto anteriormente.

D. Toma de posición

En primer lugar, debe indicarse que resulta incorrecto que se considere, como punto de partida, que la aceptación de las consecuencias accesorias como medidas que no tienen el carácter de penas presupone haber negado previamente la posibilidad de imponer penas a las personas jurídicas. Esta asociación de ideas solamente encontraría razón para aquellos que pretenden asignarle a las consecuencias accesorias la función de cubrir los déficits de prevención provocados por la falta de capacidad penal de las personas jurídicas. En nuestra opinión, sin embargo, las consecuencias accesorias se pueden sustentar con independencia de la posibilidad de imponer penas a las personas jurídicas, pues su fundamento no radica en la falta de culpabilidad de la persona jurídica, sino en la peligrosidad de su organización. En consecuencia, podrían perfectamente coexistir en el sistema penal penas a las personas jurídicas y consecuencias accesorias aplicables también a las personas jurídicas.

Si partimos del hecho de que las consecuencias accesorias no son, cuando menos de *lege lata*, penas, la cuestión que debe abordarse decididamente es si se trata de medidas penales o no. Nuestro parecer es que no. Lo único que puede comunicar en el Derecho penal es la pena, de manera que la imposición de otras medidas,

aun cuando se haga en un proceso penal, no adquiere por ese solo hecho naturaleza penal. Los efectos preventivos que estas medidas pueden desplegar en el terreno penal constituyen simples reflejos empíricos de la protección, pero no el fundamento legitimante de estas medidas. Hay que precisar que estas medidas preventivas no revisten el carácter de sanción, pues no se sustentan en el hecho cometido por la persona jurídica, sino en el juicio de peligrosidad de comisión futura de nuevos hechos delictivos.

Si se aprecia la regulación positiva de las consecuencias accesorias en nuestro Código penal, podrá verse que nuestra interpretación de las consecuencias accesorias no resulta incompatible con el tenor legal. Por ejemplo, las medidas previstas en el artículo 105 del Código penal se sustentan en una situación de peligrosidad objetiva que autoriza a la Administración a tomar medidas de prevención sobre los bienes o actividades peligrosas de las personas jurídicas. La realización de un delito por parte de sujetos individuales es solamente la ocasión que evidencia la peligrosidad de la organización de la persona jurídica respecto de futuros delitos. En cuanto a la medida prevista en el artículo 104 del CP, se trata de una medida redistributiva de carácter civil que busca evitar el enriquecimiento ilícito. Si bien la previsión legal de las consecuencias accesorias no ha sido lo suficientemente clara sobre su fundamento dogmático, la interpretación judicial se encuentra

obligada a llenar este vacío, rechazando interpretaciones erradas que puedan surgir por la falta de claridad conceptual del legislador.

2. Presupuestos

Para establecer los presupuestos necesarios para la imposición de las consecuencias accesorias juega un papel determinante el hecho de que no las consideremos penas y que no les asignemos un carácter penal. En este sentido, estas medidas no requerirán las condiciones para afirmar un efecto preventivo general o especial sobre la persona jurídica o sus miembros individuales. En la medida que las consecuencias accesorias tienen una naturaleza administrativa no sancionatoria, sus presupuestos tanto materiales como procesales estarán orientados simplemente a eliminar una situación de peligro de la posible comisión futura de nuevos delitos.

A. Presupuestos materiales

Los presupuestos materiales para imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica son los siguientes:

a. *Hecho principal*

Así como la reparación civil se determina en el proceso penal conjuntamente con la pena, para imponer las consecuencias accesorias es necesario que se haya determinado previamente que una persona individual ha cometido un hecho punible en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica o ha utilizado su

organización para favorecerlo o encubrirlo. A diferencia de la regulación española, en el Código penal peruano no se requiere que la consecuencia accesoria esté prevista en los tipos penales de la parte especial, por lo que el juez penal estará en capacidad de imponerlas a la persona jurídica en cualquier delito de la parte especial. Solamente resulta necesario que el hecho punible se vincule a la actividad u organización de la persona jurídica. Si bien el término hecho punible puede abarcar tanto los delitos como las faltas, el carácter restrictivo de las consecuencias accesorias aconsejarían reservarlo para los hechos graves, es decir, para los hechos delictivos. Los supuestos de vinculación de la persona jurídica con el hecho punible son fundamentalmente tres. En primer lugar está el caso de que el delito se haya cometido en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica. Para precisar cuándo se presenta esta situación hay fundamentalmente dos teorías en discusión. Por un lado está la teoría del interés que exige que la actuación delictiva de los sujetos individuales redunde en un beneficio para la persona jurídica. Por el otro, la teoría de la función que deja de lado el criterio del interés y se centra en el ámbito funcional de la persona jurídica, de manera que solamente exige que el delito se haya cometido en el marco de actuación del ente colectivo. Creemos más adecuado recurrir al criterio funcional, en la medida que el criterio del beneficio resulta siempre de difícil

determinación y verificación. Lo determinante no es la utilidad del hecho delictivo para los intereses de la persona jurídica, sino la realización de este hecho dentro del ámbito de actuación de la persona jurídica.

Los otros dos supuestos de vinculación de la persona jurídica con el hecho punible se refieren no a su ámbito de actuación, sino a su organización. El primer supuesto se presenta cuando la organización de la persona jurídica ha favorecido la comisión del hecho delictivo. Se trata, como puede deducirse fácilmente, de actos de cooperación o favorecimiento al delito que se hacen utilizando la organización de la persona jurídica. En consecuencia, la persona individual que utiliza la persona jurídica no requiere tener el estatus de autor del delito, sino que basta una imputación a título de partícipe. El segundo supuesto de vinculación con la organización de la persona jurídica tiene lugar cuando se utiliza la organización para encubrir el delito. El significado del término encubrir debe hacerse en un sentido penal, es decir, mediante una acción que configure el tipo penal de encubrimiento. En este sentido, se trata de actos de materializados por lo general con posterioridad a la comisión del hecho delictivo.

Como cuestión general, hay que señalar que el término hecho punible permite incluir también los casos de realización, favorecimiento o encubrimiento de una tentativa del delito. Por

otra parte, dicho término no debe interpretarse en un sentido extensivo que llegue hasta la punibilidad de la conducta, pues una interpretación acorde con el fin de protección de la norma debe llevar a entender que para imponer una consecuencia accesoria resulta suficiente que se haya realizado una conducta que muestre la peligrosidad de la estructura organizativa de la persona jurídica, no siendo necesaria la culpabilidad de la persona natural. Por lo tanto, no es un requisito necesario para imponer una consecuencia accesoria una sentencia condenatoria de un sujeto individual.

En la medida que las consecuencias son, como su propio nombre lo dice, accesorias, será siempre necesaria la previa determinación del hecho propiamente penal realizado por una persona natural. No se requiere que se trate de un miembro formal de la persona jurídica, a excepción del decomiso de ganancias obtenidas ilícitamente, en donde el tenor legal exige expresamente que la persona natural autor del delito sea un funcionario o dependiente de la persona jurídica. Basta, por tanto, la utilización delictiva de la organización. En doctrina se discute si debe individualizarse a este sujeto individual o si resulta suficiente simplemente con determinar que se ha cometido un delito en las actividades o desde la organización de la persona jurídica. Pensamos que una individualización del sujeto individual no es indispensable.

En cuanto al alcance del término persona jurídica, se discute si dicho término abarca tanto a las personas jurídicas de Derecho privado como a las de Derecho público. Si bien el artículo 105 del Código penal no precisa nada al respecto, una lectura completa de dicho artículo debe llevar a limitar necesariamente el ámbito de aplicación a las personas de Derecho privado. En efecto, cuando el artículo 105 del texto punitivo enumera las consecuencias accesorias aplicables las refiere a las formas jurídicas de las personas jurídicas de Derecho privado (sociedades, asociaciones, fundaciones, cooperativas o comités) y no, más bien, a las de las personas jurídicas de Derecho público. Finalmente, el término persona jurídica puede interpretarse en un sentido amplio que incluya las sociedades de hecho e irregulares. El Derecho penal no tiene por qué estar vinculado a una interpretación accesoria que limite sus posibilidades de actuación. Por otra parte, la crítica de que las consecuencias accesorias están pensadas más para personas jurídicas debidamente constituidas resulta cuestionable, pues hasta la propia regulación societaria admite, por ejemplo, que la sociedad irregular pueda ser disuelta y liquidada.

b. *Juicio de prognosis*

En segundo lugar, es necesario que el juez haga, a partir de la forma como está estructurada la persona jurídica, un juicio de

pronóstico sobre la futura comisión de hechos delictivos a través o con ayuda de la persona jurídica. A este requisito se le conoce también como la peligrosidad objetiva de la estructura social. Por lo tanto, para que proceda la imposición de una consecuencia accesoria, la persona jurídica debe estar organizada de una forma tal que permite, favorece o encubre la futura realización de hechos delictivos.

c. *Test de proporcionalidad*

Como último presupuesto material, 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 tenerse en cuenta no sólo la finalidad preventiva antes señalada de la consecuencia accesoria (peligrosidad de la estructura social), sino también los intereses de los trabajadores y acreedores de la empresa afectada con dicha medida. Esta permeabilidad de las consecuencias accesorias ante aspectos que no tienen un carácter preventivo-penal, ponen de manifiesto nuevamente que estas medidas no pueden ser medidas de naturaleza estrictamente penal. En consecuencia, estamos frente a medidas administrativas que requieren ponderar otros intereses sociales, no solamente la peligrosidad de la estructura organizativa de la persona jurídica. El *test* de proporcionalidad exige hacer también un juicio de necesidad no

sólo para decidir si se impone una consecuencia accesoria, sino también para elegir cuál de ellas se impone en el caso concreto. Si la finalidad preventiva se consigue con una medida extrapenal menos lesiva o con una consecuencia accesoria menos grave, el juez deberá optar por la menos onerosa para la persona jurídica. Finalmente, 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.

B. Presupuestos procesales

Los presupuestos de orden procesal son los siguientes:

a. Incorporación al proceso penal

Para poder imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica dentro de un proceso penal es evidente que previamente debe haber sido incorporada al proceso. En la legislación penal actualmente vigente no hay una norma que establezca este requisito de manera expresa. No obstante, existen desarrollos jurisprudenciales que ponen de manifiesto la exigencia de que las personas jurídicas a las que se les pueden imponer consecuencias accesorias sean emplazadas e incorporadas al proceso bajo la forma de “parte pasiva”. Este vacío es corregido por el artículo 90 del Código Procesal Penal de 2004, el cual exige efectivamente el emplazamiento e incorporación de las personas jurídicas en el proceso penal a

instancia del fiscal. Pese a que cierto sector de la doctrina se pronuncia, con base en el principio acusatorio, sobre la potestad exclusiva del Ministerio Público para incorporar a una persona jurídica como parte pasiva, no considero que ésta sea la razón de la exigencia de este requerimiento fiscal. Como ya lo adelantamos, las consecuencias accesorias no son penas, sino medidas preventivas de carácter administrativo, por lo que el fiscal no será el titular exclusivo para solicitar estas medidas. Sin embargo, en la nueva estructuración del proceso penal, en donde el fiscal asume y dirige la investigación, es evidente que se encuentra en la mejor posición para poder determinar si se presentan los presupuestos para imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica. Por consiguiente, la exigencia del requerimiento fiscal se sustentaría por su posición en el proceso penal más que por el carácter jurídico-penal de las consecuencias accesorias.

El Código Procesal Penal establece en su artículo 91 la oportunidad para incorporar a una persona jurídica como parte pasiva en un proceso penal: Esta incorporación debe darse entre la formalización de la investigación y la conclusión de la misma. El pedido del fiscal sigue el trámite establecido para los medios de defensa. En la audiencia prevista para estos casos resulta de sustancial importancia la intervención de la persona jurídica emplazada. Si se aplican las reglas de los medios de

defensa, el auto que resuelve la incorporación de la persona jurídica como parte pasiva podrá ser apelado, tal como lo establece el artículo 9 del Código procesal penal.

b. Parte procesal

La incorporación de la persona jurídica como parte pasiva debe permitirle gozar de una participación en el proceso que asegure el respeto de sus derechos, sobre todo el derecho de defensa. Por disposición constitucional, las personas jurídicas deben tener la posibilidad de defenderse dentro del proceso penal ante la eventual imposición de una medida restrictiva como es precisamente una consecuencia accesoria. En el nuevo Código procesal penal se establece el marco adecuado para garantizar el derecho de defensa de la persona jurídica. Se dice expresamente en el artículo 92 que una vez que la persona jurídica es incorporada al proceso, se requerirá a su órgano social que designe un apoderado judicial que no puede ser el imputado por el hecho principal. Si en el plazo de cinco días de requerido no se designa un apoderado judicial, lo hará el juez.

El artículo 93 del Código procesal penal le reconoce a la persona jurídica todos los derechos y garantías del imputado, aunque en el segundo párrafo permite que se le imponga las consecuencias accesorias en rebeldía o falta de apersonamiento. Si bien el reconocimiento de estos derechos debe entenderse en un sentido amplio, es decir, como espacios de participación en las diversas

etapas del proceso, debe quedar en claro que la persona jurídica no es, en sentido estricto un imputado, no extendiéndosele ciertas garantías o beneficios exclusivos del imputado, por ejemplo, el “derecho” a poder mentir sobre su responsabilidad penal sin que ello conlleve un delito de perjurio o falsedad. En este sentido, el apoderado judicial de la persona jurídica no podrá eximirse de responsabilidad penal si es que en sus argumentos de defensa utiliza dolosamente datos falsos.

2.1.3 LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS EN EL DERECHO COMPARADO.

En la legislación comparada los modelos van desde una responsabilidad propia hasta un modelo de imputación. Debe observarse que aquí se encuentra también una “responsabilidad subsidiaria” dentro del modelo de la “culpa organizativa” del ente colectivo.

En el **Derecho anglosajón** la responsabilidad penal de “empresas económicas” constituye algo prácticamente “normal” debido a su vigencia desde principios del siglo XX, además de no presentar tampoco problemas dogmáticos: de manera pragmática, la jurisprudencia penal se basa allá básicamente en la doctrina (civil) de la

responsabilidad de la empresa por los actos de sus empleados ejecutados, en el marco de sus actividades laborales, por sus empleados en general (en algunos estados, solamente se puede tratar de altos empleados) y en la finalidad de “intimidar” a la empresa para que se abstenga de hechos futuros similares, mas no en la necesidad de un “reproche ético-social”⁴⁰.

En muchas reformas penales europeas y proyectos actuales las “Sentencing Guidelines for Organizational Offenders” de 1991 de los EE.UU. han influido de manera decisiva. Aunque ellas solamente constituyan pautas para los jueces (debido a la disparidad de criterios existentes anteriormente en el sistema de organización federal norteamericano), se han basado en una serie de estudios y experiencias previas sobre la naturaleza de las empresas.

La ley parte de la idea de la idea de reforzar la autorregulación a través de la coacción de la ley (premios y castigos). Las empresas deben prever programas de “compliance” (cumplimiento) para impedir la comisión de infracciones en la empresa. Si no lo hicieren o esto fuera insuficiente y se produjere un delito, se le impondrá una pena por el simple hecho de ser “respondeat superior”

⁴⁰ABANTO VASQUEZ, Manuel (2011), “Responsabilidad Penal de los entes Colectivos: Estado Actual y Reflexiones Preliminares”. Centro de Investigación Interdisciplinaria de Derecho Penal Económico. Pág. 40

(superior jerárquico) sin fundamentar dogmáticamente la culpabilidad.

En cambio, si interesa la culpabilidad en la fijación de la pena. Para ello las “Guidelines” tienen una serie de disposiciones que, además de regulaciones que con criterios preventivos (intimidación) tienen en cuenta el tipo de empresa, su solvencia, etc. para fijar la “multa base”, establecen luego agravantes y atenuantes a esta “multa base” en función de la culpabilidad (culpability score).

Resumidamente, se tienen como “agravantes” a la implicación en el delito o la tolerancia que hubiere manifestado el superior jerárquico, el historial criminal (reincidencia) de la empresa, la obstrucción a la administración de justicia en la investigación, el proceso y la ejecución; y como “atenuantes”, el contar con programas éticos y de cumplimiento efectivo (compliance), la autodenuncia, la cooperación y la aceptación de responsabilidades.

En **Europa** el avance de la responsabilidad de las personas jurídicas no se ha detenido. En muchos países de la Unión Europea (Francia, Suiza, Austria, Suecia, Holanda, etc.) se

ha ido adoptando paulatinamente y de diversas formas una responsabilidad penal (amplia o estricta, directa o subsidiaria) de los entes colectivos. Aquí no se pueden revisar todos los avances, pero se puede exponer por lo menos las soluciones legislativas de los países más conocidos y que pueden influir en las legislaciones hispanoparlantes.

AUSTRIA

El 1 de enero de 2006 en Austria entró en vigor la ley de responsabilidad de las personas jurídicas por hechos delictivos (*Bundesgesetz über Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten* – *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz*, en adelante, VbVG). Hasta ese momento no existía en aquel país previsión alguna que atribuyera responsabilidad penal a las personas jurídicas por los delitos cometidos en el ejercicio de sus actividades.

