

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL PERUANO DE 2009

Laura Zúñiga Rodríguez

SUMARIO: I. Introducción: el consenso acerca de las sanciones en el ámbito penal de las personas jurídicas II. Criminalidad de empresa y criminalidad organizada: el problema de las personas jurídicas III. Sanción y presupuesto de imputación: ¿discusión sobre la naturaleza de las sanciones que se imponen a las personas jurídicas en el ámbito penal? IV. La propuesta de reforma del Anteproyecto del Código Penal peruano de 2009 1. La sistemática de la propuesta 2. ¿Responsabilidad directa o responsabilidad derivada? 3. Otros vacíos respecto a los presupuestos de aplicación de las medidas 4. La determinación de las consecuencias accesorias: el nuevo artículo 110 del Anteproyecto 5. El catálogo de medidas 6. La ejecución de las medidas 7. Aspectos procesales V. Conclusiones: el Anteproyecto de Código Penal peruano de 2009 ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Es un honor para mí ofrecer mi contribución a este homenaje a José Hurtado Pozo en un tema que ha sido para él objeto de especial estudio y en el que ha realizado aportes importantes. Es de evocar: el número monográfico del Anuario de

Derecho Penal de 1996 y el libro que editó con del Rosal Blasco y Simons Vallejo¹, ambos dedicados a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Hurtado Pozo, desde sus primeros trabajos, observó que un Derecho Penal orientado a las consecuencias debía replantear seriamente este tema frente a la realidad criminal de nuestros días². Pero, en mi caso, lo especialmente significativo es el aspecto personal. Hurtado Pozo, dedicado a la investigación y a la docencia universitaria, ha ayudado a diversos jóvenes aspirantes a penalistas a realizar sus sueños, con becas, estancias y/o apoyándolos logísticamente en su casa de Friburgo. Gracias en nombre de todos ellos.

I. INTRODUCCIÓN: EL CONSENSO ACERCA DE LAS SANCIONES EN EL ÁMBITO PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Un análisis en perspectiva histórica del tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas nos muestra un camino cada vez más ascendente de consensos acerca de su admisión. Aunque pueden existir diversos modelos, instituciones jurídicas, ideologías que lo sustentan, lo cierto es que tanto en los instrumentos internacionales, como en el derecho comparado se observa la tendencia de responsabilizar a las personas jurídicas por los ilícitos penales que produzca la actuación organizada de sus actividades³. Es cierto que hay todavía muchas interrogantes que deben responderse, pero no puede dejar de reconocerse que hay un tema en el que parece existir unanimidad: la necesidad de reflexionar sobre las sanciones penales a las personas jurídicas.

Lo cierto es que parece haberse superado la etapa del sí de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para adentrarnos en el cómo hacerlo. Y en estos avances, el Anteproyecto del Código Penal peruano de 2009 realiza una aportación importante en la medida en que prevé dos artículos sobre el tema: el artículo 109 sobre las medidas aplicables a las personas jurídicas, muy similar a su antecedente del Código Penal peruano de 1991, el que a su vez sigue el Anteproyecto de 1993 del Código Penal español, y el artículo 110 relativo a los criterios para la

1 Hurtado Pozo/del Rosal Blasco/Simons Vallejo 2001.

2 Hurtado Pozo 1996: 151, para quien las consecuencias accesorias del artículo 105 del Código Penal son verdaderas sanciones penales.

3 Como nos recuerda Foffani 2005: 305, la evolución histórica en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas está claramente dirigida hacia una siempre creciente imputación de responsabilidad de las empresas, sociedades mercantiles y demás entes colectivos. Los últimos países que en Europa occidental se mantienen fieles al principio *societas delinquere non potest* —en nombre de su antigua tradición dogmática— son Alemania, España y Grecia, porque ya ni Bélgica, ni Italia pueden situarse en ese núcleo duro de países reticentes a su admisibilidad.

determinación de las medidas aplicables a las personas jurídicas, que sí constituye toda una novedad.

Por supuesto, el desconcierto de establecer consecuencias jurídicas sin aclarar el presupuesto de hecho (si se trata de hecho típico, antijurídico y culpable, basta con que sea solo antijurídico, el hecho de una persona física o de la propia persona jurídica) ha sumido a la doctrina en un amplio debate sobre los presupuestos de aplicación. Pero algo sí se muestra como plenamente admisible: cuando un delito sea producto de la actividad organizada de una persona jurídica, alguna consecuencia jurídica debe contemplarse en el ordenamiento penal, si no queremos caer en la impunidad o en un desmedro de los fines de prevención general de algunos tipos penales que son vulnerados principalmente por organizaciones.

Durante casi prácticamente dos décadas de discusión, el análisis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha partido desde la demanda policríminológica de la criminalidad de empresa, siendo más bien que el tratamiento de la criminalidad organizada a nivel internacional ha sido la principal fuente de influencia para la admisión de esta responsabilidad. Tan es así, que en las propuestas internacionales en la lucha contra la criminalidad organizada, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se presenta como un instrumento clave, conjuntamente con el comiso, para estrangular los fondos financieros de las organizaciones criminales, en la medida en que interrumpen el ciclo económico de las ganancias ilícitas. Se consideran incluso como herramientas operativas para aplicar de manera cautelar sanciones de tipo patrimonial, como el comiso de las ganancias⁴ o la disolución de las asociaciones ilícitas y de las personas jurídicas que le han servido de cobertura, en tanto medidas de política criminal que se consideran esenciales para combatir la acumulación de las ganancias ilícitamente obtenidas⁵.