Lo primero que salta a la vista de este acontecimiento legislativo es la opción por una ley especial en lugar de la introducción o modificación de preceptos del Código penal austriaco para el establecimiento de una respuesta a la cuestión desde el ordenamiento penal. Ello puede

interpretarse como un dato ilustrativo de la poca convicción con la que el legislador austriaco se aproxima a la propia posibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Asimismo, una lectura atenta del título de la ley deja espacio suficiente para dudar sobre si el legislador austriaco ha querido dar naturaleza penal a la responsabilidad de la persona jurídica o bien si, por el contrario, ha declarado que, bajo una serie de presupuestos, las personas jurídicas responden *con ocasión* de la comisión de un hecho delictivo por parte de una persona física a ella vinculada, evitando así un pronunciamiento sobre el carácter penal o no de tal responsabilidad. Esta segunda línea se confirma si se compara el texto finalmente aprobado con los anteproyectos de la VbVG: en la ley no se utilizan, en ningún momento, expresiones como penalidad o sanción penal que sí aparecían en los anteproyectos. Finalmente, cualquier duda queda disipada cuando se repara en la clase de sanción elegida por la ley para ser impuesta a las personas jurídicas hechas responsables “por” un delito: una multa que no posee naturaleza penal (en la ley se imponen “*Geldbußen*” y no “*Geldstrafen*”, también a diferencia de lo inicialmente previsto en los anteproyectos).

La VbVG acoge el sistema de acumulación de sanciones a personas físicas y jurídicas. La determinación de la

responsabilidad y de la sanción a la persona jurídica tiene lugar en el mismo procedimiento penal en el que se determina la responsabilidad de la persona física. A tal fin, la VbVG contiene una serie de preceptos de carácter procesal fundamentalmente destinados a extender la regulación procesal penal ya existente para las personas físicas (StPO) a las personas jurídicas a las que se pueda hacer responsables conforme a la ley . Así, por ejemplo, establece que cuando la legislación procesal penal austriaca utiliza los términos sospechoso, imputado, acusado o culpable, deberá incluirse ahora también a las personas jurídicas responsables conforme a la VbVG. Igualmente, se declara en la ley que la agrupación tendrá la consideración de inculpada durante el procedimiento, procedimiento que puede iniciarse a instancia de la fiscalía tras realizar las diligencias de investigación oportunas o a instancia de parte. Finalmente, destacan las amplias facultades para renunciar a la persecución otorgada a la fiscalía, que deberá actuar ponderando los diversos intereses en conflicto (gravedad del hecho, consecuencias producidas, comportamiento de la agrupación tras el hecho, perjuicios para la agrupación en caso de sanción).

Así las cosas, el hecho de que se establezca responsabilidad (no penal) para la persona jurídica en un proceso penal

permite concluir que el legislador austriaco ha seguido la ya mencionada vía *cuasi*-penal entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador.

A diferencia de lo que sucede en la legislación de otros países, en la VbVG no se prevé un catálogo cerrado de delitos o infracciones por los que hacer responsable a la persona jurídica, sino que ésta lo será siempre que se cometa una conducta prevista como delito en las leyes nacionales (a excepción de los delitos financieros, cuya comisión sólo generará responsabilidad para la persona jurídica si se prevé expresamente por la ley de finanzas de aquel país –actualmente en proceso de reforma).

FRANCIA.

El Código Penal de 1810 ignoraba la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se afirmaba que *societas delinquere non potest*. La responsabilidad penal era sólo personal o, si se prefiere, individual. Y durante todo el siglo XIX ni la doctrina ni la jurisprudencia prestaron atención alguna a la idea de que un ente jurídico pudiera ser penado. Achille Mestre, en su tesis vanguardista sobre *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (1899) señalaba que «la mayoría de los penalistas le conceden sólo algunas líneas y generalmente muy poco elaboradas».

En el siglo XX continuó la misma indiferencia durante mucho tiempo y el Tribunal de Casación llegó a afirmar rotundamente que, por ejemplo, *«la multa es una pena y que toda pena es personal, de modo que no puede ser impuesta a un ente jurídico, el cual no puede incurrir más que en responsabilidad civil»*. A lo sumo, la jurisprudencia admitía la responsabilidad de las personas jurídicas por las infracciones materiales que fueran punibles con independencia de toda actitud psicológica y por las cuales el autor no pudiera quedar exento más que probando un caso de fuerza mayor.

No obstante, algunas resoluciones judiciales admitían también la posibilidad de imponer medidas de seguridad a las personas jurídicas. Pues bien, después de una intensa reflexión sustentada sobre el Derecho comparado, la lógica y la práctica, el nuevo Código Penal, que entró en vigor el 1 de marzo de 1994, consagra magistralmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que obliga a plantearse, ante todo, si se trata de una evolución o de una revolución. En Francia mayoritariamente la doctrina es partidaria de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; lo que sin duda ha influido en la decisión

de los autores del nuevo Código Penal. Sí creemos conveniente reproducir aquí el artículo 121-2 del Código Penal que consagra esta responsabilidad:

«Las personas jurídicas, excepto el Estado, son responsables conforme a las disposiciones de los artículos 121-4 a 121-7» (sobre la tentativa y la complicidad) «y en los casos previstos por las leyes o reglamentos, de las infracciones cometidas por cuenta de aquéllas por sus órganos o representantes. No obstante, los entes territoriales y sus entidades de derecho público son responsables penalmente de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades públicas susceptibles de gestión por parte de los particulares. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas autores o cómplices de los mismos hechos».

Este texto —el más célebre del nuevo Código Penal— ha originado ya una abundante casuística.

La primera condena fue dictada por el Tribunal correccional de Lyon el 18 de noviembre de 1994 y, a 31 de diciembre de 1997, se habían pronunciado ya, y consiguientemente

inscrito en el registro de antecedentes penales de las personas jurídicas, 100 resoluciones judiciales definitivas⁴¹.

Sin embargo, casi todas estas decisiones —97 exactamente— fueron dictadas en primera instancia y su motivación es generalmente muy sobria, por ser benévolos. Por tanto los problemas jurídicos que plantea esta nueva categoría de responsables penales están lejos de ser resueltos.

Estos problemas han sido ya considerados por la mayoría de la doctrina. Por lo pronto los supuestos en los que se basa la responsabilidad penal de la persona jurídica son los siguientes:

1. Necesidad de intención (dolo) o culpa del órgano de la persona jurídica o más bien necesidad de que tales elementos concurren en la propia persona jurídica;
2. Incidencia de las causas de exención que benefician a la persona física sobre la responsabilidad de la persona jurídica;
3. Sentido de la expresión «por cuenta de»;

⁴¹ En 57 casos sólo se persiguió a la persona jurídica y en 43 casos se persiguió tanto a la persona jurídica como a una persona física, si bien quedaron exentas de responsabilidad 5 personas físicas., Circular del Ministerio de Justicia de 26 de enero de 1998.

4. Efecto de una disolución de la persona jurídica después de cometer una infracción y efecto correlativo de un cambio estatutario.

INGLATERRA Y ESCOCIA.

El Derecho británico y escocés prevé que una persona jurídica constituida y registrada sea perseguida y sancionada penalmente. Paralelamente se puede perseguir a sus órganos (directivos, administradores, secretarios, o dependientes con funciones análogas) si han aprobado el acuerdo o si se les puede atribuir una violación del deber de diligencia o la ejecución misma del hecho

HOLANDA.

Holanda, en el párrafo 51 de su Código penal de 1976, reconoció la responsabilidad penal de las personas jurídicas al tiempo que la responsabilidad de la persona física. El criterio que se siguió para hacer responsable al ente colectivo no fue ya la decisión del órgano, sino el del «contexto social» en el que la persona jurídica desenvuelve su actividad.

Así, por ejemplo, cuando alguien compra en unos grandes

almacenes no está comprando al vendedor que le ha atendido, sino que en el «contexto social» se compra el artículo a la persona jurídica. De igual modo, si ese vendedor vende cocaína en esos mismos almacenes no podrá imputarse esa venta de cocaína a la persona jurídica, puesto que las circunstancias que rodean a la persona física son también muy importantes. Para hablar de imputación a la persona jurídica habrá que tener en cuenta si la actividad que se cuestiona se puede o se podría aceptar en el «contexto social» en el que normalmente se desenvuelve tal persona jurídica. En cualquier caso, en Holanda, son compatibles las sanciones penales y las administrativas a las personas jurídicas.

PORTUGAL

En Portugal, el Derecho penal ofrece criterios divergentes al señalar al posible titular de la conducta típica. A pesar del reconocimiento del carácter personal de la responsabilidad penal se contiene un ámbito legal reservado —«*salvo disposiciones en contrario*»— para posibilitar la viabilidad de la exigencia de responsabilidad penal a las personas colectivas, al considerar a las personas colectivas capaces de acción y de culpa jurídico- penal a través de un proceso «*filosófico analógico*». Esto supone, según COSTA (1983),

la quiebra del principio «societasdelinquere non potest» para poder luchar así contra la criminalidad de cuello blanco y también contra la criminalidad medioambiental, ámbitos privilegiados para la punición de las personas jurídicas. Y ello, a pesar de que el Derecho penal secundario admita la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es decir, si la regla general que aparece en el Código es, precisamente, la de negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al mismo tiempo se admiten excepciones casi inabarcables. Así, el Decreto-Ley portugués 28/1984, de 20 de enero, que altera el régimen en materia de infracciones económicas y contra la salud pública, en su art. 3 admite junto a la responsabilidad personal la de las personas colectivas en el ámbito penal, castigando sus actos mediante una penalidad adecuada a la naturaleza de aquellas, que lógicamente excluye las penas privativas de libertad. Dicho artículo establece:

1. Las personas colectivas, sociedades o cualesquiera otras asociaciones son responsables penalmente por las infracciones previstas en la ley cuando fueren cometidas por sus órganos o sus representantes en su nombre o en interés colectivo. (...)

3. La responsabilidad penal de estas entidades no excluye

la responsabilidad individual de los respectivos agentes».

Parece como si una vez aceptada esta última opción por el legislador portugués, rompiendo con los principios del derecho continental, temiera hacer uso de ella en algunos supuestos, o dicho de otro modo, como si recurrir a ella le supusiera un cierto pudor a la hora de romper la tendencia a no extraer del Código penal las conductas más graves. No obstante, la jurisprudencia lusa ha dejado claro que *«para que las personas jurídicas sean susceptibles de responsabilidad penal, es necesario que la ley expresamente lo diga. Y aun cuando esté prevista en la ley, los titulares de los órganos de representación de aquellas son susceptibles de responsabilidad penal, en el ejercicio de sus funciones»*⁴².

ITALIA

En Italia, a pesar de la consagración en la Constitución⁴³ de la responsabilidad penal personal, se sostiene que no existen obstáculos ni de naturaleza dogmática ni de naturaleza constitucional para configurar una responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que en el fondo de lo que se trata es de una opción del legislador.

⁴²STJ de 2 de febrero de 2000, proc. núm. 606/99-3.ª; SASTJ, núms. 38, 68.

⁴³El art. 27.1 de la Constitución italiana dispone que *«la responsabilidad penal es personal»*, lo que se ha interpretado a nivel constitucional como convalidación del principio *«societas delinquere non potest»*. Vid. TRAVERSI, A.: *Responsabilità penalid'impresa*, Milán, 1983, pp. 147-153.

Algunos autores consideran que el límite constitucional de la responsabilidad penal personal no puede significar una exclusión de la persona jurídica en la esfera de la imputación penal, al menos en la medida en que se entienda la misma no como una «fictio iuris», sino como una realidad social. En la doctrina italiana, el órgano administrativo de la empresa organizada en forma de sociedad es quien asume el poder y la responsabilidad del empresario individual, mientras que no existe una posición de garantía del socio en cuanto tal (a no ser que al mismo tiempo sea administrador)

ESPAÑA: LA ÚLTIMA REFORMA⁴⁴

En la experiencia española ha sido la Ley Orgánica 5/2010 del 22 de Junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del 23 de Noviembre del Código Penal la que ha dado entrada definitivamente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal español motivada en que son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta clara para las personas jurídicas, sobre todo aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía,

⁴⁴ESPINOZA GUTIERREZ, Sandra (2011), "LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: LA CULPABILIDAD"

prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos.....).

Para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por establecer una “*doble vía*”. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad de aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados.

La concreta fórmula elegida es la siguiente (art. 31 bis, 1 CP):

“En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho y de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y provecho de las mismas, por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”.

En consecuencia, el artículo 31 bis CP diferencia según se trate de responsabilidad criminal de las personas físicas derivadas de un *hecho de referencia* realizado por

directivos de la persona jurídica o de la responsabilidad criminal de la persona jurídica derivada de un *hecho de referencia* realizado por alguno de sus *trabajadores*. Esta propuesta dualista tiene su origen en las Decisiones Marco de la Unión Europea, porque en las mismas se quiere diferenciar dos regímenes sancionatorios diferentes: uno más grave, cuando el hecho de referencia se ha realizado por directivos de la persona jurídica, y otro menos grave, cuando el hecho de referencia se ha realizado por otros empleados.

Desde el punto de vista constitucional y dogmático el precepto indicado debe interpretarse de tal manera que la imputación de un delito a una persona jurídica se base en la comprobación de que el hecho de la persona física (hecho de referencia) puede ser normativamente imputable a la persona jurídica como su propio ilícito culpable. Dicho de otro modo: la aplicación del art. 31 bis CP debe llevarse a cabo sobre la base (requisitos comunes) de una teoría jurídica del delito (teoría de la imputación) de la persona jurídica.

CHILE

La ley chilena ha abrazado un modelo atenuado de

responsabilidad derivada, que, además de la conexión entre individuo responsable y su hecho con la persona jurídica, requiere que ésta haya contribuido al hecho por la vía de haberse organizado de un modo que favorece o en todo caso no impide ni dificulta la realización de ese tipo de hechos, esto es, la llamada responsabilidad por "defecto de organización". En efecto, conforme al art. 3° de la ley los requisitos de la responsabilidad penal por los delitos previstos en el art. 1° son los siguientes:

a) Que el delito haya sido cometido por personas pertenecientes a un determinado círculo que la propia ley define, a saber, los dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes de la empresa o quienes realicen actividades de administración y supervisión en ella, o bien por otras personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de dichos sujetos.

b) Que los delitos se hayan cometido directa e inmediatamente *en interés de* la persona jurídica o *para su provecho*, lo que viene reiterado luego cuando se señala que las entidades "no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero".

c) Y siempre que la comisión del delito sea consecuencia del incumplimiento, por parte de la entidad, de sus *deberes de dirección y supervisión*, a lo que se opone expresamente la previa adopción e implementación de un modelo de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, esto es, más sintéticamente, de un *modelo de prevención de delitos*.

Como se ve, la responsabilidad de la entidad se construye al modo de una *forma especial de intervención* en el delito cometido por el sujeto relacionado, razón por la cual responde precisamente *por ese título delictivo*.

Antes de analizar con algún detalle sus rasgos más sobresalientes, cabe comentar que, desde un punto de vista político más amplio, el modelo de responsabilidad por defecto de organización se inscribe en la estrategia de control del delito vía *autorregulación forzada (enforced self-regulation)*, esto es, imponiéndole a las empresas en cuyo seno se produce la actividad delictiva el deber de organizarse y regularse de modo que sirvan también como instancias de prevención y detección de la misma, concretamente mediante la adopción e implementación de *programas de cumplimiento (compliance programs)*. Desde luego ése es un efecto de cualquier modelo de

responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero la conexión es mucho más clara y consciente, en particular en lo que concierne a la forma específica de organización, cuando dicha responsabilidad se funda precisamente en el hecho de no haberse organizado y regulado del modo debido.

Si bien no es ésta la primera manifestación entre nosotros de esta estrategia en franca expansión — considérese, por ejemplo, el sistema de prevención del lavado de dinero con seguridad es la de alcances más amplios, pues aunque inicialmente son muy pocos los delitos relevantes, los deberes de organización afectan, si bien no a todas las personas jurídicas, sí al menos a todas las empresas. Por lo mismo podrían surgir, tal vez por primera vez entre nosotros, dudas respecto de la legitimidad de un modelo que traspaasa a los privados, al menos parcialmente, tareas privativas del Estado como son la prevención, la detección y la investigación del delito, todo esto coactivamente — por la vía de la amenaza de pena — y sin retribución por los gastos. Al respecto cabría replicar, sin embargo, por una parte, que el deber de prevenir delitos en el desarrollo del "giro" de la empresa no es sino consecuencia del *sinalagma libertad / responsabilidad* aplicado a la actividad empresarial: el ejercicio de la libertad de empresa impone,

entre otros, el deber de velar porque el mismo *no dé lugar* a delitos, con lo cual sólo cabría discutir la virtud de detalles del modelo concreto, no su legitimidad fundamental. Por otra parte, asumido que el Estado no puede dejar de adoptar medidas eficaces contra la criminalidad de empresa, la alternativa sería reforzar significativamente el *control administrativo* - tanto previo como *a posteriori* — de la operación de las entidades, con el consiguiente entorpecimiento de su actividad, de modo que probablemente resulte más conveniente para la empresa — que, como con orgullo se dice en otros contextos, es la que "mejor sabe" cómo hacer bien las cosas — hacerse cargo de la prevención de *sus* delitos.