4 Nótese que el comiso en estos delitos, siguiendo normativas internacionales como el Convenio de Viena de Tráfico de Drogas, las normas del GAFI, o la Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional, es contemplado con una restricción de garantías, como son la inversión de la carga de la prueba sobre la ilicitud del bien, por lo cual, una vez abierto un proceso penal se puede proceder al comiso de los bienes del imputado y corresponderá a este probar su no procedencia ilícita. Incluso las normas internacionales recomiendan el comiso ampliado, que tiene como referencia no los beneficios netos, sino los beneficios brutos. Caso de Bélgica, Alemania, Estados Unidos y últimamente España. En estos casos el delincuente tiene que pagar más de lo que ha ganado, lo cual es, para los especialistas, una muestra clara del carácter punitivo de la sanción. Cfr. Weigend 1997: 564.

5 La naturaleza depredadora de la criminalidad organizada, cuyo objetivo último es la consecución de beneficios económicos, hace que las sanciones patrimoniales o pecuniarias que priven a los delincuentes de los beneficios ilícitamente obtenidos, constituyan un arma eficaz en la lucha contra este fenómeno criminal. Cfr. Weigend 1997: 550. Se trata de cortar el circuito de la criminalidad

II. CRIMINALIDAD DE EMPRESA Y CRIMINALIDAD ORGANIZADA: EL PROBLEMA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Las demandas de política criminal de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas han provenido principalmente desde el estudio de la criminalidad de empresa. Los diversos trabajos sobre la materia inciden en la empresa como sujeto destinatario de las normas penales de los delitos socioeconómicos, olvidando que también existe un amplio ámbito de aplicación de esta responsabilidad a nivel de la criminalidad organizada.

Ya Sutherland, en 1949 se dio cuenta de este símil entre la Corporate Crime y la Organized Crime, al definir el delito de «cuello blanco» como delito organizado, estableciendo el siguiente parangón entre el delito de «cuello blanco» y el robo profesional: Primero, la delincuencia de las corporaciones al igual que la de los ladrones profesionales es persistente; una gran proporción de los delincuentes son reincidentes. Segundo, la conducta ilegal es mucho más extensa de lo que indican las acusaciones y denuncias. Tercero, el hombre de empresa que viola las leyes destinadas a regular los negocios generalmente no pierde su status entre sus asociados. Y, cuarto, los hombres de negocios generalmente sienten y expresan desprecio hacia la ley, el gobierno y el personal del gobierno⁶.

El desarrollo del sistema empresarial, especialmente la falta de regulación de diversos ámbitos generada por la globalización, ha dado un paso más para el desarrollo de esta connivencia entre criminalidad organizada y criminalidad de empresa. Ciertamente, la empresa ha sido la institución que, en los últimos tiempos, ha servido para que la criminalidad organizada dé un salto cualitativo y se dedique a actividades «no tradicionales» como son la utilización de la misma para el lavado de dinero, o para proveerse de fondos ilícitos con el objeto de seguir el ciclo económico de las ganancias mal habidas.

Se trata de una transformación de la empresa a los esquivos cambios en el modelo de producción, denominado post-fordista, en el que las empresas subcontratan partes de su propia producción incluso a empresas extranjeras o trabajadores autónomos. La ausencia de regulación económica, política y laboral ha sido el producto jurídico de este proceso social de transformaciones de la nueva empresa, en un mercado altamente competitivo a la baja en los derechos y al alza en los beneficios. Este fenómeno de la des-regulación ha constituido una adaptación del

organizada, impidiendo la reinversión de lo ganado ilícitamente, lo que a su vez impide desarrollar la capacidad corruptora de la acumulación de dichas ganancias.

6 Sutherland 1999: 261 ss.

Estado y del derecho a los designios de un «mercado natural» consagrado como valor universal e inmutable⁷.

Las propuestas más modernas inciden en la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La empresa, como agente económico y social, que ocupa un lugar fundamental en la sociedad postindustrial, tiene derechos, pero también deberes, entre los cuales se incluye la responsabilidad penal (y la protección jurídica vinculada a ésta)⁸. Como apunta Vogel: «el precio que debe pagarse por el liderazgo es, claro está, la responsabilidad. Un pragmatismo cada vez más extendido puede referirse a que las sanciones penales deben ser aplicadas como mecanismo eficaz para conseguir que las normas sean también respetadas en la economía y también frente a los agentes económicos, los empresarios y las empresas»⁹. Existe, pues, la necesidad de encauzar jurídicamente la ética del mercado¹⁰, surgida de la demanda social de responsabilidad de la empresa, dentro de la cual, la responsabilidad penal no puede serle ajena.

En este contexto de aperturas, de capitalismo sin responsabilidades, de Estados que no son capaces de cubrir las necesidades de sus ciudadanos, la criminalidad organizada y las mafias acampan a sus anchas. Como sostiene Dahendorf: «Cuando se descubrió que la eliminación de las barreras también podía ponerse al servicio de fines perversos y hasta destructivos, ya era demasiado tarde»¹¹. Los flujos de capitales han desvelado una economía criminal existente en paralelo con la misma economía legal, a tal punto de ser emparentada con aquélla¹².

7 Mercado 2005: 145, «el libre mercado, entendido como *laissez faire* o como libertad de contratación, no es nunca un no intervencionismo y, desde luego, no es un estado natural y espontáneo de la economía, anterior a toda voluntad normativa. El mercado no participa de ninguna autosuficiencia o espontaneidad; como construcción social que es, supone el acompañamiento de la política». Idea que se encuentra amparada por el análisis de cómo se gestó esta libertad de mercado: por el influjo de dos líderes de los años 80 liberales, Margaret Thatcher y Ronald Reagan, quienes impusieron el Consenso de Washington en los organismos internacionales, FMI y Banco Mundial: neoliberalismo para los países emergentes, apertura de los mercados, privatizaciones; mientras que en los países desarrollados se practica el proteccionismo agrícola.

8 Vervaele 2006: 35.

9 Vogel 2004: 130.

10 Ampliamente desde esta óptica, revítese el estudio de De Maglie 2002, *passim.*, donde la autora resalta que todas las últimas reformas en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas, responden a la finalidad de racionalizar el mercado y la empresa.

11 Dahrendorf 2005: 37.

12 Precisamente la UE discute la posibilidad de contabilizar la economía ilegal en su afán de calcular la economía sumergida. Vid. *El País*, 20 de abril de 2009, «Narcotraficantes y chulos, pasen por caja». Las dificultades de tales cálculos son obvias, pero también las consecuencias jurídico-políticas de tal decisión. Parece incongruente luchar contra los paraísos legales y fiscales con contabilizar la economía criminal en la economía legal de los estados. Es indudable un efecto «llamada» y de

Los dictados de la razón económica sobre la razón moral y política han impuesto, como una cruel realidad, el mundo del crimen organizado. Dentro de las democracias reconocidas por las Naciones Unidas existen dos amenazas a la seguridad mundial: el terrorismo y la criminalidad organizada¹³. El crimen global es la «cara amarga» de la globalización en la cual tanto perdedores, descontentos, nihilistas, aprovechados, inmorales como consumistas de frutos prohibidos, se unen para lucrar ilícitamente o para comercializar mercancías en el tráfico mundial.

En este proceso de internacionalización de la empresa, esta se ha convertido en un instrumento clave de la criminalidad organizada (criminalidad como empresa), vinculada a la criminalidad de empresa (criminalidad económica) y a la corrupción política, sin olvidar al terrorismo. En todos estos casos, la utilización de empresas, sociedades, asociaciones, en fin, personas jurídicas, evidencian la manipulación de estas para la realización de actividades ilícitas que lesionan bienes jurídicos reconocidos como fundamentales para la sociedad.

No es de extrañar, por tanto, que las normas internacionales de tratamiento de la criminalidad organizada pongan de manifiesto la preocupación del legislador por regular la cuestión de la responsabilidad (administrativa y/o penal) de las personas jurídicas. Así, la Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional de 2000, en su artículo 10 establece que: «Cada Estado adoptará las medidas necesarias, de conformidad con sus propios principios, a fin de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado». La última parte del precepto establece: «Cada Estado velará para que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionada y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas». En esta regulación, al tener como destinatarios a países de distinta tradición jurídica, se ha optado por dejar a cada Estado la selección de la naturaleza de dichas sanciones. Es interesante observar que en el ámbito de la Unión Europea la *Decisión marco relativa a la lucha contra la criminalidad organizada de 2008/841 JAI*, del Consejo del 24 del octubre de 2008, también incide en la responsabilidad de las personas jurídicas, dedicando dos artículos al tema, uno sobre la responsabilidad de esta y, otro, sobre las sanciones aplicables. El artículo 5 establece que «Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de los delitos mencionados en el artículo 2», esto es, del delito de participación en organización criminal. Es decir, se considera que las

connivencia con el crimen organizado si contabilizamos sus ganancias como parte de la riqueza nacional.

13 Naciones Unidas 2005: 13.

personas jurídicas pueden ser autoras del delito de participación en organización criminal. Obsérvese que la redacción de este artículo va más allá de lo establecido por la Unión Europea, que suele dejar abierta la naturaleza de la sanción aplicable a cada Estado. Por su parte el artículo 6 establece, a título de ejemplo, las sanciones que pueden ser aplicables contra las personas jurídicas y, al respecto, señala que «Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que toda persona jurídica a la que se haya declarado responsable con arreglo al artículo 5, apartado 2, sea sancionada con sanciones o medidas que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias». Si bien en la citada regulación se permite a los Estados miembros la decisión sobre la naturaleza penal o administrativa de la responsabilidad y la sanción¹⁴, lo cierto es que dicha elección está condicionada por una serie de circunstancias que *infra* vamos a referir.

Asimismo, la normativa internacional contra la corrupción se ocupa especialmente de la responsabilidad de las corporaciones. Especialmente significativo es el artículo 2 del Convenio de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico sobre lucha contra la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de 1997, que establece: «Cada Estado parte tomará las medidas necesarias conforme a sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales en caso de corrupción de un agente público extranjero». También el artículo 18 del Convenio criminal sobre la corrupción del Consejo de Europa de 1999 se ocupa de establecer una disposición en sentido similar. Así, se advierte que los textos internacionales no refieren explícitamente la existencia de una responsabilidad penal, pero sí postulan establecer las medidas necesarias para que la persona jurídica responda por los delitos cometidos en su seno o frente a su mediatización. Sin embargo, conforme demostraremos, esta responsabilidad es necesariamente punitiva.

En el Perú, los casos especialmente sonados de responsabilidad penal de delitos de empresa están asociados a la corrupción. Destaca la resolución judicial del 26 de febrero de 2002 por la cual se resuelve la solicitud del Procurador Público *Ad-hoc* del caso Fujimori-Montesinos de comprender, como parte pasiva del proceso penal, a la empresa América Televisión S.A., con el objeto de asegurar, en su debido momento, la aplicación de las consecuencias accesorias a dicha persona jurídica. El caso se resolvió en la sentencia de la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima (Exp. N. 011-2001), conocido como caso Crousillat, del 8 de agosto de 2006¹⁵.

14 Méndez Rodríguez 2009: 32, para quien la expresa mención a la multa penal o administrativa deja en la disyuntiva a los países miembros.

15 Vid. el texto de la sentencia en Diálogo con la Jurisprudencia 2006: 19 ss.

III. SANCIÓN Y PRESUPUESTO DE IMPUTACIÓN: ¿DISCUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA DE LAS SANCIONES QUE SE IMPONEN A LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ÁMBITO PENAL?

Desde hace algunos años sostenemos que el debate sobre la naturaleza jurídica de las sanciones contempladas en el artículo 105 del Código Penal —aplicables a las personas jurídicas en el ámbito penal¹⁶— puede constituir una discusión larga y poco fértil si es que no se incide directamente sobre lo fundamental, esto es, los criterios de aplicación de las mismas; ello, toda vez que la doctrina y la jurisprudencia se han mostrado dubitativas.