2.1.4 LOS DELITOS ECOLOGICOS

2.1.4.1 CONSIDERACIONES GENERALES

2.1.4.1.1 PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Uno de los mayores problemas con que nos enfrentamos al abordar las materias ambientales, desde el punto de vista jurídico, es el de la ambigüedad conceptual que parece cruzar todo dicho campo de estudio. Así por ejemplo, como señala Libster, citando a Eugene P. Odum, la palabra

ecología es empleada con frecuencia, erróneamente, como sinónimo de medio ambiente.⁴⁵

Tratando de precisar conceptualmente nuestro objeto de estudio diremos que etimológicamente, ecología, proviene del griego y se compone de la raíz “oikos”, que significa casa o lugar donde se habita, y “logos”, que significa ciencia, tratado o estudio.⁴⁶

La casa de la especie humana es el planeta Tierra. Visto así, la ecología estudia todos los elementos que componen el planeta, incluido el hombre, y la relación que se produce entre estos seres vivos, llámense hombres, plantas, animales, microorganismos y su ambiente. Así es como la ecología en definitiva se refiere a lo que conocemos como la naturaleza “, de la cual la humanidad es parte”.

Así concebido, desde el punto de vista de la ecología, el hombre es también un ser natural. Sin embargo, en el concepto de ambiente como señala Libster el hombre se perfila en su naturaleza de ser social y es su intervención modificadora de los componentes físicos naturales que lo circundan, el punto de partida de los problemas del ambiente, cuando estas modificaciones alteran, de algún

⁴⁵LIBSTER Mauricio (1993), Delitos ecológicos, Ediciones Desalma, 1993 Buenos Aires, Argentina. Pág. 1

⁴⁶IbidPag 2.

Id. Pag 3.

modo el equilibrio de los ecosistemas o atentan contra su restablecimiento. Es por lo anteriormente dicho que el medio ambiente debe ser concebido de manera más amplia y abarcar todo aquello que rodea al hombre y que puede influir en él y en cual este también puede influir. Sin embargo de lo anterior, como ya se expresó, las concepciones a este respecto nos son univocas, pues existe disparidad de criterios en la doctrina respecto a lo que debemos entender por medio ambiente.

La concepción tradicional, más restringida, a la que adscribe Martín Mateo R., equipara al medio ambiente a lo ecológico, y en tal sentido este estaría integrado solo por componentes naturales. Sin embargo, en palabras de Libster, las concepciones más modernas afirman que este, el medio ambiente, puede ser dividido en tres sectores:

- a) el ambiente natural, esto es el aire, el agua, el suelo, la flora y fauna
- b) el ambiente construido por el hombre, o sea edificios, fabricas, caminos, etc., y
- c) el ambiente social, compuesto este por los sistemas sociales, culturales, económicos y políticos.

Así, la posición contraria la integran aquellos que pretenden incluir aún a aquello que hemos denominado ambiente social dentro del concepto, lo que por cierto, nos conduciría a concebir todo el derecho como derecho ambiental. Entre estas posiciones, se sitúa una concepción intermedia que es aquella que pretende tutelar jurídicamente al medio ambiente, como por ejemplo la doctrina alemana que en palabras de Albin Eser, citado por Libster, señala que el medio ambiente es “el compuesto por los elementos biológicos que constituyen el entorno natural dentro del cual se desenvuelve la vida del hombre”.¹⁷

Considerando lo señalado podemos afirmar que las concepciones dominantes del medio ambiente lo sitúan en relación con el hombre o con la vida. Adscribiremos en el presente trabajo al concepto de medio ambiente de Haeckel, citado por Libster, quien define a este como “el ámbito global dentro del cual viven, conviven y actúan elementos naturales y artificiales que condicionan la vida del hombre, que a su vez se desarrolla en aquél”¹⁹

2.1.4.1.2 LOS DELITOS ECOLOGICOS

Hablar de Delitos ecológicos es un tema que tiene vital importancia, de ahí que todos y cada uno de nosotros, como

personas interesada en el medio ambiente, tenemos que conocer las conductas que son nocivas y se constituyen en delitos y que la mismas son sancionadas por la Ley Penal Peruana, y ya para entrar a las definiciones de los delitos ecológicos, primeramente se tendrá que tener una concepción clara de los que son los delitos, según Florián: "Es un hecho culpable del hombre, contrario a la ley (antijurídico), conminado por la amenaza penal", y para Carnelutti: el delito "Es un hecho que se castiga con la pena, mediante el proceso", para Feuerbach: el delito es "Una sanción contraria al derecho de otro, conminada por una ley penal" , para Jiménez de Asúa: El delito es un "acto típicamente antijurídico, imputable y culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se halla conminado por una pena o, en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella"⁴⁷. Por su parte Villavicencio conceptúa al delito como una conducta, típica antijurídica y culpable, precisando que los niveles de análisis son el tipo, la antijuricidad y la culpabilidad, precisa que solo una acción u omisión típica puede ser antijurídica y solo una acción u omisión antijurídica puede ser culpable⁴⁸. Finalmente Peña considera

⁴⁷Definiciones de estos autores se lo encuentra en web: [www.todourecomarJmonofraalfalpena/Defnfcjonesdede\[jto.htm-\]jk,2deabril de2004](http://www.todourecomarJmonofraalfalpena/Defnfcjonesdede[jto.htm-]jk,2deabril de2004).

⁴⁸VILLAVINECIO Felié(2009) "Derecho Penal Parte General". Editorial Grijley. Lima Pag 226.

que el delito es un hecho (acción u omisión) penalmente antijurídico y personalmente imputable.

A partir de las definiciones esbozadas queda claro que debemos entender al delito ecológicos como aquellas acciones u omisiones que realizan las personas y que afectan gravemente los componentes naturales como: el aire, el agua, el suelo, la fauna, la flora, los minerales y los hidrocarburos; a los hombres y sus condiciones de vida .Dichas conductas se encuentran descritas como prohibidas, su violación acarrea responsabilidad penal. Se puede decir también que un delito ecológico:

Es una figura de carácter jurídico- penal que sanciona el peligro o lesión al ambiente,entendiendo este como plataforma para el mantenimiento y desarrollo de la vida engeneral, y de la vida humana en particular, en el marco del desarrollo económico, tecnológico y cultural.⁴⁹Diethell Muranta nos dice por su parte que en los delitos ambientales son conductas descritas en una norma de carácter penal cuya consecuencia es la degradación de la salud de la población, la calidad de vida que ésta o del medio ambiente y que se encuentra sancionada con una pena expresamente

⁴⁹A. Rojas. *Derecho Penal Ambiental*. 07 de Julio de 2011. Disponible en: <http://www.slideshare.net/alrojasp/derecho-penal-ambiental-venezuela>.

determinada. En base a las diversas definiciones presentadas para efectos de la presente investigación consideramos al delito ambiental y/o ecológico como el hecho antijurídico, previsto por el derecho positivo, lesivo del derecho al ambiente, o sea al aspecto esencial de la personalidad humana, individual y social, en relación vital con la integridad y el equilibrio del ambiente, determinado por nuevos trabajos o acciones sobre el territorio y por alteraciones voluntarias, químicas o físicas o por cualquier otro atentado o perjuicio, directo o indirecto, o en uno o más componentes naturales o culturales y las condiciones de vida de los seres vivientes.

En tal sentido queda claro que el delito ambiental es un delito social, pues afecta las bases de la existencia social económica, atenta contra las materias y recursos indispensables para las actividades productivas y culturales, pone en peligro las formas de vida autóctonas en cuanto implica destrucción de sistemas de relaciones hombre-espacio. Estas acciones atentan el bien jurídico protegido naturaleza, y que a pesar de estar contenidas en una ley especial, los efectos, resultado de la contaminación son tan graves, que no pueden ser subsanados con una sanción meramente administrativa. Es allí donde debe intervenir el

aparato estatal, con la potestad de sancionar estas conductas ilícitas, que se encuentran debidamente tipificadas, porque resultan nocivas para los ecosistemas, para la salud y la vida de las personas; sin perjuicio de los daños que se puedan ocasionar, en contra del patrimonio de las personas, cuyo caso, existe una responsabilidad civil, por daños extracontractuales.

2.1.4.1 .3 BIEN JURIDICO MEDIO AMBIENTE

A) CONSIDERACIONES PREVIAS

El tratamiento de los delitos ambientales resulta siempre complejo, y dicha complejidad deriva de factores diversos. Desde el punto de vista de la lesividad, la determinación de la extensión del bien jurídico protegido, en una sociedad industrial basada en una estrategia de póiesis o de transformación de la naturaleza —frente a la mimesis, estrategia basada en la adaptación de la misma— dificulta sobremanera la punición de determinadas conductas, puesto que la misma sociedad que las prohíbe normativamente, las exige al mismo tiempo fácticamente. Y dicha tensión interna es la que merma la aptitud del bien jurídico protegido para interpretar el tipo penal en esta materia. Es esa misma tensión interna la que determina que, también en este sector, la tardía intervención administrativa lleve a una temprana intervención penal, que hace añicos el frágil

principio de intervención mínima, y contribuye a incrementar los problemas para establecer la frontera entre las infracciones administrativas y un tipo penal que, ya en su primera formulación, se consideraba por todos excesivamente vaga y falta de taxatividad.

Para muchos, por ejemplo, es ya una verdad de perogrullo la excesiva vaguedad del concepto "ambiente" o "medio ambiente", como bien jurídico objeto de protección por parte del Derecho Penal. Y ello se origina, en buena cuenta, por lo difuso que a su vez, resulta el contenido del Derecho Constitucional a "vivir en un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida", elevado a derecho fundamental de la persona, por el art. 2º inciso 22 de nuestra vigente Carta política, y que, a nuestro juicio, representa un concepto prepenal de gran valor para llenar de contenido al bien jurídico tutelado en los delitos ambientales.

En efecto, tal y como lo ha afirmado el Tribunal Constitucional, en su sentencia recaída sobre el Exp. N° 0964-2002-AA/TC⁵⁰: "La Constitución no señala el contenido protegido del derecho en referencia. A diferencia de muchos derechos constitucionales cuyo contenido

⁵⁰ Recuperado de :
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00964-2002-AA.html>

protegido puede extraerse de su formulación constitucional o de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en el caso del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado, la determinación de ese contenido es más problemático, pues la expresión 'medio ambiente' a la que implícitamente se hace referencia, como lo reconoce la doctrina y jurisprudencia comparada, tiene un contenido difícilmente delimitable, debido a que este concepto está compuesto de muchos elementos, distintos los unos de los otros" (fundamento 8, tercer párrafo).

Asimismo, el TC, en esta sentencia, ha reconocido el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado como un derecho o interés de carácter difuso, cuya tutela podría autorizar a cualquier persona natural para iniciar acciones judiciales en defensa del ambiente. En el primer párrafo del fundamento octavo de la referida sentencia se expone:

"El inciso 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú reconoce, en calidad de derecho fundamental, el atributo subjetivo de 'gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo' de la vida de la persona. Se trata, en principio, y como se desprende de la ubicación de su reconocimiento, de un derecho subjetivo de carácter constitucional, *cuyo titular es el ser humano considerado en sí mismo, con independencia de su nacionalidad o,*

acaso, de ciudadanía. Sin embargo, no solo es un derecho subjetivo, sino que se trata también de un derecho o interés de carácter difuso, puesto que es un derecho que lo titularizan todas y cada una de las personas". (Resaltado nuestro)

Pero el problema no estriba en simplemente delimitar qué es ambiente desde una visión constitucional, sino más bien qué elementos de él deben protegerse a nivel jurídico-penal o, en todo caso, desde qué enfoque debe protegerse lo ambiental, pues no es lo mismo hablar de regulación administrativa, civil o constitucional del ambiente, que hablar de la regulación jurídico-penal.

Esta excesiva vaguedad y oscurantismo ha permitido que surjan diversas posturas que intentan desterrar conceptos como "medio ambiente", "sistemas naturales", "equilibrio ecológico", como objetos de protección penal en los tipos, justamente por su excesiva vaguedad y difuso contenido, que está creando graves incertidumbres jurídicas al momento de fundamentar temas vitales de índole político-criminal, como la levedad o agravamiento de las penas, el uso y abuso de las técnicas de peligro abstracto, leyes penales en blanco, etc. Sin embargo, nadie puede negar que el fundamento político-criminal más importante para sancionar ilícitos ambientales en el ámbito penal, se

encuentra definitivamente, en la delimitación clara del bien jurídico que se intenta proteger.

Ahora bien, la necesidad de delimitar claramente el concepto de "ambiente" como un concepto prepenal, radica en la tremenda importancia que tal delimitación tiene para el contenido del bien jurídico-penal que se intenta proteger en los delitos ambientales; pues como se sabe, actualmente existe gran confusión tanto a nivel de teóricos como pragmáticos sobre aspectos medulares, que van desde la terminología y problemas conceptuales, hasta llegar al mismo contenido del bien jurídico que se intenta proteger penalmente. En las líneas que siguen, se intenta exponer la realidad problemática que abarcan estos aspectos:

B) PROBLEMAS TERMINOLÓGICOS

El carácter aparentemente redundante de la expresión "medio ambiente" sigue provocando polémicas. Así tenemos que, en las primeras leyes sudamericanas sobre el tema, tanto de Colombia como de Venezuela y Perú⁵¹, se utilizaba la expresión "medio ambiente". En cambio, en México, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente de 1988 usa solo la expresión "ambiente", definido como "el conjunto de elementos

⁵¹ En el Perú, la primera normativa sobre el tema, dada en noviembre de 1989, se denomina "Código del Medio ambiente y los Recursos naturales"; es importante añadir que la nominación de este Código está reconociendo que los recursos naturales forman parte del derecho y normativa sobre el ambiente.

naturales o inducidos por el hombre que interactúan en un espacio y tiempo determinados".

Uno de los pioneros de la legislación ambiental en Sudamérica, Guillermo Cano, recogió el término "entorno" para referirse al medio ambiente, pero este se usa escasamente en la actualidad. Brañes, sin perjuicio de reconocer que también ha participado en la crítica a la aparente redundancia de medio ambiente, manifiesta que a pesar de todo, la expresión ha terminado adquiriendo a través de su uso una cierta legitimidad, que la propia Real Academia Española ha reconocido⁵².

¿Pero qué es medio ambiente? Según la visión sistémica de Brañes, el ambiente debe ser entendido como un sistema, vale decir como un conjunto de elementos que interactúan entre sí⁵³, pero con la precisión de que estas interacciones provocan la aparición de nuevas propiedades globales, no inherentes a los elementos aislados. En tal sentido, este autor maneja un concepto de ambiente referido a un sistema humano como otro sistema más que se integra con los demás existentes en el mundo (Brames, 1994).

52 En el mismo Diccionario de la Real Academia (vigésima segunda edición) se acoge la expresión conjunta de "medio ambiente" para hacer referencia al conjunto de circunstancias culturales, económicas y sociales en que vive una persona.

53 Esta es la definición de sistema que ofrece el "padre" de la teoría de los sistemas, Ludwing Von Bertalanffy, en su *General System Theory (Teoría de los sistemas)*, México, 3ª reimp., 1982, p. 56.

Hasta antes de la modificación que introdujo la Ley N° 29263, el nomen iuris del título XIII de nuestro CP se titulaba "Delitos contra la ecología", lo cual era un error, resultante de la confusión entre el concepto "ecología" con el concepto de "ambiente adecuado para el desarrollo de la vida".

C) EXCESIVA VAGUEDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A "VIVIR EN UN AMBIENTE ADECUADO"

Este es el principal problema en los conceptos prepenales que dotan de contenido al bien jurídico-penal protegido en delitos ambientales. Como habíamos puesto de relieve en líneas anteriores, el mismo TC en su sentencia N° 0964-2002-AA/TC ha reconocido al derecho a un ambiente equilibrado y adecuado como un derecho o interés de carácter difuso, cuya delimitación de contenido es problemática, pues la expresión "medio ambiente" a la que implícitamente se hace referencia, como lo reconoce la doctrina y jurisprudencia comparada, tiene un contenido difícilmente delimitable, debido a que este concepto está compuesto de muchos elementos, distintos los unos de los otros" (fundamento 8, tercer párrafo).

No obstante ello, el mismo TC en esta sentencia nos dice: "No obstante esto, la Constitución vigente proporciona algunas características a partir de las cuales es posible determinar su contenido. En efecto, no solo se limita a señalar que es un atributo subjetivo del ser humano el vivir en un medio ambiente (lo que desde luego no significaría gran cosa, pues todos vivimos en uno), sino que también subraya que ese 'ambiente' debe ser 'equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida'. Lo que significa que, desde una perspectiva constitucional, se tenga que considerar al medio ambiente, equilibrado y adecuado, como un componente esencial para el pleno disfrute de otros derechos igualmente fundamentales reconocidos por la Norma Suprema y los tratados internacionales en materia de derechos humanos" (cuarto párrafo).

A partir de la referencia a un medio ambiente "equilibrado", este Tribunal considera que es posible inferir que dentro de su contenido protegido se encuentra el conjunto de bases naturales de la vida y su calidad, lo que comprende, a su vez, los componentes bióticos, como la flora y la fauna, y los abióticos, como el agua, el aire o el subsuelo, los ecosistemas e, incluso, la ecósfera, esto es, la suma de todos los ecosistemas, que son las comunidades de especies que forman una red de interacciones de orden biológico, físico y

químico (quinto párrafo).

De todo lo expuesto, queda la sensación de una evidente necesidad de delimitar con precisión cuál es el criterio constitucional que ha adoptado nuestro sistema con respecto al medio ambiente, hecho que realizaremos en las líneas que siguen. Pero antes de ello, es necesario tratar aspectos preliminares como las funciones de los bienes jurídico-penales y la consideración del bien jurídico ambiente como bien colectivo.

D. BIENES JURÍDICO-PENALES

Como afirma Roxin, los "bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema". En realidad, los bienes jurídicos no son tales porque el legislador los haya catalogado abstractamente en una norma jurídica, que puede estar supeditada quizá aun evento o situación coyuntural, sino porque representan presupuestos indispensables para la vida en común⁵⁴. De ahí que se diga, con toda razón, que la función del Derecho Penal sea la protección de bienes

⁵⁴Roxin Claus, Derecho penal. Parte General, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, de la 2ª edición. Madrid 1997. Pag 56

jurídicos; desterrándose de esta manera protecciones ligadas a meras desobediencias formales, a injustos administrativos o simplemente a cuestiones bagatelares.

La protección de bienes jurídicos no significa imperiosamente la tutela a través del recurso de la pena criminal, puesto que una cosa son los bienes jurídicamente protegidos y otra cosa son los bienes "jurídico penalmente" protegidos⁵⁵; esta siempre tiene un ámbito más reducido de dominio de tutela jurídica, que pasa principalmente por una decisión política criminalizante, en consecuencia, es inconcebible que pueda existir un tipo penal que no tenga como propósito proteger un bien jurídico determinado.

La respuesta estatal ante el comportamiento que se desvíe de su pretensión de control es la pena. La pena tiene siempre un contenido aflictivo, conforme fuera advertido por los autores del Proyecto Alternativo Alemán de 1966 al señalar que la sanción penal es una "amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como son los hombres". Así pues, ante la evidencia constatada de que la actividad punitiva del Estado supone una de las más graves afectaciones de los derechos fundamentales de la persona,

⁵⁵MIR PUIG, Santiago "Bien jurídico y Bien Jurídico Penal como límites del IusPuniendi". Editorial Ariel . Barcelona. Pagina 159

aparece la necesidad de fijar límites al poder punitivo estatal.⁵⁶

Es en ese contexto que aparece el concepto "bien jurídico", como criterio limitador de la intervención penal del Estado y que, haciendo propios los términos de Serrano-Piedecasas: "acota el círculo del ámbito legítimo de intervención.

Aunque este no es el lugar más adecuado para estudiar las posturas existentes sobre el bien jurídico-penal ni su evolución histórica, creo preciso reafirmar la idea, ya expuesta por Mir Puig hace una década, que el concepto bien jurídico no resulta suficiente para decidirse por la protección penal. Y esto es porque: "No todo bien jurídico requiere tutela penal, no todo bien jurídico ha de convertirse en un bien jurídico-penal"⁵⁷ .

Aparece así la necesidad de diferenciar ambos conceptos: bien jurídico y bien jurídico-penal. La diferencia entre ambas categorías se marca en el carácter más restringido que posee este último concepto. El contenido restringido que se concede al concepto bien jurídico se basa en la exigencia de dos requisitos: suficiente importancia social, o

⁵⁶HURTADO POZO, José (2000), Manual de Derecho Penal . Parte General Gaceta Juridica Lima pag 13-19

merecimiento de protección, y necesidad de protección penal (Monge, 1998). Por ello, es que Mir Puig señala: "Para que un bien jurídico (en sentido político-criminal) pueda considerarse, además, un bien jurídico-penal (también en sentido político-criminal), cabe exigir de él dos condiciones: suficiente importancia social y necesidad de protección por el derecho penal"⁵⁸.

En esta línea de ideas, podemos advertir, en suma, que un interés social vital solo podrá ser elevado a la categoría de bien jurídico-penal en la medida de que se haga merecedor de protección penal, en cuanto, como indica Rodríguez Mourullo, a la generalidad de los componentes del grupo social y no solo a la minoría o un sector social determinado y siempre que se encuentre necesitado de resguardo en sede penal ante el fracaso de los medios de los que disponen las otras ramas del Derecho⁵⁹.

Así las cosas, el bien jurídico-penal deberá cumplir una función material que es doblemente importante, ligados por un aspecto crítico, tanto por los objetivos dogmáticos que de hecho protege el orden penal vigente (*lege lata*), así como las valoraciones político-criminales que se relacionan con aquellos intereses que reclaman protección penal

58 MIR PUIG, Santiago, "Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como límites del *iuspuniendi*", en: *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, cit., p. 162.

59 MIR PUIG, Santiago (1982) "Política criminal y reforma del Derecho". Editorial Temis. BogotaPag 331

(legeferenda), bajo los cuales deben sumarse los lineamientos imperativos de merecimiento y necesidad de pena insertados en el modelo del Estado social y democrático de Derecho.

Como bien apunta Caro Coria, el camino hacia la concreción del bien jurídico-penal debe atender en primera instancia a las consideraciones de merecimiento de pena, cuyo juicio deriva de la significación atribuida al bien y de la gravedad de las diversas formas de ataque al mismo. Principios de justicia inspiran el merecimiento de pena, pues se sitúa en torno a consideraciones garantistas de proporcionalidad. Sobre la necesidad de pena, este autor sostiene que "obedece a criterios de utilidad o rendimiento social, pues impone agotar la eficacia de otros medios menos lesivos, previo al paso de la intervención penal, pues de lo que se trata es de proteger los bienes jurídicos al menor coste posible, y si ello es suficiente, recurrir al control administrativo o civil, no existe necesidad de utilizar la pena".⁶⁰

Asimismo, junto a las ya tradicionales funciones del bien jurídico, de orden dogmático-interpretativo (que busca la ratio legis del bien jurídico involucrado en la protección),

⁶⁰CARO CORIA, Carlos (1997) "Sobre la Moderna Teoría del Bien Jurídico- Penal en España y el Rechazo al Funcionalismo Sistemico de Jackobs", en Themis N° 35. Lima. 1997- Pag 165.

garantizadora (que busca castigar solamente conductas que afectan bienes importantes) y clasificadora (que responde a un criterio de jerarquización de los bienes jurídicos que subyacen en los tipos penales) , se va perfilando paralelamente con mayor nitidez la idea de la función crítica trascendente del sistema penal, como rol decisivo de la política criminal, puesto que constituye el punto de unión entre la realidad y la valoración jurídico-penal.

En síntesis, debe tenerse en cuenta, que el bien jurídico no integra el tipo penal y tampoco la norma que subyace en él, sino que constituye la base fundamental sobre la cual se construyen y "reconstruyen" los tipos de injustos. Así las cosas, el legislador, al momento de crear infracciones penales, tendrán que establecer determinados criterios político-criminales que permitan justificar la incorporación de aquellos bienes jurídicos que necesitan protección desde la órbita punitiva. Asimismo, para el juzgador al momento de la aplicación e interpretación teleológico-sistemática de la ley ("según el bien jurídico protegido"), este tipo penal se convertirá en una herramienta indispensable que permitirá reducir a sus justos límites la materia prohibitiva y delimitar previamente la posición en torno a las múltiples fundamentaciones teóricas que existen alrededor del bien

jurídico, como también al gran contenido criminológico que subyace en él.

2.1.4.1 .4 CONSIDERACIÓN DEL AMBIENTE COMO BIEN COLECTIVO

Un aspecto preliminar, pero igualmente importante con respecto al bien jurídico protegido en delitos ambientales, es su consideración como un bien jurídico de la colectividad. Tal y como afirma Vercher, el medio ambiente es en la actualidad, una necesidad cultural y social, y también un bien jurídico cuya protección es progresivamente sentida y sobre todo, exigida por la sociedad⁶¹En tal sentido, no debe olvidarse que el Derecho Penal liberal no se ha circunscrito a la tutela de los bienes individuales, sino que siempre ha protegido una gama más o menos amplia de bienes colectivos.

Justamente, aquello que caracteriza al Derecho Penal contemporáneo es solo una creciente atención a los bienes colectivos, fruto no de una visión panpenalista de control social por parte de la doctrina y del legislador, sino de las transformaciones económico-institucionales que han hecho emerger nuevas entidades merecedoras y necesitadas de

⁶¹VERCHER NOGUERA, Antonio, (2005), El uso del Derecho penal para la protección del Medio Ambiente en España

pena, o que han acrecentado la importancia de los bienes colectivos clásicos⁶².

En ese sentido, el insigne penalista chileno, Bustos Ramírez⁶³, sostenía que resulta necesario considerar una ordenación de los delitos en vista de los bienes jurídicos, no sobre la base de una atomización de la sociedad, sino del todo que implica un sistema. En consecuencia, existen bienes jurídicos, que están referidos a las bases de existencia del sistema y aquellos que están en conexión con el funcionamiento del sistema. Los primeros son los que tradicionalmente se han llamado bienes jurídicos individuales, como es el caso de la vida humana, la salud individual, la libertad, etc. En cambio, los segundos son aquellos que inciden en relaciones macrosociales. Dentro del funcionamiento del sistema, hay que distinguir a su vez, en tres diferentes niveles: aquellos bienes jurídicos que denominados colectivos, están presentes en forma constante en el quehacer cotidiano de cada uno de los sujetos o grupos en que este se integra, como el medio ambiente, libre competencia, política de ingresos y egresos del Estado, y los delitos contra el orden económico. Cualquier atentado contra estos bienes repercute en la integridad física, en la

⁶²MARONUCCI Giorg/dolcini, Emilio (2001), "Derecho Penal Mínimo y nuevas formas de Criminalidad" Lima . Pag 135.

⁶³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, (1986) Manual de Derecho Penal. Parte especial, Editorial Ariel, Barcelona, Pag 6.

libertad y en la vida misma. El segundo nivel se trata de bienes jurídicos institucionales como la fe pública, administración de justicia, garantías constitucionales, etc. En el tercer nivel, están los bienes jurídicos de control como es el caso de la seguridad interior y exterior del Estado.

En opinión de Reátegui Sánchez, la clasificación del bien jurídico del profesor chileno nos sirve para centrar nuestro ámbito de competencia, ya que el bien jurídico-penal "ambiente" es un bien colectivo⁶⁴. En realidad, la protección de dichos bienes, no es nada nuevo para el Derecho Penal. Ya los Códigos del XIX protegían intereses colectivos: la moral pública, la religión, etc. (Arroyo, 1998). **Lo que ahora sucede es que aquellos intereses adquieren la connotación de pilares básicos de la organización y funcionamiento del sistema social** –sobre todo económico– con relevancia constitucional en algunos casos (el sistema financiero y de tributación, libre competencia, medio ambiente⁶⁵, en los cuales se reciben estos nuevos intereses, y el proceso de asimilación viene presidido por una fuerte tensión en el Derecho Penal⁶⁶.

Si bien el auge de los bienes colectivos constituyó nuevas formas de protección en el campo del Derecho Penal, ante

64 REÁTEGUI SÁNCHEZ James, La contaminación ambiental como delito, cit., p. 61.

66 URQUIZO OLAECHEA, José, "El Bien Jurídico", en: Revista Peruana de Ciencias Penales, Nº 6, Lima, GC Ediciones, p. 809.

las modalidades cada vez más sofisticadas de ataque, también hay que considerar –siguiendo a Caro Coria y Reátegui Sánchez– que dichos bienes no deben ser considerados de manera artificial con respecto a los bienes jurídicos básicos o tradicionales como la vida humana, la salud individual, el patrimonio, etc., pues esto significaría reconocer que la orientación política estatal está diseñada para un contexto netamente individualista, bajo una concepción personalista-monista del bien jurídico, que no admitiría ninguna forma de tutela de los bienes colectivos, sino está en función de la protección de intereses individuales, como si fuera el fin último y los únicos realmente existentes. Los bienes jurídicos colectivos, no son una categoría que se halle "por encima" o "más allá" del individuo, sino que están en función de todos los miembros de la colectividad, por lo mismo que son complementarios de los bienes jurídicos individuales⁶⁷

Hoy puede sostenerse que el ambiente ha traspasado la frontera de los intereses difusos para convertirse en interés colectivo, ya que se ha reconocido por parte de la normatividad la existencia de un derecho al ambiente, cual

67 CARO CORLA, "Bienes jurídicos colectivos en la 'sociedad de riesgos' y las reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación del resultado lesivo", en: *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Lima, 1997, pp. 61 y 62. En el mismo sentido, REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *La contaminación ambiental como delito. Aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 62-63.

debe ser entendido de forma totalmente autónoma del derecho a la salud, a la propiedad o cualquier otro derecho real o personal. Dicho de otro modo, los bienes colectivos son autónomos respecto de los cuales es necesario precisar un contenido material propio⁶⁸. Esto no implica, sin embargo, un divorcio absoluto con los bienes individuales, ya que ambos son realidades normativas.

Los textos constitucionales, con respecto a los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, en gran cantidad de Estados de la cultura occidental, tienen aceptable receptividad, tales son los casos de la Constitución Alemana de la posguerra, la Española de 1978, y la Constitución Argentina de 1853 y sus posteriores reformas, que incorpora expresamente en los arts. 412, 422 y 432, gran cantidad de derechos públicos subjetivos, como derecho a un ambiente sano, la defensa de su competencia, protección de los consumidores y la concesión de una serie de amparos colectivos.

En síntesis, la mayoría de legislaciones en el mundo se han inclinado por la protección del bien jurídico ambiental como un bien colectivo; sin embargo, en lo que no existe absoluto consenso, es con respecto al tema de su autonomía acerca

⁶⁸ RODAS MONSALVE, Julio Cesar (1994), *Proteccion penal y Medio Ambiente*, 1EDicicon . Barcelona. Pag 29.

de los bienes jurídicos individuales, cuestión que pasaremos a estudiar en el siguiente espacio.

2.1.4.1.5 SOBRE EL CONTENIDO DEL BIEN JURÍDICO-PENAL EN LOS DELITOS AMBIENTALES

Ahora bien, ¿cuál es el contenido del bien jurídico-penal en los delitos ambientales? En definitiva, esta es una pregunta compleja, cuya respuesta deberá enmarcarse necesariamente dentro, de las posturas que se han formulado para tal fin.

Así tenemos que, en el pensamiento penal, se han tejido diferentes concepciones desde el prisma individualista o suprapersonal, que van desde la postulación de teorías monistas y dualistas, pasando por las posturas eclécticas y residuales inclusive, hasta llegar a concepciones amplias, estrictas e intermedias, sobre la autonomía formal y material del bien jurídico, objeto de protección penal.

A continuación, veremos las principales implicancias político-ambientales que han impuesto cada una de estas teorías.

A) TEORÍAS QUE SE HAN ESBOZADO EN TORNO AL DEBATE SOBRE LA AUTONOMÍA DEL AMBIENTE COMO BIEN JURÍDICO-PENAL

Ahora bien, ¿desde qué enfoque es recomendable proteger

al ambiente como bien jurídico? Las principales teorías que se han puesto de manifiesto en este campo son:

A.1 TEORÍAS MONISTAS

Para la teoría monista, la figura central es concebir al bien jurídico desde una sola perspectiva, bien en sentido estatista o bien desde el punto de vista de los intereses de la persona singular. Si se toma como punto de referencia al Estado, cualquier interés (aun los más personales), se considera una nueva atribución jurídica derivada de las funciones del Estado. Si se parte de la teoría monista-personalista, la persona y su libre desarrollo, se convierten en el punto de referencia al que deben orientarse todos los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal. En este orden de ideas, los bienes jurídicos colectivos se convierten en simplemente medios o vehículos al servicio del desarrollo personal del hombre, que son los únicos realmente protegibles.

La perspectiva personal o individualista del bien jurídico fue propuesta en sus inicios por M. Marx, y ha sido reavivada por los exponentes de la Escuela de Frankfurt (Hassemer, Albert, Naucke), sobre todo por Hassemer, quien construye su teoría estrictamente sobre la base de intereses humanos tradicionales (principio antropocéntrico). Este autor explica que esta tradición consiste en

funcionalizar los intereses generales y del Estado a partir del individuo: los bienes jurídicos universales tienen fundamento solo en la medida en que se corresponden con los intereses –conciliados del individuo.⁶⁹

Empero, no pasó mucho tiempo, para que se advirtiera la insuficiencia de esta teoría, puesto que, el mero recurso a los bienes individuales, solo es posible en un modelo extremadamente antropocéntrico que se opone a la orientación constitucional de orden antropocentrista moderado (que al menos, es el criterio imperante en nuestra Constitución del 93). Además, se ha criticado su falta de efectividad con respecto a la constatación de lesiones a bienes individuales a través de la lesión a bienes colectivos, sobre todo en lo relacionado con criterios de causalidad. Así, se ha dicho que, si el Derecho Penal retrasa su intervención hasta la verificación de daños concretos individuales, se pondría en evidencia su ineficacia preventiva, más aún cuando científicamente se ha demostrado que los daños individuales directos solo tienen lugar en el seno de una catástrofe ambiental, tales como derrames de petróleo, o la contaminación de los ríos con desechos tóxicos o residuos industriales, casos impunes según la perspectiva doctrinal detallada hasta que sea

⁶⁹HASSEMER Winfried y Muñoz Conde, Francisco, (1995), La Responsabilidad por el Producto en el Derecho penal Tirante To Blanch. Valencia

tangible un perjuicio individual, pese a la dañosidad social de tales eventos.

2.4.1.2. Teorías dualistas

La teoría dualista establece que los bienes jurídicos pueden ser de naturaleza individual o bienes universales, sin que quepa encontrar un denominador común.