En el derecho, la consecuencia jurídica está condicionada —y es subsiguiente— a un presupuesto de hecho, y nunca al revés. Así, la pena tiene como presupuesto de hecho la comisión de un delito, y el fundamento de su aplicación radica en la culpabilidad del autor del hecho¹⁷. Ahora bien, es indudable que no hay consenso sobre el presupuesto de hecho de las sanciones aplicables a las personas jurídicas —en nuestra regulación—, toda vez que el concepto de delito requiere indispensablemente la culpabilidad de una persona física. Por ello, dentro de este razonamiento apriorístico no es posible dar una respuesta satisfactoria a la naturaleza jurídica de las sanciones que se imponen a las personas jurídicas en el ámbito penal y, sobre todo, es difícil esclarecer los criterios de atribución de la sanción.

Lo que sí podemos afirmar es que tanto en el derecho administrativo sancionador como en el derecho penal se contemplan consecuencias jurídicas aplicables contra las personas jurídicas cuando de sus actividades se deriva la vulneración de bienes jurídicos penalmente protegidos. Y, siendo esto es así, debe tenerse en cuenta que la mayoría de especialistas está de acuerdo en que, en estos casos, es difícil realizar una distinción sustancial entre ilícito penal e ilícito administrativo.

Ha sido una discusión doctrinaria casi estéril la distinción entre los injustos administrativo y penal en el ámbito socioeconómico. Tanto la discusión sobre la flexibilización de las garantías, como la del derecho penal de dos o tres velocidades, o el «derecho de intervención» postulado por la Escuela de Frankfurt, constituyen propuestas que pretender explicar que las actuales de las infracciones penales no responden, ni en sus presupuestos ni en sus consecuencias, a las características de un derecho penal clásico. Como sostiene Donini «... en el plano de las definiciones generales del ilícito penal, no es más correcto afirmar que el delito es siempre y necesariamente un hecho *humano*, antijurídico y culpable, sancionado con una pena.

16 Zúñiga Rodríguez 2009.

17 Aunque también ha de reconocerse que en la actualidad los contornos del injusto penal también se desdibujan. *Vid.* por todos Donini 2004: *passim*, especialmente 47 ss.

Delito, más bien, es el hecho típico, antijurídico y culpable, de una persona física o jurídica, sancionado con una pena»¹⁸.

En este contexto de transformaciones o flexibilización de las categorías penales, e hibridismos, existe la necesidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas por los ilícitos socioeconómicos que realice. Ahora bien, esta necesidad ha sido, por otro lado, satisfecha plenamente en los ordenamientos sancionadores. Foffani, al respecto, advierte: «... se va experimentando formas de hibridismos: allí donde se ha acogido la opción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el derecho penal ha tenido que renunciar (o cuanto menos adaptar) algunas de sus categorías tradicionales; mientras que, donde se ha mantenido una responsabilidad administrativa, la tendencia ha sido la de recepcionar y adaptar modelos y formas del derecho penal». Por tanto, la cuestión de fondo radica en las garantías que han de aplicarse a la imputación de responsabilidad a la persona jurídica, ya sea penal o administrativa¹⁹.

Por eso, es falaz el dilema de «sanciones penales o sanciones administrativas» para las personas jurídicas, ya que no es posible distinguir una naturaleza jurídica distinta, ni en los presupuestos ni en las consecuencias jurídicas, aplicables a estas. Ambas son reacciones públicas, instrumentos sancionatorios, expresión del *ius puniendi* del Estado en sentido lato²⁰; y, se expresan, en un conjunto de injustos donde los casos más graves se encuentran en el derecho penal. Es verdad que existen diferencias entre las infracciones de mera desobediencia (administrativas), respecto de las que lesionan gravemente bienes jurídicos fundamentales (penales); sin embargo, existe, a su vez, un ámbito, como el de los delitos socioeconómicos—delitos laborales, contra el medio ambiente, o contra la libre competencia—donde la opción legislativa oscila entre infracciones administrativas e infracciones penales, y no son claramente distinguibles sus diferencias.

Es fundamental la aplicación de garantías sustanciales y procesales, así como los criterios de atribución de las consecuencias jurídicas que se derivan de ellas. Aquí pueden observarse los criterios homogenizadores entre ambos tipos de infracciones y sanciones. Prácticamente todos los autores administrativistas y penalistas postulan la necesidad de acoger las garantías penales para el ámbito

18 Donini 2004: 48.

19 Foffani 2005: 307.

20 El TC español lo ha expresado claramente en diversas sentencias. Así en STC N. 18/1987, ha sostenido que estamos ante un «ius puniendi» general que se expresa indistintamente en un derecho administrativo sancionador o en el derecho penal. Por tal motivo, los principios del derecho penal deben ser aplicados «con ciertos matices» en el derecho administrativo sancionador. Así también el TC alemán.

administrativo sancionador, ya que en el ámbito penal estas se encuentran más desarrolladas.

En esta línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha seguido esta interpretación considerando «la materia penal» como una construcción jurisprudencial propia de dicho tribunal, con el objeto de establecer un común denominador a los efectos de la protección de los ciudadanos de acuerdo al artículo 6, inciso 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, frente a su derecho a un proceso equitativo²¹. Como ha sido siempre la tendencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al comparar diversas normas jurídicas y distintas tradiciones culturales, este ha optado por una protección amplia, considerando una idea expansiva de la materia penal. Esta «recubre el ámbito represivo del Estado que alcanza cierto nivel de gravedad, aún cuando no esté integrado en el derecho penal estricto»²². Por tanto, no solo se entiende al ámbito penal, sino también al disciplinario militar, al disciplinario penitenciario y a las sanciones administrativas graves.