Es de señalar que, ante los inconvenientes de la teoría individualista, desde una perspectiva menos privatista y supuestamente superadora de la anterior, otros sectores doctrinales aún identifican el cuidado del medio con la protección de concretos intereses tradicionalmente tutelados por el sistema penal, pero de naturaleza colectiva, entre ellos, la salud pública, los valores socioeconómicos y las facultades de la administración.

Sin embargo, las críticas no se hicieron esperar con respecto a estos concretos argumentos. Así por ejemplo, reconociéndose comunes sectores entre la salud pública y el ambiente natural, sin duda, es posible comprobar la existencia de ámbitos exclusivos en cada caso. Por ejemplo, tratándose del ambiente natural, ya desde las normas constitucionales, se reconoce la posibilidad de protegerlo como fin en sí mismo, lo que autoriza a tutelar su valor estético sin que sea precisa la lesión o puesta en peligro de

condiciones humanas individuales (vida, salud) o colectivas (salud pública).

Con respecto al orden socioeconómico, la inadmisibilidad de su argumento se debe a su carácter extremadamente antropocéntrico, contradictorio con los postulados de la Constitución del 93 que apuesta más bien por un concepto de ambiente de orden antropocentrista moderado, conforme al cual no solo debe protegerse el medio en función de las necesidades humanas esenciales, sino también como fin en sí mismo, o por su valor estético, lo cual da paso a la tutela de otras formas de vida no humanas (flora y fauna) desde una perspectiva ajena a toda lectura socioeconómica.

Ahora bien, con respecto al argumento de las facultades de la administración como objeto de protección penal ambiental, ha dicho Albin Eser⁷⁰ "El derecho del ambiente no persigue la mera protección de las normas administrativas y de los fines de gobierno, distribución y organización de los recursos ambientales que las caracterizan, sino de los mismos elementos biológicos que constituyen el 'involucro' natural dentro del cual se desarrolla la vida del hombre".

Por ende, el argumento de las facultades de la

⁷⁰ ESER Albin citado por LAMADRID UBILLUS, Alejandro (2011), El Derecho Penal Ambiental en el Perú ¿Realidad Concreta o Simbolismo Practico?. Editorial Grijley. Lima- Peru. Pag 92.

administración resultaba un criterio insuficiente, al igual que el resto de argumentos reseñados.

2.4.1.3. Teorías eclécticas

Como afirma Caro Coria, ante las evidentes insuficiencias e inconvenientes de definir el objeto jurídico-penal recurriendo a los bienes individuales o colectivos de viejo cuño, cabe mencionar que un sector doctrinal se inclina por una solución ecléctica. Para ello, desde una supuesta visión "globalista" y autonomizadora, malentienden el ambiente como una realidad omnipotente que aglutina, simultánea u orgánicamente, un conjunto de valores individuales y colectivos⁷¹.

Esta teoría ha sido igualmente criticada por recurrir a fórmulas generales que son fruto de la integración no armónica o la desordenada sumatoria de diferentes bienes individuales y/o colectivos. De allí que se diga, por ejemplo, que el bien jurídico es la síntesis de otros como la vida o la salud individual, o que el delito reviste carácter pluriofensivo, porque ataca la razón de innumerables bienes que el ordenamiento valora positivamente. Tales consideraciones, como afirma Caro, se acerca a un totum revolotum de intereses, de modo que el entorno se amplía

⁷¹ CARO CORIA, Dino, (1999). Delitos y Técnicas de Tipificación. 1ra edición. Grafica Horizonte. Lima- peru. Pag 256.

para abarcarlo todo, pero a la vez se reduce a nada, porque carece de un sustrato propio. De esta manera, la constatación de que el medio natural se relaciona con múltiples bienes individuales y colectivos, no es razón suficiente para incardinar estos últimos en el primero, más aún cuando la propia legislación penal española y peruana les dispensa una protección específica mediante otras normas.

2.4.1.4. Las concepciones residual y legalista

Sostenida en la doctrina penal por Rodríguez Devesa y Serrano Gómez. Para tales autores, en la tarea de precisar los contornos del ambiente ha de procederse necesariamente con criterios residuales, de modo que "pertenecen al ambiente, en el sentido de la ley, todo aquellos elementos naturales cuya conservación o restauración es indispensable para la supervivencia del ser humano, siempre y cuando no encuentren una tutela penal específica en otros preceptos del propio Código o leyes penales especiales o cuando se hallen interrelacionados de suerte que esa protección específica no alcance al sistema (al ecosistema), sino solo a uno de los elementos aisladamente considerado, de manera que dicha protección penal sea insuficiente para garantizar, mediante el cumplimiento por separado de las normas, la preservación

o recuperación de elementos vitales para la supervivencia del hombre.⁷²

Esta posición queda descartada por la inconveniencia de su propio instrumento delimitador. Ciertamente, los criterios residuales se constituyen en conceptos negativos (lo que no es bien jurídico), pues el ambiente penalmente protegible viene conceptualizado mediante la exclusión de los sectores o espacios particularmente tutelados por las leyes especiales o el propio Código Penal, manteniéndose un concepto penal intrasistemático, que evade la consideración de los fundamentos constitucionales que rigen en materia ambiental. De esta manera, la concepción residual apuesta por una visión marcadamente antropocéntrica, y por ende, opuesta a la Constitución que sí permite la tutela de formas de vida no humanas. Además, le resta autonomía al bien jurídico en la medida en que define el ambiente en función de lo no protegido por otras normas del ordenamiento penal, con lo cual no solo se renuncia a una caracterización positiva, sino que además se mantiene un injustificado conformismo frente a la protección de los bienes jurídicos tradicionales, sin reivindicarse, por ende, un terreno propio para el sector penal ambiental.

⁷²RODRIGUEZ DEVESA. José maría y SERRANO GOMEZ, Alfonso(1993) Derecho penal español 16º Ediciom Madrid España , 1993. Pag 105-106

Por último, semejante valoración que la concepción residual merece el criterio legalista, que entiende el bien jurídico ambiente como aquel conformado por todos aquellos sectores que el legislador ha decidido proteger. Dicho criterio, excesivamente formal e inmanente, renuncia a la posibilidad de construir un concepto de ambiente derivado de la realidad social o de la norma constitucional, huyendo además de toda idea material de bien jurídico-penal en orden a criticar la labor del legislador.

2.4.1.5. Tesis de la autonomía del bien jurídico

A pesar de las complejidades que plantea la delimitación del concepto prepenal de ambiente, este no necesariamente es un bien indefinido. Antes bien, en cierta medida, se echa de menos el vigor de un concepto operativo y de carácter legal, ausencia que explicita las múltiples acepciones y confusiones sobre la determinación del concepto de ambiente, situación que, en muchos casos, crea incertidumbre e inseguridad.

En esta línea de ideas, se impone la tarea de adoptar un concepto de ambiente lo suficientemente útil y operativo en el plano penal, es decir, acorde con los principios de merecimiento y necesidad de pena. Para tal efecto, y como consecuencia de la visión sistémica del entorno, debe

tomarse como punto de partida la consideración de que en el Derecho Penal es tesis mayoritaria y actual la que pretende dotar de autonomía material y formal al bien jurídico, lo que ha de evidenciarse en el uso de especiales técnicas de tipificación, tales como las fórmulas de peligro y normas penales en blanco, así como en los aspectos sistemáticos y nominales.

En tal sentido, se ha dicho que es a todas luces aconsejables su autonomía sistemática por razones de seguridad jurídica y de determinación del ámbito de protección penal, distinguiéndole de otros valores protegidos penalmente en tipos tradicionales. Desde esta perspectiva, en el actual momento histórico, la respuesta afirmativa es obvia, aunque puedan existir diferencias tanto respecto de los contenidos concretos que engloba este bien jurídico, como en relación con la utilización del Derecho Penal y con la intensidad de su intervención.⁷³

2.4.1.6. El debate entre la visión ecocéntrica y la antropocéntrica

En el marco de las posturas antes estudiadas, se han

⁷³ DE VICENTE MARTINEZ, Rosario, "Una aproximación a la protección penal del Medio Ambiente en el Perú", en la Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 11 y 12. Lima. Pag 60.

discutido dos enfoques marcadamente contradictorios para fundamentar el bien jurídico-penal "ambiente":

– La visión egocéntrica: que considera a la naturaleza o biósfera y a sus componentes como un fin en sí mismo y su protección no se legitima en virtud de su funcionalidad para intereses humanos, sino por su valor intrínseco. Esta visión conduce tendencialmente a la preparación de una tutela de bienes, en cuanto dirigida al ambiente "en sí misma" sin la "mediación protectora" de la función pública de gobierno y la compensación de los distintos intereses en conflicto.

— La visión antropocéntrica: la cual parte de considerar la razón fundamental de la protección del ambiente como protección de un interés que sirve para el desarrollo del individuo en sociedad. Esta apreciación no necesariamente desemboca en la directa protección de bienes jurídicos individuales, como pueden ser la vida y salud personal.

Es necesario realizar, a su vez, una diferenciación entre las dos posiciones antropocéntricas tradicionalmente existentes: una posición intermedia (o moderada) y la radical. Esta última posición —radical—, le quita autonomía a los bienes colectivos y coincide fundamentalmente con los postulados de la Escuela de Frankfurt en que solo es una forma de adelanto de protección de los bienes individuales, esto es,

existe una relación de dependencia con ellos. En la primera, en cambio, se considera al ambiente como bien autónomo, lo cual, en principio, no generaría problema alguno, sin embargo, el inconveniente se suscita si tenemos que esperar a una lesión o puesta en peligro de este bien jurídico. En otras palabras, desde siempre la protección del ambiente sostuvo una situación bifronte: el ambiente deberá ser tutelado en la medida en que el desarrollo de esta exige el progresivo acceso a una serie de valores paisajísticos, económicos, de calidad de vida, de solidaridad con las futuras generaciones, etc.; valores estrictamente ecológicos, en suma, inviables sin la utilización racional de los recursos naturales. Es dentro de este contexto en el que se empieza hablar, como lo hace la Sentencia del Tribunal Supremo español del 11 de marzo de 1992, de un "concepto de ambiente moderadamente antropocéntrico"⁷⁴. En igual sentido, puede decirse de la anterior Constitución Política del Perú de 1979 que asumía una concepción antropocéntrica moderada del ambiente.

Interesante es la posición de Schünemann⁷⁵, quien ha afirmado lo siguiente: "El debate acerca de una consideración antropocéntrica o una ecocéntrica de los

⁷⁴TERRADILLOS BASOCO, Juan(1993), La tutela del Medio Ambiente en el Derecho penal Español, en Revista de Derecho y Ciencias Políticas. UNMSM. Vol 50, Lima Pag 253.

⁷⁵SHUNEMAN, Bernard, Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio. Editorial Tecnos. Madrid, 2002. Pag. 220.

bienes ambientales no cumple ningún papel, pues la protección penal directa de los bienes ambientales mismos se deja relucir sin más, tal como aquí también ha ocurrido, de los intereses de las generaciones actuales y futuras del homo sapiens y abarca también, de todos modos, en la forma de la dimensión contemplativa, un ecocentrismo moderado".

Compartimos parcialmente esta posición. En primer lugar, si bien es cierto que hay que tener en cuenta que la estabilidad del ecosistema tiene un grado de vinculación con la comunidad no solamente con las generaciones existentes, sino también con las futuras, también debe tenerse en consideración que este criterio no debe decidir sobre el fundamento que debe tener el bien jurídico-penal, precisamente porque contradice las bases mínimas del Derecho Penal, puesto que deben protegerse intereses actuales y reales, no potenciales o hipotéticos en el supuesto que algún día llegasen a existir. Pensar lo contrario sería ir en contra de principios elementales como el de la RESPONSABILIDAD POR EL HECHO (art. VII del TP del CP peruano) afirmando una responsabilidad meramente objetiva (responsabilidad por el resultado) en el que no interese la responsabilidad por los actos voluntarios, sino que simplemente se castiguen los hechos no queridos o las

causaciones naturales imprevistas. Entonces, la protección de las generaciones futuras, sin duda alguna, es solo una connotación ético-ecológica, que bien podría sustentar una protección en otras ramas del ordenamiento jurídico, donde se prevean sanciones administrativas en caso, por ejemplo, de la caza indiscriminada de especies protegidas, donde si bien son relevantes para mantener la estabilidad del ecosistema, no de todo el planeta, sino en una determinada localidad.

En segundo lugar, considero que debe respetarse el enfoque asumido por nuestra Constitución Política del 93, con respecto a consagrar el antropocentrismo moderado⁷⁶, como punto basilar para la protección ambiental. En efecto, nuestra Carta política, al consagrar como derecho fundamental el "derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado para el desarrollo de la vida" (art. 22.22) dicha consagración tiene particular relevancia sobre los arts. 67 al 69° de la misma Carta política (normas que se enmarcan

76 Del mismo parecer CARO CORIA, Dino Carlos, La protección penal del ambiente, P ed., Benites, Mercado & Ugaz abogados, 1995, p. 257; en el mismo sentido, FIGUEROA NAVARRO, Aldo, "El Ambiente como bien jurídico en la Constitución de 1993", en: Anuario de Derecho Penal, 1995. Anuario publicado por la Asociación Peruana de Derecho Penal (ADP), en la ciudad de Lima, año 1996, pp. 25-26. Este último autor muy acertadamente opina: "La primera característica del ambiente (...) se relaciona con uno de los fines de protección del ambiente: la protección de la existencia del ser humano como especie y, con ello, de las otras formas de vida (...) Asimismo, el ambiente garantizado por la Constitución vigente debe ser adecuado para el desarrollo de la persona (...) esta característica le da a la protección un cariz marcadamente antropocéntrico () esto supone no solo que el ser humano exista sino que exista bien (...)". Quien en nuestro medio peruano sostiene una posición ecocéntrica de la protección ambiental, aunque sin mayores fundamentaciones constitucionales, sino más bien de orden legal y dogmática es PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, Derecho penal. Parte especial, Idemsa, Perú, 2010, T. IV, pp. 196 y 208.

dentro del Título II de nuestra Constitución Política, es decir, fuera de los denominados Derechos Fundamentales); con lo cual, el enfoque no es tanto moderar la protección a partir de los recursos naturales, sino más bien que, a partir de la protección de la persona humana, y sus intereses constitucionalizados (dignidad, libertad, integridad), se orienta la protección a los recursos naturales. La protección humana es, pues, el eje central sobre el cual nuestra "Constitución Ecológica" parte para defender el ambiente⁷⁷.

2.4.2. Criterio adoptado por nuestra Constitución Política.

Fundamento

Para comenzar, las únicas constituciones que mencionan genéricamente la protección ambiental son las Constituciones de 1979 y de 1993. En nuestro país, fue la Constitución de 1979 la que consagró, por primera vez, una norma sobre el ambiente en su art. 123, cuyo constituyente del 79 siguió muy de cerca el modelo de protección de la Constitución Española de 1978, quien a su vez se había servido de la Constitución Portuguesa de 1976.

⁷⁷ Sobre los alcances de la denominada "Constitución Ecológica", vid. la sentencia del TC en el Exp. N° 03610-2008-PA/TC (fundamentos jurídicos 33 y 34).

Sin embargo, el constituyente del 79 obvió concebir la protección del ambiente como un derecho fundamental de la persona humana y más bien la vinculó con la denominada "Constitución económica", es decir, aquel conjunto de principios y normas constitucionales que definen y configuran el modelo económico general de un Estado. El criterio económico que subyacía en tal opción sistemática no significó, sin embargo, que el concepto de ambiente en su significado ecológico, se confundiera con el de recurso natural, en tanto manifestación del ambiente que sirve inmediata y directamente a la satisfacción de una necesidad humana material; pues el art. 1232 comenzaba afirmando el carácter colectivo del bien jurídico, al señalar "todos" como los destinatarios del derecho, expresaba la titularidad recaída en la colectividad en general, pero al mismo tiempo, señalaba el deber colectivo de conservarlo.

De su ambigua y confusa redacción parecería haberse adoptado la teoría intermedia, al protegerse no solo la vida del hombre, sino también de las diversas formas de vida natural, dentro de una visión ecológica de la protección: como afirma Figueroa Navarro, se buscaba la existencia de un ambiente equilibrado (no solo sano) que incluía tanto la defensa del paisaje, como la "naturaleza" (entendida como ambiente no interferido ni molestado por el hombre), tal

como se puede evidenciar de su art. 123º que a la letra decía:

Artículo 123º: "Todos tienen el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental."

Finalmente, al Estado le estaba asignada la función de prevenir y eliminar la contaminación ambiental. Esta previsión resulta explicable en los bienes económicos y sociales como el caso del ambiente, a los que el Estado debe dotar de contenido mediante la legislación secundaria. En este sentido, el alcance del art. 1232 era limitado por el criterio defensivo que se asumía: la protección ambiental no es solo asunto de prevención contra la contaminación.

Por su parte, la Constitución Política de 1993 incorpora restringidamente al derecho de habitar en ambiente saludable, desde una perspectiva limitada a los derechos de la persona y del tenor del mismo, es reconocible que se vincula con los recursos naturales (teoría intermedia), tal

como se puede evidenciar del numeral 22, del art. 22; concatenado con las normas del Capítulo II rotulado "Del ambiente y los recursos naturales" (arts. 66°, 67° y 68°):

"DERECHOS DE LA PERSONA

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida".