La ausencia de fronteras nítidas entre ambos tipos de infracciones y sanciones puede observarse, de *lege lata*, en la creación de formas híbridas o intermedias de responsabilidad, construidas seguramente para salvar la discusión de si corresponden a una u otra rama del ordenamiento jurídico²³. Lo dicho, se manifiesta en la ley italiana de responsabilidad de las personas jurídicas (Decreto Legislativo 231 del 8 de junio de 2001) que, formalmente, es administrativa y, materialmente, es penal. De ahí que Donini sostiene que ya no es posible afirmar «que el delito es siempre y necesariamente un hecho humano, antijurídico y culpable, sancionado con una pena. Delito, por el contrario, es el hecho típico, antijurídico y culpable, de una persona física o jurídica, sancionado con una pena»²⁴.

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

21 Falxa 2008: *passim*, especialmente 109 ss.

22 Falxa 2008: 7.

23 Foffani 2005: 307. Para este autor este mismo fraude de etiquetas se presentaría en la legislación española con la incorporación en el Código Penal de las consecuencias accesorias del artículo 129, cuestión que comparto.

24 En este sentido Donini 2004: 48.

sanciones que han de aplicarse contra las personas jurídicas por los ilícitos que lesionen bienes jurídicos fundamentales.

La huida hacia el derecho administrativo no es una solución ya que, en los casos más graves, solo la sanción penal puede cumplir con los fines preventivo generales de protección social²⁵. Incluso algunas de las sanciones contra las personas jurídicas, como lo es la disolución, son tan afflictivas como lo constituyen —en gravedad— las penas; por lo que sería incongruente con el principio de proporcionalidad si, desde la perspectiva del principio de *ultima ratio*, se conviene que la sanción penal es el recurso más grave y último del ordenamiento.

Por ello, es lógico que coexistan diferentes formas de responsabilidad construidas para prevenir y sancionar el fenómeno criminal, penal, administrativo y civil. Como ya anunciara Tiedemann hace varios años, el futuro del derecho penal económico depende de la interrelación entre estas diversas formas de responsabilidad. Cada una de esas responsabilidades persigue objetivos y finalidades diferentes. Por ejemplo, la responsabilidad administrativa tiene por objeto proteger el interés general de la colectividad de garantizar la tutela y protección de los bienes jurídicos, mediante el control del cumplimiento de la normativa correspondiente. Es un ordenamiento eminentemente preventivo, de control de riesgos. La responsabilidad penal, en cambio, tiene una finalidad más general, de amenaza con el instrumento más contundente que posee el Estado, la pena, y esta se impone porque la conducta posee un reproche social trascendente. Por su parte, la responsabilidad civil tiene como finalidad reparar el daño causado a la víctima por el delito. De estas tres formas de responsabilidad, las dos primeras pueden ser calificadas como públicas, mientras que la responsabilidad civil tendría carácter privado.

Las interpretaciones más genéricas, de considerar las sanciones impuestas a las personas jurídicas por la comisión de un delito de organización como sanciones de *naturaleza punitiva*, esto es, sanciones afflictivas con efectos disuasorios y preventivos, parecen ser más acordes con el momento actual del debate en el derecho penal y con la prescripción general, tanto de los convenios internacionales y de la Unión Europea, acerca de que las sanciones que ha de imponerse a las personas jurídicas deben ser «eficaces, proporcionadas y disuasorias»²⁶.

25 Especialmente crítico con la huida hacia el derecho administrativo sancionador se muestra Vervaele 2007: 62 ss.

26 En similar sentido parece la postura de García Arán 2007: 253, para quien «...las consecuencias accesorias son sanciones (privaciones de derechos consecuencia de un hecho ilícito) penales (porque el ilícito es un ilícito penal y se orientan a la prevención de delitos) que pueden recaer sobre personas jurídicas, pero que no participan de los fundamentos legales, ni de las penas ni de las medidas de seguridad, refiriéndolos al sujeto sobre el que recaer».

Ahora bien, aún sosteniendo que se trata de sanciones de carácter punitivo, de todos modos nos enfrentamos a una cuestión no resuelta: el presupuesto o fundamento de dichas sanciones. Determinar los criterios de imputación subjetiva del hecho típico a las personas jurídicas es el problema más importante a resolver. De hecho, en el ámbito administrativo sancionador no existe inconveniente en responsabilizar a las propias personas jurídicas, por los hechos cometidos por sus representantes o directivos, aunque incluso en este ámbito, la tendencia se orienta a requerir también criterios subjetivos para sancionarla²⁷. El carácter personal de la pena también da lugar a que dentro de los cánones clásicos se exija unidad entre el sujeto a quien se dirige la norma y el sujeto pasivo de la imputación penal²⁸, cosa que no sucede respecto de las sanciones punitivas que se imponen a la persona jurídica, ya que esta siempre actúa por intermedio de una persona física. Por tanto, es necesario determinar los criterios de atribución de las medidas aplicables a las personas jurídicas.

IV. LA PROPUESTA DE REFORMA DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL PERUANO DE 2009

Como ya se ha venido adelantando, esta propuesta legislativa mantiene el articulado de medidas aplicables a las personas jurídicas del artículo 105 del Código Penal, sin embargo introduce un artículo distinto sobre los criterios de atribución de dichas medidas. Al parecer, la propuesta se preocupa de aquello que anteriormente hemos denunciado, esto es, determinar las garantías sustanciales que han de respetarse al momento de la aplicación de las medidas ya existentes en la legislación actual (artículo 105 del Código Penal). No obstante, como enseguida

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

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

se verá, el anteproyecto propone un articulado poco sistemático que deja vacíos importantes, con lo cual se pierde una valiosa oportunidad de resolver las principales interrogantes que quedaron pendientes con la normativa actual. A saber:

- 1.- ¿A qué personas jurídicas se pueden aplicar dichas medidas?
- 2.- ¿Cuál es el supuesto de hecho que da lugar a la imposición de una consecuencia jurídica: la responsabilidad individual de una persona o de la propia persona jurídica?
- 3.- ¿Qué principios rigen el proceso de imposición de las consecuencias accesorias?
- 4.- ¿Cómo se ejecutan estas consecuencias accesorias?²⁹

Observemos, pues, cuál es la propuesta legislativa del anteproyecto.