"CAPÍTULO II "DEL AMBIENTE Y LOS RECURSOS NATURALES"

Art. 66°: "Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación (...)".

Art. 67°: "El Estado (...) promueve el uso sostenible de los recursos naturales".

Art. 68°: "El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas".

Art. 69°.- "El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada".

Es preciso resaltar, en este punto, la aparente contraposición en la asunción de teorías que habría recogido nuestra Constitución Política. Como acaba de verificarse, nuestra máxima Carta política habría establecido dos conceptos de ambiente: uno amplio (art. 22.22, reconoce a toda persona "el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida" como derecho fundamental) y uno intermedio (los arts. 66°, 67°, 68° y 69°, ordenan que la protección estatal y uso sostenible de "los recursos naturales, la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas"). Sin embargo, debe entenderse que toda esta normativa debe remitirse a la posición intermedia y no amplia del bien jurídico tutelado, por las siguientes razones:

Primero, porque defender un megaconcepto que incluya a toda la creación humana y natural (recordemos que la posición amplia abarca ambiente natural, ambiente construido y ambiente social), no solo escapa a los objetivos constitucionales, sino que además puede llevarnos a que las disposiciones antes citadas sobre la protección constitucional ambiental, se conviertan en una metanorma cuyos alcances puedan influir en prácticamente todo el universo de derechos e instituciones reguladas en la Constitución, con la misma fuerza y alcance que otros

preceptos generales. De esta manera, por ejemplo, derechos sociales como el trabajo, la seguridad social o la vivienda, podían incluirse en el concepto de ambiente, porque, como tantos otros, influyen en el "desarrollo de la vida" de la persona.

– Segundo, porque el tratamiento diferenciado que nuestra Constitución dispensa para el patrimonio histórico, cultural y artístico, la ordenación territorial y muchos otros derechos o realidades incardinables en la concepción amplia (como el ambiente social), revela que nuestra Constitución se orienta a excluirlos del concepto de ambiente previsto en el art. 2º.22, norma que, a nuestro juicio, debe entenderse según el mandato del art. 67, que limita la protección a los recursos que conforman el ambiente natural.

– Esta conclusión es acorde con una interpretación negativa. En el ámbito de la Constitución Peruana, la regulación ambiental no comprende los componentes del ambiente social ni del ambiente construido, cuyo tratamiento diferenciado se observa en normas como el art. 21º que protege el patrimonio histórico, artístico y cultural, o el art. 195º.2 que regula la competencia sobre el ordenamiento urbano y rural. La norma constitucional tampoco comprende el ambiente social (entendido como

el conjunto de relaciones sociales de los individuos y de sus creaciones, como la protección de la familia, la cultura, la educación, el matrimonio, el patrimonio cultural, etc.; en la medida en que son objeto de tratamiento en otros dispositivos (arts. 4º, 5º, 13º, 20º).

Partiendo de la noción de ambiente natural, los textos constitucionales de España y Perú dejan atrás las consideraciones fragmentarias, estáticas, negativas y abstractas del ambiente, asumen una perspectiva moderna y coherente con las necesidades de protección. En tal orden, señala Pérez Luño⁷⁸, que la política ambiental de la Constitución Española contempla una visión global (la naturaleza como un todo sin compartimentos estancos), dinámica (posibilitar el desarrollo de la persona y la calidad de vida), positiva (conservar y defender, mejorar y restaurar), y concreta (tiene en cuenta la interacción entre el hombre y su medio).

La posición intermedia se plasma en la Constitución Española, cuando si bien es cierto que en su texto (art. 45º.1) consagra como derecho el vivir en un "medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona",

⁷⁸Pérez Luño, Antonio Enrique, derechos Humanos, estado de Derecho y constitución .Editorial Tecnos. Madrid, 1984. Pág. 453-454.

también es cierto que dicha norma ha sido sistematizada dentro de los "principios rectores de la política social y económica", y no dentro de los derechos fundamentales ni el título preliminar del texto constitucional. Por otro lado, el art. 45°.2 centraliza su atención en el uso racional de "todos los recursos naturales", concepción que atempera o limita la descripción del art. 45°.1. Del mismo modo, la Constitución de la Madre Patria otorga un tratamiento diferenciado del patrimonio histórico, cultural y artístico, la ordenación territorial y muchos otros derechos o realidades incardinables en la concepción amplia, lo cual revela su orientación a excluirlos del concepto de ambiente previsto en el art. 45°.1. Finalmente, este concepto intermedio, como ambiente natural, ha sido admitido expresamente en la jurisprudencia española del TC español⁷⁹.

En conclusión, las Constituciones de Perú y España adoptan el concepto intermedio o natural de ambiente, es decir, el sistema en el que se incardinan todos los recursos naturales renovables y no renovables. No

⁷⁹ STC 102/1995 y en determinados fallos penales, como la SAP de Vizcaya, sección 3, de febrero de 1995, que señala, a propósito del art. 452 de la CE, que el ambiente se concreta en "el mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la flora y de la fauna". En el mismo sentido la SAP de Zaragoza, sección 3 del 27 de mayo de 1994, al indicar la definición de ambiente "se reduce a los elementos biológicos que constituyen el entorno natural dentro del cual se desenvuelve la vida del hombre, comprendiendo el suelo, el agua, el aire, el mundo animal y las plantas".

obstante, es de afirmar que, en nuestro medio, tanto la Constitución del 79 (art. 123º) como la del 93 (art. 2º.22), mencionan el derecho y deber ambiental de todo ciudadano en relación con habitar en un medio ambiente adecuado; sin embargo, no definen en qué consiste el medio ambiente o qué elementos integran su contenido.

Quizá sea por ello que nuestro Tribunal Constitucional haya iniciado el reto de definir este contenido tan espinoso en sus sentencias. Así, por ejemplo, en la STC recaída sobre el Exp. N° 0964-2002-AA/TC del 17 de marzo del 2003, fundamento 8, afirmó que: "A partir de la referencia a un medio ambiente equilibrado, este Tribunal considera que es posible inferir que dentro de su contenido se encuentra el conjunto de bases naturales de la vida y su calidad, lo que comprende a su vez, los componentes bióticos, como la flora y la fauna, y los abióticos, como el agua, el aire o el subsuelo, los ecosistemas e, incluso, la ecósfera, esto es, la suma de todos los ecosistemas, que son las comunidades de especies que forman una red de interacciones de orden biológico, físico y químico".

La coexistencia armónica de la orientación antropocéntrica y eco-céntrica, en el seno de las Constituciones Española y Peruana, permite entender

que la finalidad de la protección ambiental es mantener las condiciones naturales para la vida humana presente y futura, pero que ello no implica discriminar la vida animal y vegetal. La doctrina y la jurisprudencia extranjera —específicamente la española— denominan a esta orientación "antropocentrismo moderado". Cuando el art. 2º.22 de la Constitución Peruana, se refiere a un "ambiente equilibrado" y el art. 45º.2 de la Constitución Española a "defender y restaurar el medio ambiente", se pretende conservar las condiciones ecológicas esenciales para la existencia de la vida en general, pues, "la destrucción o deterioro sensible del ambiente, más allá de su capacidad de soporte, implica la destrucción de los factores biológicos que permiten existir al hombre como especie sobre la tierra"⁸⁰.

La tendencia antropocentrista moderada implica pues, que la protección constitucional del ambiente, si bien se realiza teniendo en cuenta la finalidad de garantizar y mejorar la vida humana, no solo repercute sobre ella, sino también en el mantenimiento de otras formas de vida, vegetal y animal.

En síntesis, si bien se advirtió que el art. 45º de la Constitución Española y el art. 22, inc. 22 de la

⁸⁰ FIGUEROA ALDO, Navarro.(1993) "El ambiente como bien jurídico en la constitución de 1993", Pag 25.

Constitución Peruana, no establecen un concepto explícito de ambiente, existen rasgos bastante definidos de sus alcances. Así, se ha defendido que el concepto de ambiente adoptado en ambos textos, corresponde a la llamada concepción intermedia que identifica el "ambiente" con el "ambiente natural", e incluye todos los recursos naturales, renovables o no, en sus manifestaciones mediales (suelo, agua, aire) y orgánicas (flora, fauna). Este concepto constitucional se complementa necesariamente con la finalidad antropocentrista moderada de la protección.

Nuestro Código Penal peruano, ha adoptado la misma tendencia; pues, luego de la reforma de la Ley N2 29263 de octubre del 2008, no solo se protegen aspectos vinculados con la vida humana de manera directa (como por ejemplo el art. 304° que protege contra las conductas que causen o puedan causar perjuicio a la salud ambiental; el artículo 306° que protege la salud humana; el artículo 313° que entre otros objetos protege el paisaje urbano), sino que también se protegen aspectos vinculados estrictamente con el "ambiente natural" y los recursos naturales. Basta echar una mirada al Capítulo II del Título XIII ("Delitos contra los recursos naturales": arts. 308° y submodalidades; y, 310° y submodalidades),

o el art. 307° ("Tráfico ilegal de residuos peligrosos para el ambiente"), o el art. 311° (que protege tierras agrícolas u otros fines que se les pueda dar); sin perder de vista, los artículos que vinculan o combinan ambas protecciones, es decir, a la vida o salud humana y de manera simultánea al ambiente y sus recursos (como el art. 306° que protege la calidad ambiental, la salud humana o la integridad de los procesos ecológicos, así como la atmósfera, el suelo, subsuelo, aguas, etc.); o las formas agravadas del art. 309° (que protegen contra la depredación y tráfico ilegal de especies de flora y fauna protegidas, cometidas tanto en áreas naturales protegidas, como en reservas intangibles de comunidades nativas, campesinas o pueblos indígenas en situación de aislamiento o de contacto inicial). Se advierte pues, un antropocentrismo moderado, en nuestras normas penales, es decir, la protección paralela de los recursos naturales y el ambiente, como principal modo de protección de la salud, integridad y dignidad humana.

Por otro lado, debe ponerse de relieve que la propuesta de recurrir a la Carta magna, como norma informadora y delimitadora de la tutela penal, no importa sostener una posición jurídico-constitucionalista frente al bien jurídico. Como opina el profesor Víctor Prado

Saldarriaga, la Constitución es el marco más adecuado y seguro para la identificación política de bienes jurídicos, dado que en ella se reproducen la mayoría de derechos individuales y colectivos que "por su trascendencia para la interacción social cumplen los requisitos democráticos que demanda todo bien jurídico para merecer la protección penal del Estado".

En opinión del profesor Dino Carlos Caro Coria, tomar como punto de partida el sentido constitucional y el de las normas comunitarias y administrativas, implica ya una toma de postura, en sentido negativo, frente a la cuestión de si el Derecho Penal debe operar con un concepto propio de ambiente, es decir, independiente de lo que protegen los sectores del control social. No obstante, según este autor, afirmar que el concepto penal de entorno debe derivar necesariamente del sentido de las normas no punitivas, en particular de la Constitución, del derecho comunitario europeo y de la regulación administrativa, no equivale a postular que la tutela criminal deba recaer sobre los mismos aspectos o sectores protegidos extrapenalmente, pues la perspectiva minimista del orden punitivo exige una minuciosa selección de las conductas merecedoras y necesitadas de pena, de forma que el bien jurídico penalmente

protegible se delimite en función de criterios de fragmentariedad y utilidad

Siguiendo a Caro Coria⁸¹, la necesidad de vincular el bien jurídico-penal con el concepto intermedio constitucionalmente adoptado, tiene un triple fundamento, a saber:

- En primer término, el máximo rango de la Constitución dentro del sistema jurídico y su tendencia consensual, justifican la proyección de sus contenidos a la órbita penal. Ello no necesariamente implica adoptar una postura constitucionalista, estricta o amplia, sobre el contenido del bien jurídico-penal, pues la norma fundamental expresa las valoraciones sociales más poderosas en la confrontación de los diversos intereses políticos.
- El segundo fundamento está relacionado con el carácter fragmentario del Derecho Penal, en virtud del cual este debe regular solo los aspectos más relevantes del interés protegido. No son convenientes un control omnicompreensivo, la gravedad de las sanciones penales o los limitados recursos del sistema, entre otras justificaciones relacionadas con el merecimiento y la necesidad de pena, que conceden trascendencia a la limitación de la

⁸¹CARO CORIA, Dino, (1995), La protección penal del ambiente. 1ra Edición Benitez Mercado & Ugaz Abogados. Lima pag 108-111.

intervención penal sobre las esferas de libertad ciudadana. La exigencia de fragmentariedad dirige el control criminal exclusivamente contra las más graves vulneraciones del bien jurídico, por ello, la concepción amplia del ambiente resulta inapropiada, porque implicaría asumir desde el Derecho Penal, objetivos demasiado ambiciosos que no pueden alcanzarse mediante el uso de la pena.

En consecuencia, conviniendo igualmente con el principio de utilidad, debe limitarse el concepto de ambiente de forma que sea posible la operatividad y eficacia penal, sin llegar, por ello, a descripciones incompletas que excluyen la tutela de valores fundamentales para la estabilidad del ecosistema. En ese orden de ideas, el Derecho Penal debe desligarse de la concepción restringida, pues el carácter esencial del suelo, sede donde se desarrolla la mayoría de las actividades humanas, fundamenta su relevancia como objeto de protección penal. Dicha concepción pierde también valor penal, porque excluye el valor de la flora y la fauna, elementos esenciales del ambiente que, por su orientación moderadamente antropocéntrica, están protegidos por las Constituciones Española y Peruana.

- El tercer fundamento de la vinculación penal con el concepto constitucional radica en el carácter accesorio o secundario que, en la línea racionalizadora del control punitivo, se atribuye al Derecho Penal. Ante un problema social tan grave y generalizado como la

degradación ambiental, no es misión de un Derecho Penal de última ratio asumir funciones pedagógicas, pretender cambiar las estructuras sociales o establecer los primeros mecanismos de prevención. Tampoco la Constitución permite que el Derecho Penal opere al margen o en contra de la protección instaurada por los otros medios de control, pues las metas ambientales que señala la Carta magna son vinculantes para todo el sistema jurídico. De ese modo, cuando la intervención penal carece de un soporte normativo anterior o si no tiene en cuenta la tutela instaurada a través de los medios no penales, entonces se asemeja a "un golpe en el vacío".

Finalmente, se puede decir que, en el esfuerzo de determinar el contenido penal del bien jurídico, la doctrina mayoritaria se ha acercado a la definición esbozada en el XII Congreso de la AIDP, celebrado en 1979, donde se precisó, siguiendo el concepto del alemán Hermann, que el bien jurídico está situado en el ámbito natural, como una realidad natural compleja, integral y dinámica. Vale decir, el ambiente es el conjunto de elementos de la naturaleza que, tanto en sus características mediales (aire, suelo, agua) como en sus formas de manifestación concreta (flora y fauna), están integrados en un sistema ecológico dinámico y equilibrado en sus numerosos sistemas, y que sirven de soporte a las condiciones y la calidad de vida en sus diversas formas.

2.1.5.3. CONSIDERACIONES SOBRE EL TIPO PENAL

El tipo penal sería la conceptualización de las diferentes conductas que agreden o dañan el Medio Ambiente en un determinado nivel y que no admiten la persecución administrativa.

Tipos penales consagrados a reprimir la contaminación ambiental parecen dirigirse en mayor grado contra los usuarios finales de productos o tecnologías potencialmente contaminantes, dejando sin represión o sanción alguna a los diseñadores o productores comprometidos en la gestión de los mismos.

Aquí podríamos analizar los fenómenos de la producción de armas, el transporte supersónico, nuevos plaguicidas, nuevos plásticos, proyectos de fuerza nuclear, proyecto de ingeniería, el represamiento de grandes ríos, la recuperación de tierras, proyectos de minería, entre otros.

2.1.5.4. CONSIDERACIONES SOBRE TIPOS PENALES EN BLANCO

Lo cierto es que los delitos ambientales tienen características propias de las nuevas tendencias del derecho penal, tal como los tipos penales en blanco. Los textos punitivos hasta hace unos años contemplaban conductas de regulación no muy complejas, lo que se

apreciaba en los verbos rectores del tipo; sin embargo, la evolución del comportamiento social, como causa activante, trajo consigo la aparición de nuevas formas delictivas, nos hallábamos sin formas de protección efectiva, produciéndose la consecuente impunidad de conductas realmente nocivas a la interacción social.

Los contratiempos aparecieron al momento de realizar la descripción típica, lo cualificado de las actividades ilícitas reguladas en sede penal producían serios problemas en la determinación de lo punible, aparece así las leyes penales en blanco (BlankettStrafgesetze) o leyes abiertas (OffeneStrafgesetze) para determinar a aquellos tipos cuyo supuesto de hecho se encuentra establecido en otra norma, ubicada en el mismo o en otro cuerpo de leyes, como dice el maestro BRAMONT ARIAS: "La ley en blanco se limita a establecer que un género de conducta debe ser castigado con una determinada pena, delegando la estructuración de la acción punible en otra disposición".

Las posiciones contrarias a los tipos penales en blanco o abiertas se basan principalmente en sus implicancias contra el Principio de Legalidad, JESCHECK logra fundamentar de manera ilustre esta tendencia: "la teoría de los tipos abiertos debe, sin embargo, rechazarse, pues si el tipo se entiende como clase de injusto, pues sólo debe imaginarse como cerrado, ya que de lo contrario le

faltaría, precisamente el carácter típico. Esto significa que el tipo ha de contener todos, sin excepción, los elementos que contribuyen a determinar el contenido de injusto de una clase de delito", es decir, la tipicidad constituye un círculo que, para mantener su indemnidad, debe contener todos sus elementos, norma de conducta y consecuencia jurídica, caso contrario, el círculo de tipicidad se mantendría abierto y resultaría afectado el principio de legalidad.

Es cierto que la materia prohibida no quedará determinada en todas sus circunstancias, pero frente a ello sólo habría dos alternativas igualmente erradas. Por una parte no legislar penalmente sobre el medio ambiente y dejar la materia sólo entregada a la autoridad administrativa y la otra alternativa errada sería legislar sobre el medio ambiente entrando a precisar en detalle todas las circunstancias del caso, con lo cual la ley se convertiría en un reglamento, con todas, las consecuencias negativas de ello, en primer lugar que jamás podría abarcar todas las condiciones y procesos cambiantes, que tendría que ser constantemente modificada si no quiere quedar prontamente obsoleta y que resultaría tan confusa y compleja que a su vez perdería las características básicas del principio de determinación y taxatividad, esto es, la claridad, sencillez, accesibilidad y certeza.

De ahí entonces, que la única opción viable es la ley penal en blanco, lo que en principio no tiene necesariamente que oponerse al principio de determinación, en la medida que el núcleo de lo prohibido, y en especial el comportamiento, esté claramente señalado en la ley.

2.1.5.5. CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA DE LOS SUJETOS DE LA ACCIÓN.

La evolución del derecho punitivo se encontraba orientada en favor de una concepción individualista de la responsabilidad penal, la culpabilidad, la capacidad de acción y el padecimiento de pena, resultaban ser juicios atribuibles únicamente a la persona física, excluyendo, por lógica, cualquier posibilidad de punición de la persona jurídica.

Un sector importante de la doctrina penal se aferra a la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para ello se han valido de infinidad de argumentos.

En la sociedad industrial moderna, un volumen considerable de actividades económicas se diluyen en la voluntad única de personas jurídicas. En consecuencia, una variada gama de acciones contra el

ambiente y los recursos naturales es agenciada a través de esas voluntades empresariales o corporativas.

Sobre este aspecto es posible encontrar en el panorama jurídico internacional dos posiciones antagónicas, por una parte los países de tradición anglosajona en cuya legislación penal se reconoce a las personas jurídicas como eventuales sujetos activos del delito y susceptibles de imputación y responsabilidad penal y de otro lado, los países de tradición latino-francesa especialmente, en cuya legislación penal las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos del delito. Sin embargo, al interior de su evolución doctrinal se recomienda extender la responsabilidad penal de las personas jurídicas."

Dentro de la doctrina alemana podemos citar a TIEDEMANN para quien, si la persona jurídica posee capacidad para celebrar contratos puede, de la misma manera incumplirlos, es decir, puede también actuar de manera ilícita, más aún si se tiene en cuenta que muchas normas jurídicas son aplicables a las personas jurídicas y, por ende, son capaces de producir los resultados exigidos por el tipo; la culpabilidad, según el jurista alemán se fundamenta en el defecto de la organización ("Organisationsverschulden oder Organisationsfehler").

El tema de la responsabilidad de las personas jurídicas en el contexto analizado es de extrema importancia pues son ellas las principales causantes de la contaminación y destrucción de los ecosistemas; por lo tanto debe ser las que respondan de estas consecuencias. Para ello se ha propuesto por algunas legislaciones y autores el sistema de doble imputación como solución al problema.

Algunos sistemas legislativos han planteado la responsabilidad penal de la persona jurídica pero lo resuelven con el esquema tradicional del derecho penal convencional siguiendo el ejemplo de que la persona jurídica puede ser autora pero su responsabilidad real se hace recaer en los directivos y representantes que hubieran intervenido en la comisión del delito; es decir, da igual que pertenezcan o no a la persona jurídica pues se le aplica las reglas de la autoría y participación.

Respecto de las grandes corporaciones sabemos que los directivos cambian permanentemente; de manera que ese efecto puede recaer sobre algunas personas que en el momento en que se realiza el hecho, ya no están en la corporación. Y qué hablar de estas situaciones cuando las decisiones sobre el hecho lesivo o delictivo no provienen de una empresa del país sino del exterior.

Se trata de un actuar inconsecuente y desproporcionado donde ha prevalecido el interés económico porque muchas de estas actividades se han realizado, precisamente, abusando del poder, sea del de las corporaciones o del que confiere el Estado. Considerando que la responsabilidad debe extenderse a los funcionarios públicos que imparten permisos o autorizaciones ilícitas para inversiones etc., que en futuro mediato contaminen el medio natural o contrariando normas administrativas expresas.

Mientras que en el Derecho Penal convencional, la amenaza de la pena va dirigida a personas físicas, es decir a la población, en el Derecho Penal Ecológico, la intimidación debe ir dirigida especialmente a grupos de intereses, no a personas físicas, porque en las corporaciones, aunque estén representadas por personas físicas, lo que predomina es el interés económico del grupo, y no las personas individualmente consideradas. Las personas son fungibles, sustituibles. Lo que no es sustituible es el interés, el interés económico.

No se puede responsabilizar a todos los integrantes del órgano de la persona jurídica puesto que ello significaría aceptar el principio tan criticado de la responsabilidad objetiva; dicho de otro modo castigar a la persona jurídica en las personas físicas de la entidad pero tampoco parece razonable admitir que la persona jurídica, unidad autónoma, independiente de sus integrantes, quede impune.

2.2.4 MARCO LEGAL

2.2.4.1 Constitución Política:

Art. 2° Inc. 22, 66 y 68.

2.4.2 Código Penal

Artículo 105°: Medidas aplicables a las personas jurídicas

Artículos 304°-314°: Delitos Contra la Ecología.

2.4.3 LEY 29263.

2.4.4 LEY GENERAL DEL AMBIENTE

2.4.5 CONVENIOS INTERNACIONALES

- Conferencia de Estocolmo en la Recomendación N° 70
- La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, en el Principio 15.

2.3 DEFINICION DE TERMINOS:

- 1. ACCIDENTE AMBIENTAL:** circunstancia de origen natural o antropocéntrico que afecte directa o indirectamente al ambiente.
- 2.- CALIDAD AMBIENTAL:** son los atributos mensurables de un producto o proceso que indican su contribución a la salud e integridad ecológica , O sea es el estado físico o biológico y ecológico de un área o zona determinada de la biosfera en términos relativos a su unidad y a la salud presente y futura del hombre y las demás especies animales y vegetales.

- 3.- **Contaminación.**-Alteración del ambiente con sustancias o formas de energía puesta en él, por la actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir en el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del ambiente de los recursos de la nación o de los particulares. (Carruitero, 2006)
- 4.- **Daño Ambiental:** Comprende pérdida o perjuicio causado al ambiente, los daños que afectan directamente al ambiente y aquellos que afectando primeramente al ambiente se transmiten también a la salud y al patrimonio de las personas.
- 5.- **Delito ecológico.**- Nombre que se aplica a cualquier tipo de conducta de personas naturales o jurídicas que por acción u omisión atente contra el medio ambiente.
6. **Determinación.**- “Fijación, Resolución” (Andia, 2010)
- 7.- **Derechos humanos.**- “Exigencias elementales que puede plantear cualquier ser humano por el hecho de serlo, y que tienen que ser satisfechas porque se refieren a unas necesidades básicas, cuya satisfacción es indispensable para que puedan desarrollarse como seres humanos”.
- 6.- **Error de Derecho.**-“ El error de derecho es la ignorancia o falso conocimiento sobre la norma jurídico penal o su interpretación...”
(Ezaine, 1991)

7.- Error de hecho.- “EL error de hecho es el que impide al sujeto activo lograr la representación real del acontecimiento, es el error sobre la materialidad. Del hecho ejecutado...” (Ezaine, 1991)

8.- EVALUACION DE IMPACTO AMBIENTAL (EIA): Es el conjunto de estudios y sistemas técnicos que permiten estimar los efectos que la ejecución de un determinado proyecto, obra o actividad causa sobre el medio ambiente y, preceptúa que la evaluación debe contener la estimación de los efectos sobre la población humana , la fauna, la flora , la vegetación, el suelo, el aire, el clima y función de los ecosistemas presentes en el área previsiblemente afectada. (Andía, 2010)

9.- Impacto Ambiental.- Efecto negativo considerable que puede causar una actividad en el medio ambiente o en alguno de sus elementos , por ejemplo, el suelo , el aire, el agua, la flora , la fauna o en la salud humana . (Andía, 2010)

10.- Influencia.- “Acción y efecto de influir jurídicamente, no tiene una manifestación concreta, pero si subjetiva...” (Andía, 2010)

12.- Pluralismo Jurídico

En sociología jurídica, se entiende por pluralismo jurídico la coexistencia de dos o más órdenes jurídicos en un mismo ámbito de tiempo y espacio.(Fonseca, 2010)

13.- Responsabilidad Penal Ambiental

Es la obligación de estar a las consecuencias jurídicas predeterminadas

por ley con carácter de orgánica, que el ordenamiento señala como resultado de un hecho con repercusiones ambientales, comisivo u omisivo, que revista los caracteres de punible. Es decir se trata de la consecuencia que sobre el sujeto produce la realización de una infracción en materia ambiental. (Andía, 2010)

III. MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.

3.1.1.- TIPO DE INVESTIGACIÓN.

La presente Investigación es de tipo formal, teórica y de carácter correlacional, es decir se busca demostrar la relación directa entre la regulación deficiente de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y la producción de los delitos ecológicos.

3.1.2.- DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.

Se utilizó el diseño descriptivo simple.

3.2. PLAN DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y/O DISEÑO ESTADÍSTICO

La investigación responde a las técnicas e instrumentos de recolección de datos desde las perspectivas metodológicas (análisis documental).

a) POBLACIÓN

La población o universo de estudio estuvo representada por el número total de Sentencias sobre delitos ecológicos emitidos por los Juzgados Penales la Provincia de Huaraz, durante los años 2005 al 2007, que son un total de 45; sin embargo en los Juzgados Penales de la Provincia Huaraz, durante dichos, años se persiguió a la persona física en 27 procesos y a 18 de los expedientes contaron con la intervención de la personas jurídicas, de éste número en 8 procesos se dedujeron

cuestiones previas concluyendo con ello el proceso, es por eso que sólo 10 procesos concluyeron con sentencia.

Por tanto se analizaron los 10 expedientes.

3.3.-INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN

Para realizar la presente investigación se recurrió a las técnicas e instrumentos siguientes:

TÉCNICAS:

Análisis Documental

INSTRUMENTOS:

Fichas Bibliográficas y hemerograficas: Para la recolección de la información la documental

Fichas de análisis de Contenido y de trabajo : Para el estudio de las 10 sentencias.

3.4.- PLAN DE PROCESAMIENTO Y ANALISIS ESTADÍSTICO DE LA INFORMACIÓN.

3.5.-MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

Se emplearon los siguientes métodos:

GENERALES

1. Inductivo.- Permitirá obtener conclusiones generales a partir de premisas particulares.
2. Deductivo.- La conclusión está implícita en las premisas, las conclusiones siguen necesariamente a las premisas.
3. Análisis.- Separación de las partes de un todo hasta llegar a conocer sus principios o elementos.
4. Síntesis.- Consiste en la reunión racional de varios elementos dispersos en una nueva totalidad, este se presenta más en el planteamiento de la hipótesis, así el investigador sintetiza las superaciones en la imaginación para establecer una explicación tentativa que someterá a prueba.

PARTICULARES

1. Exegético: Consiste en desentrañar el significado de las palabras a través de las cuales se manifiesta la voluntad del legislador, por tanto se considera a la ley como una serie de vocablos mismos a los que somete a análisis en los términos de las reglas gramaticales.
2. Hermenéutico: Es la pretensión de explicar las relaciones existentes entre un hecho y el contexto en el que acontece. Dicho de una manera más formal pues *es el estudio de la coherencia interna de los textos.*

IV RESULTADOS

A continuación se presentan los resultados de la investigación sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y su influencia en los delitos ecológicos en las sentencias emitidas por los juzgados penales de la Provincia de Huaraz (2005-2007)

SENTENCIAS RECOPIADAS:

1. **Exp. N° 403-2007. Primer Juzgado Penal de Huaraz. 17 de Marzo del 2007.**

“El procesado representa a una personas jurídica, y siendo el Derecho Penal de carácter personalísimo, no se ha podido determinar ni individualizar a los autores de la comisión del ilícito penal”.

Este extracto de la sentencia hace alusión claramente a que no se puede determinar la responsabilidad de la persona jurídica, es decir no considera que la persona jurídica pueda tener una responsabilidad propia sino sólo a través de su representante.

2. **Exp N° 1936-2006. Segundo Juzgado Penal de Huaraz. 14 de Julio del 2007**

“En la conducta del procesado no existe dolo, puesto que sólo representa a la Junta Administradora de Agua Potable ”.

Se presenta a la persona física como la única que es capaz de una conducta reprochable, pues la persona jurídica no es susceptible de actuar con dolo ,

la consecuencia final sería que solo se podría concebir la responsabilidad penal por reflejo.

3. Exp N° 71-2005. Tercer Juzgado Penal de Huaraz. 29 de Agosto del 2006

“El imputado en calidad de Gerente de la empresa contratista, admite que no cumplió con las normas para el adecuado funcionamiento de la planta de tratamiento de aguas servidas , ocasionado una grave afectación al ambiente y a la salud humana lo cual ha quedado corroborado con informe técnico ambiental sanitario que obra en autos”.

La obligación de cumplir con las normas relativas al cuidado del ambiente se impone a la persona jurídica, sin embargo se ignora por completo que la omisión de las acciones tendientes a lograr un adecuado funcionamiento de la planta de tratamiento generaron beneficios económicos a la empresa , pues los citados tramites y procedimientos previos generan un costo.

4. Exp. 603-2007. Primer Juzgado Penal de Huaraz, 21 de Julio del 2008

“Se advierte que la causante de la contaminación de las aguas es Junta Administradora de Shancayán, pues arroja las aguas servidas de sus usuarios”.

Se individualiza a la junta Administradora como responsable de la Contaminación; sin embargo al momento de imponer la pena no se establecen condiciones accesorias.

5. Exp 860-2005. Segundo Juzgado Penal de Huaraz, 18 de Setiembre del 2007

“La tala se realizó sin contar con la autorización respectiva, afectando el ambiente natural y el paisaje urbano”.

La tala se realizó vulnerando el deber de conducta, (no solicitó autorización), para iniciar actividad extractiva.

6. Exp. N° 491-2005. Tercer Juzgado Penal de Huaraz, 21 de Octubre del 2007

“ Fallo, condenando a J.R.A.J. a doce meses de pena privativa de libertad ...Por tanto deberá respetar las siguientes reglas de conducta: a) Respetar y cuidar los recursos naturales y en especial todo tipo de plantaciones”.

La persona individual es quien asume la responsabilidad aun cuando es la persona jurídica a quien le es atribuible el hecho. Es preciso mencionar que la regla de conducta impuesta busca remediar el daño ecológico producido como consecuencia de la actividad extractiva. Una vez mas no se imponen consecuencias accesorias.

7. Exp. N° 715-2006. Tercer Juzgado Penal de Huaraz, 22 de Julio del 2008.

“Fija la Reparación Civil en la suma de Un Mil Nuevos Soles...”

En ésta sentencia se fija una reparación civil de mil soles, que deberá ser pagada por una empresa, en atención al tipo de daño producido (daño ecológico), resulta ínfimo.

8. Exp. N° 1635 -2007. Segundo Juzgado Penal de Huaraz, 02 de Noviembre del 2008.

“Fallo condenando a J.H.R. a tres años de Pena Privativa de Libertad ... y a cumplir determinadas reglas de conducta ...c) No contaminar el agua potable”

Se individualiza a la persona jurídica como responsable de la Contaminación; sin embargo al momento de imponer la pena no se establecen condiciones accesorias, aunque es rescatable que se fije como regla de conducta el no contaminar.

9. Exp. N° 1232-2006. Primer Juzgado Penal de Huaraz, 11 de Diciembre del 2008.

“Los procesados representan a una personas jurídica, pero, no se puede individualizar a los autores de la comisión del ilícito penal”.

Una vez más se libera de responsabilidad de las personas jurídicas, basándose en el carácter personalísimo del Derecho Penal.

10. Exp. N° 768-2006. Segundo Juzgado Penal de Huaraz, 07 de Mayo del 2008.

«...No se ha podido determinar la responsabilidad de la persona jurídica porque el hecho ha podido ser cometido por los órganos colectivos de la persona jurídica sin que sea posible descubrir la función de cada uno de sus miembros e imputar la responsabilidad personal de la infracción a un individuo determinado»

El Juzgado sigue el criterio de que una infracción sólo podrá ser imputada a una persona jurídica si ha sido cometida por una persona física siempre en cuando ésta sea formalmente identificada; sin embargo dada la cadena de mando de una empresa u organización, dicha condición tiende a hacerse imposible.

Finalmente cabe precisar que en las sentencias analizadas no se ha establecido consecuencias accesorias en ninguno de ellas.