Artículo 109.- Medidas aplicables a las personas jurídicas. Clases.

Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez aplicará todas o algunas de las medidas siguientes:

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

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

Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica por un periodo de 2 (dos) años.

El cambio de la razón social, de la personería jurídica o la reorganización societaria no impedirá la aplicación de estas medidas³⁰.

29 Zúñiga Rodríguez 2009.

30 Los subrayados corresponden a los cambios operados en relación con la normativa vigente del artículo 105 del Código Penal.

Art. 110: Criterios para la determinación de las medidas aplicables a las personas jurídicas.

Las medidas contempladas en el artículo anterior serán aplicadas motivadamente por el Juez, en atención a los siguientes criterios de fundamentación y determinación, según corresponda:

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.

La gravedad del hecho punible realizado.

La extensión del daño o peligro causado.

El beneficio económico obtenido.

La reparación espontánea de las consecuencias del hecho punible.

La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica. La disolución de la persona jurídica siempre que resulte evidente que esta fue constituida y operó solo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

1. La sistemática de la propuesta

Lo primero que cabe comentar es que el Anteproyecto no realiza un cambio sistemático sobre el tema y, por ende, no constituye una propuesta de modificación sustancial sobre la anterior normativa. Esta se limita a agregar un artículo adicional al ya cuestionado artículo 105 del Código Penal de medidas aplicables a las personas jurídicas, alumbrando poco o nada sobre su naturaleza jurídica.

Como se ha dicho, si bien no se pretende discutir esotéricamente sobre este tema, sí es oportuno esclarecer cuáles son los presupuestos de la aplicación de estas medidas, algo que poco agrega el Anteproyecto, y que no lo logra obtener con sus pretendidos «criterios de aplicación de las medidas aplicables a las personas jurídicas».

Realmente la cuestión sistemática para regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un tema complicado. Necesariamente denota una opción de fondo sobre la clase de responsabilidad, algo difícil de realizar cuando detrás recorre el fantasma del dogma *societas delinquere non potest*. La opción, ofrecida a nivel del derecho comparado, pretende la elaboración de una legislación especial o la regulación dentro del propio código penal, de las cuales podemos citar como claros paradigmas, la regulación italiana y española, respectivamente. Ambas opciones corresponden a tradiciones jurídicas muy distintas, siendo la peruana más

cercana, como es obvio, a la española. No obstante, debe reconocerse que la opción de la legislación especial resulta sugerente, toda vez que la complejidad del tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puede resolverse con un articulado prolijo, intentando afrontar las diversas cuestiones que su admisión acarrea. Una opción intermedia resultaría elaborar un título especial en la propia parte general, con un articulado correspondiente a la complejidad del tema, donde se aborden todos los aspectos importantes que dicha responsabilidad acarrea³¹.

En suma, la propuesta de Anteproyecto del Código Penal de 2009 no afronta, en lo fundamental, los problemas mas importantes acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que únicamente se ciñe a mantener los paradigmas de la anterior normativa, agregando un articulado que sirve de mero parche a las deficiencias tantas veces denunciadas por la doctrina.

2. ¿Responsabilidad directa o responsabilidad derivada?

La complejidad que ilumina las actuaciones en el marco de una persona jurídica hace necesario un análisis específico para la determinación de los criterios de imputación de sanciones punitivas a las personas jurídicas, porque siempre su actuación está mediada por el comportamiento de personas físicas. La propuesta de Anteproyecto del Código Penal de 2009 no hace ninguna referencia explícita a este tema. Si se trata de una responsabilidad directa o derivada del comportamiento de una persona física, entonces, el asunto es un tema de fondo, ya que afecta a la discusión sobre la posible culpabilidad de la propia persona jurídica y sobre los criterios subjetivos de atribución de responsabilidad penal. En definitiva es el *quid* del asunto y, precisamente, aquello que cuesta regular porque denota posiciones de fondo.

El artículo 110 del Anteproyecto del Código Penal no soluciona esta problemática. Desde el título del artículo, denominado como «criterios para la *determinación*», se observa pues que estos no son propiamente «criterios para la *aplicación*», pues esta es una cuestión previa. En efecto, el artículo propuesto se preocupa más bien acerca de cómo determinar o calcular la medida, olvidando una cuestión anterior fundamental: cómo aplicarla. Es lo que los alemanes denominan «hecho de conexión», y es lo que permitirá determinar cuál es el comportamiento que compromete a la persona jurídica en su conjunto.

Al respecto, existen dos grandes modelos que dan respuesta a esta cuestión: a) la responsabilidad de la persona jurídica por el delito cometido por la persona

31 Esta opción es seguida en España por Nieto Martín 2008: 322 ss. Aunque para este autor se trata de una «tercera vía», que se asume en líneas generales dicha propuesta.

física (responsabilidad indirecta, por reflejo, vicaria o heteroresponsabilidad); y b) responsabilidad de la persona jurídica por su propio ilícito penal (responsabilidad directa o autoresponsabilidad).