V. DISCUSIÓN.

ANÁLISIS Y COMPARACIÓN DE LAS JURISPRUDENCIAS:

1.- El estudio “RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS Y SU INFLUENCIA EN LOS DELITOS ECOLOGICOS EN LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR LOS JUZGADOS PENALES DE LA PROVINCIA DE HUARAZ DURANTE LOS AÑOS 2005 AL 2007”, tuvo inicialmente como población o universo de estudio el número total de Sentencias sobre delitos ecológicos emitidos por los Juzgados Penales la Provincia de Huaraz, durante los años 2005 al 2007, que son un total de 45; sin embargo en los Juzgados Penales de la Provincia Huaraz, durante dicho periodos , se han tramitado 45 procesos, de ellos se persiguió a la persona física en 27 procesos y a 18 personas jurídicas, pese a que la imputación corresponde a la persona jurídica por lo que los legisladores consideran que la persona jurídica nos es más que una ficción, tal como la define Savigni, consecuentemente sancionan a los individuos, citado por Meini (1999), excluyendo la responsabilidad de las personas jurídicas.

2.- De los 18 procesos a los que se redujo el número de sentencias, en 08 se dedujeron cuestiones previas, concluyendo con ello el proceso, como es sabido, cuando se trata de los delitos ecológicos, un requisito de procedibilidad es el Informe Técnico de la autoridad competente, para sustentar la infracción penal antes del pronunciamiento del Fiscal Provincial, este dato hace que nos detengamos a evaluar que en 44.4% de

los procesos que se iniciaron se dedujeron cuestiones previas, y pero aún, éstas fueron declaradas fundadas anulando todo lo actuado y dando por no presentada la denuncia, consecuentemente dejando sin sanción actos sumamente contaminantes contra el ambiente.

3.- A partir de estos datos iniciales, la muestra se redujo a 10 sentencias. Un primer tema a tratar en éste punto es lo relativo a las medidas accesorias, según la actual discusión teórica respecto a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, el debate se centra en la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias y su eficacia en el proceso penal, siguiendo a Percy García Caveró (2006), En primer lugar, debe indicarse que resulta incorrecto que se considere, como punto de partida, que la aceptación de las consecuencias accesorias como medidas que no tienen el carácter de penas presupone haber negado previamente la posibilidad de imponer penas a las personas jurídicas, pues a su criterio Esta asociación de ideas solamente encontraría razón para aquellos que pretenden asignarle a las consecuencias accesorias la función de cubrir los déficits de prevención provocados por la falta de capacidad penal de las personas jurídicas, sin embargo, las consecuencias accesorias se pueden sustentar con independencia de la posibilidad de imponer penas a las personas jurídicas, pues su fundamento no radica en la falta de culpabilidad de la persona jurídica, sino en la peligrosidad de su organización. En consecuencia, podrían perfectamente coexistir en el sistema penal penas a las personas jurídicas y consecuencias accesorias aplicables también a las

personas jurídicas. Siguiendo tal postura y en atención a los resultados presentados en el capítulo anterior pone de manifiesto que en ninguna de las 10 sentencias se fijaron las medidas aplicables a las personas jurídicas. Es necesario en tal sentido tener presente que si bien el desarrollo tanto normativo como doctrinario en materia de consecuencia accesoria es bastante reducido, es importante tener presente los alcances del acuerdo plenario 7-2009/CJ-11621.

4.- Otro de los temas a tratar y de suma importancia para el estudio es relativo a la eficiencia de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al respecto es necesario precisar que uno de los temas más relevantes en lo que se refiere a las normas en general, es el de los problemas en su creación y aplicación, distinguiéndose entre los de ineficiencia y los de ineficacia. La eficiencia está referida al “grado de idoneidad de una norma jurídica para alcanzar los objetivos que se tuvieron en cuenta al momento de su expedición”, mientras que la eficacia es “el grado de acatamiento de una norma jurídica por sus destinatarios (Brañes, 2001). En este contexto los problemas de ineficiencia e ineficacia de las normas jurídicas son más notorios en aquellas disciplinas jurídicas recientes, que están en formación y consolidación, tanto en la legislación cuanto en la jurisprudencia y doctrina y, en aquellas que a la vez son más complicadas. Una de esas disciplinas en las que dichos problemas se presentan con un grado de importancia relevante es la ambiental y más aún en su relación con el Derecho Penal, pues esto ello se hace evidente, un

ejemplo es que durante la vigencia de los Delitos ecológicos antes de la modificación de la ley 29263, ninguna persona fue sentenciada a pena privativa de libertad, puesto que en la mayoría de casos, el tipo penal contemplaba una pena no mayor de cuatro años y se prefería en aras de la resocialización imponer penas suspendidas, excepto en el expediente 2005-135-170606-JXOZP,⁸² que es la única sentencia a nivel nacional que impuso sentencia con pena efectiva. A partir de ello se tiene en cuenta ineludiblemente el vínculo existente entre eficacia y eficiencia o en contrario ineficiencia relacionada a la falta de consideración de las cuestiones sociales, ambientales y económicas en el proceso de formación de la norma, problema que al final influirá en la idoneidad de la estructura de la norma del derecho fundamental y en la carencia de instrumentos apropiados para su protección. Asimismo, el problema de ineficacia relacionado a la insuficiencia de valoración social de la norma de derecho fundamental por sus destinatarios e incluso su desconocimiento.

5.- Por otro lado 60 % de las sentencias analizadas tienen en cuenta como uno de sus considerandos el carácter personalísimo del derecho penal y basándose en que dadas las características de las organizaciones en términos de complejidad no se puede individualizar al autor para determinar la responsabilidad penal se concluye que no es posible sancionar a la persona jurídica, cuando siguiendo a la doctrina francesa las personas jurídicas reciben de la ley la facultad de lograr un fin

⁸² Sentencia expedida el 29 de Marzo del 2007, en los seguidos contra José Agustín Silva Vásquez y Mario Gonzalo Silva en agravio del Parque Nacional de Cutervo . Cajamarca.

determinado. De ahí, se deduce que todo lo que se realiza fuera de este ámbito de atribución - que constituye lo específico de la agrupación - es nulo, porque ha sido, efectuado por un sujeto inexistente para el ordenamiento jurídico, pero lo que se realiza siguiendo los fines de la empresa es válido por tanto la responsabilidad penal es atribuible a la persona jurídica.

En otras palabras, las agrupaciones obran por intermedio de sus órganos y responden por sus actos sólo cuando realizan actos en relación con sus fines específicos. Fuera de estos límites, sólo hay lugar para la responsabilidad individual, por tanto éste es un criterio vital a la hora de definir responsabilidades.

6.- Los jueces Penales de la Corte Superior de Justicia de Ancash por otro lado no han hecho ningún tipo de mención a la culpabilidad, sin embargo en éste punto también se hace necesario citar lo que al respecto se ha trabajado en la doctrina europea, para quienes, la idea de culpabilidad de empresa surge como defecto de organización en la dirección empresarial. En realidad de lo que se trata es de, algo tan tangible, como que los administradores adopten medidas razonables de control y de gestión, no muy distintas a las que adoptar para conseguir sus resultados económicos, con el fin de impedir o dificultar la comisión de hechos delictivos, dolosos o imprudentes, por parte de sus empleados, y en caso de que estos se cometan – y aquí entre la responsabilidad reactiva y subsidiaria - permitan

a la empresa localizar al infractor y reparar el daño. Necesariamente dentro de estas medidas destaca la implantación de una ética empresarial. Pues una buena organización empresarial es aquella que, aparte de por los beneficios, procura generar una cultura corporativa que fomente el respeto a la ley.

7.- A propósito del tema de reparación civil, un punto a resaltar es el siguiente, en el Exp. N° 715-2006. Tercer Juzgado Penal de Huaraz, 22 de Julio del 2008, que fija como reparación civil la suma de mil nuevos soles, sin embargo a partir de ello y más aun tratándose de que dicho monto tiene por fin reparar un daño ambiental la suma resulta irrisoria, más si tenemos presentes que por la naturaleza de los delitos ecológicos lo adecuado sería emitir, asumiendo que la empresa es la que está en mejores condiciones de reparar el daño, la reparación se efectuaría a través de trabajos en beneficio de la comunidad, acompañados en su caso de una supervisión judicial.

VI. CONCLUSIONES

- 1.- La regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, no es eficiente ni eficaz en materia de delitos ecológicos, pues actualmente la respuesta penal no ha logrado reducir dichos ilícitos, y se ha generado impunidad pues si bien el delito es acreditado no es posible imponer la pena, consecuentemente el índice de delitos se ha incrementado pues las penas que se han impuesto han sido poco severas y las reparaciones civiles fijadas han sido irrisorias.
- 2.- Los juzgadores penales no fijan consecuencias accesorias limitando su actuar a la responsabilidad penal individual, dejando en la mayoría de los casos impunes actos que atentan contra el medio ambiente y que son irremediables.
- 3.- Es necesario que los jueces penales tengan en cuenta la concurrencia de presupuestos materiales (*Test de proporcionalidad, Juicio de prognosis, hecho principal*) y presupuestos procesales (incorporación al proceso penal, Parte procesal), que hagan posible la imposición de consecuencia accesorias.

VII. RECOMENDACIONES

1.- A partir de la comprensión de la importancia de la conservación y preservación del medio ambiente se ha hecho necesario que a nivel mundial se tenga presente el concepto de sustentabilidad por lo que se requiere conjugar crecimiento económico y respeto al medio ambiente con lo que urge la idea de plantear un nuevo modelo de responsabilidad penal que abandone el viejo principio *societasdelinquere non potestque en práctica* en la totalidad de los países de la Unión Europea pertenece a la historia del derecho.

2.- Por tanto es necesario legislar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en principio un primer paso para avanzar en este camino es que los jueces penales tengan en cuenta la concurrencia de presupuestos materiales (*Test de proporcionalidad, Juicio de prognosis, hecho principal*) y presupuestos procesales (incorporación al proceso penal, Parte procesal), que hagan posible la imposición de consecuencia accesorias.

3.- Es necesario también que se desarrolle un modelo paralelo a la teoría del delito teniendo en cuenta las características de las personas jurídicas, modelo que permitiría la reducción de los delitos ecológicos, actualmente delitos ambientales.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS

1. ANDALUZ, Carlos (2009) **Manual de Derecho Ambiental**. Lima: Ed. Iustitia.
2. BAIGUN David. (2000) La responsabilidad de la Persona Jurídica, ensayo de un nuevo modelo teórico. Editorial Depalma, Buenos Aires.
3. BACIGALUPO, S. (1998). La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Barcelona.
4. BRAMES, Raúl (1994) Manual de Derecho Ambiental mexicano, Fundación mexicana para la Educación Ambiental, Fondo de Cultura económica, México, 11 ed.
5. CARRUITERO Lecca, (2006) Francisco. "Derecho del Medio Ambiente", Studio Editores. Lima - Perú.
6. CARO CORIA, Carlos (1997) "Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs", en: Themis, N° 35, Lima,
7. CORILLOCLA TERBULLINO Pavel (2006) Tesis "El Derecho Fundamental a Gozar de un ambiente equilibrado y adecuado". Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima
8. Cuadrado Ruiz A. (2007). Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Un paso hacia adelante...Un paso hacia atrás?. Revista Juridica de Castilla y Leon N° 12.
9. CUEVA SEVILLANO, (2006) Alfonso: Nuevo Diccionario Global Ilustrado, Edit. AFA, Lima-Perú, 2006.

10. DE VICENTE MARTINEZ, Rosario, “Una aproximación a la protección penal del Medio Ambiente en el Perú”, en la Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 11 y 12. Lima.
11. EZAINE Amado (1991) Diccionario Jurídico . Editores Importadores. Segunda Edición Lima – Perú.
12. ESPINOZA GUTIERREZ, Sandra (2011), “la responsabilidad penal de las personas jurídicas: la culpabilidad”
13. FERNANDEZ Sessarego, Carlos (1998), “Naturaleza Tridimensional de la Persona Jurídicas”. El artículo ha sido publicado en “Derecho PUC”, N° 52, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
14. FIGUEROA ALDO, Navarro.(1993) “El ambiente como bien jurídico en la constitución de 1993”, Pag 25.
15. FLORES POLO, Pedro: Diccionario de Términos Jurídicos, Edit. Marsol, Volumen 2, Lima-Perú,
16. FOFFANI, Luigi, (2008). Bases para una Imputación Subjetiva de la Persona Moral: ¿Hacia una culpabilidad de las personas Jurídicas?. En Dogmática Penal del Tercer Milenio. Libro Homenaje a los Profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann, Ara Editores, Pág. 107
17. GARCIA CAVERO Percy, (2008). La persona jurídica en el Derecho penal. Editora Jurídica. Grijley. Lima.
18. GOLDSTEIN, Raúl (1993) Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Buenos Aires, Argentina.

19. HASSEMER Winfried y Muñoz Conde , Francisco, (1995), La Responsabilidad por el Producto en el Derecho penal Tirante To Blanch. Valencia.
20. HURTADO Pozo, José (1996) Manual de Derecho Penal. Parte General, cit., p. 36; GRACIA MARTÍN, Luis, Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el nuevo Código Penal Español, Tirant lo Blanch, Valencia.
21. JIMÉNEZ DE ASUA Luis. (1980) “La Ley y El Delito” . Editorial Sudamericana. Edición Onceava. Buenos Aires.
22. LAMADRID UBILLUS, Alejandro (2011), El Derecho Penal Ambiental en el Perú ¿Realidad Concreta o Simbolismo Practico?. Editorial Grijley. Lima- Perú.
23. LIBSTER Mauricio (1993), Delitos ecológicos, Ediciones Desalma, 1993 Buenos Aires, Argentina. Pág. 1
24. MANRÍQUEZ BARRIENTOS, H. (2005). “El delito ambiental en la legislación chilena, ¿Una Necesidad?”. Editado por la facultad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas. Valdivia.
25. MARTÍNEZ MONTOYA, Jesús Abraham (2007) “Delitos Ecológicos”, editado por la Universidad Autónoma Ciudad de Juárez.
26. MARCONE MORELLO, Juan (1995) Diccionario Jurídico Penal y Ciencias Auxiliares, Edit. AFA, Tomo 2, 1era Edición.
27. MARONUCCI Giorg/dolcini, Emilio (2001), “Derecho Penal Mínimo y nuevas formas de Criminalidad “ Lima .
MIR PUIG, Santiago “Bien jurídico y Bien Jurídico Penal como límites del Ius Puniendi”. Editorial Ariel . Barcelona.

28. MUÑOZ CONDE Francisco (2000) "Derecho Penal" – Parte General. Editorial Tirant Lo Blanch. España Valencia.
29. PASTOR MUÑOZ, Nuria, ¿Organizaciones Culpables? Recensión a Carlos Gómez-Jara, La Culpabilidad Penal de La Empresa, Marcial Pons, Madrid, 2005, 365 Págs., En: InDret Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, Abril del 2006.
30. PÉREZ, Efraín (2000) Derecho Ambientad Editorial Solano Arévalo, Colombia.
31. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, derechos Humanos, estado de Derecho y constitución .Editorial Tecnos. Madrid, 1984.
32. PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl Alfonso (2007)- Editorial Rodhas . Segunda edición. Lima.
33. RODAS MONSALVE, Julio Cesar (1994), Protección penal y Medio Ambiente , IEDicicon . Barcelona.
34. RODRIGUEZ DEVESA. José maría y SERRANO GOMEZ, Alfonso (1993) Derecho penal español 16º Edición Madrid España , 1993. Pag 105-106
35. ROXIN, Claus (1997) Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, trad. de la r ed. alemana y notas de Luzón-Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remasal, Madrid.
36. TERRADILLOS BASOCO, Juan (1993), La tutela del Medio Ambiente en el Derecho penal Español, en Revista de Derecho y Ciencias Políticas. UNMSM. Vol 50, Lima.

37. SHUNEMAN, Bernard, Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio. Editorial Tecnos. Madrid, 2002. Pag. 220.
38. URQUIZO OLAECHEA, José – ABANTO VASQUEZ, Manuel, SALAZAR SANCHEZ, Nelson. (2010) “Dogmática Penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann. Volumen I.
39. VERCHER NOGUERA, Antonio, (2005), El uso del Derecho penal para la protección del Medio Ambiente en España

ARTÍCULOS

1. CORTAZA Vinuesa, en el Estudio “Delitos Medioambientales: ¿De Peligro (Concreto, Abstracto O Hipotético) O de lesión. Publicado en la Revista Jurídica de la Universidad de Santiago de Guayaquil, publicado en :http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=118&Itemid=34.
2. GARCÍA CAVERO, Percy. (2006.) En el artículo Las Medidas Aplicables A Las Personas Jurídicas En El Proceso Penal Peruano”, Publicado en la Revista de Derecho de la Universidad nacional de Piura.
3. REGÍ PRADO Luis ((2000),) “La cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en derecho brasileño. publicado en la revista de derecho penal y criminología”, 2ª Época, núm. 6.
4. LOPEZ WONG, Rosario Susana “Acerca de la de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Determinación de la naturaleza jurídica de las

consecuencias accesorias: ¿Sanción penal o medida administrativa?”.

Revista de Análisis Jurídico.

5. MARTÍNEZ MONTOYA, Jesús Abraham “Delitos Ecológicos”, editado por la Universidad Autónoma Ciudad de Juárez.
6. URTECHO NAVARRO Alejandro (2007) ¿Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas?. Estado Actual de la Cuestión. Actualidad Jurídica. Editorial GacetaJuridica. Lima Peru. N° 179.