El primer modelo —de responsabilidad vicaria o por reflejo— es el que contempla el Código Penal francés (*responsabilité par reflet ou par ricochet*). La mayoría de resoluciones judiciales francesas y la doctrina de la Corte de Casación francesa se inclinan por la responsabilidad indirecta, por tanto, han dispuesto que la persona jurídica solo puede incurrir en responsabilidad, si se ha identificado una persona física en la que pueda apreciarse dolo o culpa. Según esta postura la responsabilidad del ente jurídico no es más que una responsabilidad por reflejo. No obstante, hay casos en que se presentan dificultades para determinar la persona física responsable, en cuyo caso la práctica judicial francesa no ha dudado en admitir que «basta con que la infracción pueda ser imputada a una persona física, aunque no esté identificada, para que la persona jurídica sea condenada»³². Como sostiene Foffani, este modelo no es exportable porque no soluciona la dificultad fundamental de individualizar responsabilidades cuando se trata de un comportamiento de organización, en el que intervienen varias personas con diferentes actuaciones, incluso algunas no significativas en sí mismas, pero que todas en conjunto —y cometidas de forma reiterada— pueden desencadenar la lesión de un bien jurídico. En España la doctrina mayoritaria se decanta por la necesidad de, al menos, la realización de un hecho típico y antijurídico por parte de sujetos individuales³³. Es decir, la declaración de una culpabilidad restringida —al menos— sería necesaria para imponer las consecuencias accesorias. Así, incluso entre quienes estamos a favor de diseñar criterios de imputación para sancionar penalmente a las personas jurídicas, el tema acerca del «hecho de conexión» o «hecho de referencia» resulta discrepante. Así, en España, Zugaldía, uno de los principales defensores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas considera: «para que una persona jurídica pueda responder criminalmente es necesario que la acción realizada por la persona física (hecho de referencia) pueda ser considerada jurídicamente como propia de la persona jurídica»³⁴.

De otro lado, el segundo modelo es el de la construcción de una responsabilidad directa y propia de la persona jurídica. En estos casos, no es necesario que se requiera previamente la afirmación de la responsabilidad de una persona física

32 Pradel 2001: 152.

33 También, Tamarit 2002: 1166; Guardiola Lago 2004: 127.

34 Zugaldía 2003: 215 ss.

para imponerle una sanción penal a la persona jurídica³⁵. Los trabajos doctrinales sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas que se basan en la autorresponsabilidad empresarial fundamentada en el reforzamiento de la *corporate governance*. Así, autores como Heine³⁶ en Alemania y Gómez Jara³⁷ en España, se inclinan por un modelo autónomo de responsabilidad pues —según sostienen— este modelo es el único que puede ser idóneo para vigorizar el mensaje de la norma de promover una cultura jurídica de respeto, al control de los riesgos, que se desarrollan al interior de la empresa.

A mi parecer, esta es la línea de investigación que se debe seguir en el futuro, puesto que la única manera de generar autorresponsabilidad en las empresas, es declarándolas sujeto de imputación penal a todos los efectos. Si la persona jurídica genera riesgos con su actividad, es ella quien debe responder por la materialización de dichos riesgos en resultados lesivos a bienes jurídicos. Como sostiene Heine: «En el fondo se trata de activar para el futuro las fuerzas de la propia empresa para controlar los riesgos y de establecer, como forma de responsabilidad colectiva bajo determinados presupuestos, la administración defectuosa del potencial de la empresa para generar riesgos»³⁸. En líneas similares recientemente también Nieto Martín: «[...] la finalidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es coaccionar a la autorregulación»³⁹.

Las personas jurídicas no pueden concebirse como un mero instrumento en manos de las personas físicas⁴⁰. Aunque convengo en que existen supuestos en que sí lo son, por ejemplo, cuando estamos frente «empresas fantasmas» sin actividad real y tapaderas de actividades ilícitas, que son los propios de la criminalidad organizada, en cuyo caso, se suele aplicar las disposiciones correspondientes a las asociaciones ilícitas (artículo 317 del Código Penal). Esto es algo de lo que se ocupa especialmente el Anteproyecto, en su artículo 110 *in fine*, al regular acerca de la finalidad real de la organización, sin embargo, no lo hace abordando toda

35 Como lo hemos sostenido desde el año 2000. Cfr. Zúñiga Rodríguez 2000: *passim*. En el mismo sentido, en la 2ª edición de 2003: 126 ss., y la 3ª edición, 2009: 237 ss.

36 Heine 1995: 271 ss. También hay trabajos en español. Cfr. más recientemente Heine 2006, *passim*.

37 Gómez-Jara Diez 2005: 296 ss.

38 Heine 1995: 175.

39 Nieto Martín 2008: 81.

40 En este sentido con claridad, Guardiola Lago 2004: 115. Recientemente, sigue la línea de concebir a la persona jurídica como objeto peligroso en manos de la persona física, Ramón Ribas 2009: 209: «... aunque son, en general, actores del ordenamiento jurídico, las personas morales y empresas son excluidas del círculo de sujetos con capacidad penal y tratadas, cuando se actúa contra ellas desde el derecho penal, como cosas u objetos susceptibles de instrumentalización por parte de personas físicas». Postura muy cercana a las de Gracia Martín, Luzón Peña y Mir Puig.

la problemática que de ello resulta. En los casos de criminalidad de empresa, realizada —por ejemplo— cuando se lesiona un bien jurídico producto de la falta de cuidado de la organización, aquí el fundamento de la imposición de sanciones es la prevención de los riesgos, para los bienes jurídicos, que la propia empresa genera con su actuación, la cual es realizada para su propio provecho. Lo cierto es que las personas jurídicas, como toda organización, con el paso del tiempo y con la complejidad de su organización desarrollan un proceso de autoconservación más allá de los sujetos que la componen, como pueden ser políticas o culturas de empresas de carácter criminógeno. El fundamento de la imposición de las sanciones a personas jurídicas no puede ser otro que evitar la reiteración en la comisión de delitos (fundamento contemplado en la propuesta del Anteproyecto, artículo 110). Consideramos que esto debe interpretarse como la obligación por parte de la empresa de desarrollar un modelo de autorresponsabilidad y control de los riesgos que ella misma genera. La unidad entre sujeto de imputación y sujeto de sanción tendrá efectos también en la determinación y ejecución de la sanción, como enseguida se verá.

El Anteproyecto no se pronuncia expresamente sobre este tema. Más parece que opta por la consideración de la persona jurídica como instrumento en manos de la persona física, si observamos los criterios para la aplicación de las medidas del artículo 110, conforme comentaremos en el epígrafe 4.

Ahora bien, los últimos proyectos españoles del Código Penal, tanto el de 2007 como el de 2008, no parecen ir por el camino de la responsabilidad directa, sino más bien, por el de la responsabilidad vicaria. Aunque se reitera la independencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica, respecto de la responsabilidad de la persona individual, finalmente, se señala que la responsabilidad penal de la persona jurídica se debe establecer en función de la actuación de su representante o de quien tiene el poder de control de la organización. La «fuerza del factor humano» para la configuración de los hechos que imputan responsabilidad a la persona jurídica, como sostiene la exposición de motivos del Proyecto de 2007, va a resultar un factor decisivo para la determinación de la aplicabilidad de las sanciones a personas jurídicas en el ámbito penal. Si se requiere como hecho de conexión para la responsabilidad penal de la persona jurídica una responsabilidad penal previa de un sujeto individual, volvemos al punto de partida: la dificultad de individualizar responsabilidades, el no hacer frente al ánimo criminal de grupo y, en definitiva, fundamentar la responsabilidad de la persona jurídica en la responsabilidad de la persona física.

3. Otros vacíos respecto a los presupuestos de aplicación de las medidas

No sabiéndose cuál es el hecho de conexión, la conducta de la propia persona jurídica o la de los sujetos individuales, ni si existe una culpabilidad de empresa o culpabilidad de una persona física, quedan aún más cuestiones fundamentales por dilucidar, las cuales no han sido objeto de tratamiento por el Anteproyecto.

Numerus clausus o numerus apertus. El Anteproyecto no dice nada sobre si las medidas estarían vinculadas a delitos que expresamente sean así contemplados en la parte especial. Esta opción es aconsejada tanto por la mayoría de propuestas doctrinales como por el derecho comparado. Se trata, de todos modos, de una intervención a mayores en el derecho penal que debe ser excepcional y fundamentada en la importancia de los bienes jurídicos en juego; así como en el llamado de la norma que en algunos supuestos se refiere fundamentalmente a sujetos colectivos, como los delitos contra el medio ambiente, laborales, contra la hacienda pública, etc. El cambio de la propuesta en el artículo 109, respecto del actual artículo 105, cuando dice «el juez *aplicará*», en lugar de «*podrá aplicar* todas o algunas de las medidas siguientes», puede considerarse que al ponerse un imperativo, se entiende que en la parte especial el legislador contemplará los delitos en los que ellas se impondrán, algo que no podemos asegurar aún hasta que sea pública esta parte de la propuesta. De todos modos, las recomendaciones van en la línea de contemplar los delitos de la criminalidad organizada, criminalidad de empresa, corrupción y terrorismo.

La responsabilidad de la persona jurídica no exime a la responsabilidad de la persona jurídica. Es otra de las disposiciones, comunes en el derecho comparado y en los convenios internacionales, sobre las cuales el Anteproyecto no emite pronunciamiento alguno. Es cierto que, al no haber tomado partido por una responsabilidad propia y clara de la persona jurídica, resulta evidente que la responsabilidad penal de la persona física permanece e, incluso, sería la única. Sin embargo, no contemplarla es formular propuestas inacabadas.

¿Qué clase de personas jurídicas? El mundo de las personas jurídicas es muy amplio, pueden existir desde asociaciones, sociedades anónimas, partidos políticos, sindicatos, personas jurídicas de hecho, personas jurídicas de derecho público, entre otras; y sobre esto el Anteproyecto no dice nada. El Código Penal francés, en su artículo 121, se pronuncia expresamente exceptuando de la responsabilidad penal al Estado, así como a otros sujetos de especial trascendencia pública, como los partidos políticos y los sindicatos, dados los antecedentes históricos franceses de la penalización de estas asociaciones con finalidades de persecución política. Respecto a los partidos políticos y sindicatos, parece más aconsejable considerarles exentos de responsabilidad penal, dado que también en España, se les ha

perseguido penalmente⁴¹ por la vía del delito de asociaciones ilícitas; pudiendo utilizarse otras vías legislativas, como la Ley de partidos políticos o las leyes laborales. Más controvertida resulta la cuestión de la responsabilidad penal del Estado y de los organismos públicos. Los legisladores franceses, en su momento, se plantearon el problema y decidieron que, teniendo el Estado el monopolio del derecho penal, este no se podría castigar a sí mismo⁴². Aún así, se establecieron excepciones en el artículo 121, inciso 2 del Código Penal, al señalar que: «cuando se trata de infracciones cometidas en el marco de las actividades que pueden ser objeto de convenciones de delegación de servicio público (transporte escolar, recogida de basura, distribución de agua, etc.), las personas jurídicas sí responden penalmente». El legislador estaba refiriéndose a los casos, muy frecuentes en nuestros días, de delegación a empresas privadas del servicio público. No se entendería que estas empresas, por desarrollar un servicio público, estén exentas de responsabilidad penal. En general, las demandas mayores de esta responsabilidad se centran en las empresas públicas y en las empresas privadas subcontratadas por el Estado para desarrollar un servicio público. En estos casos, el tratamiento penal debería ser como el de cualquier empresa, asumiendo su responsabilidad incluso penal. El asunto de la responsabilidad penal de los organismos públicos resulta más debatido. En España, lamentablemente, tenemos ejemplos de estos supuestos en los que todo el organismo público, como sucedió con el ayuntamiento de Marbella, se dedicaba a realizar una serie de delitos de corrupción y socioeconómicos. Al margen de la imputación por el delito de asociación ilícita del artículo 515, inciso 1 del Código Penal, cabe preguntarse por la propia responsabilidad penal del ente de *lege ferenda*. En Holanda se ha debatido este tema vivamente a propósito de casos de catástrofes seguidas de muertes en las que se apreciaban errores de la Administración en la concesión, autorización y control de las actividades de riesgos. Parece que para estos casos debería seguirse ciertas reglas: 1) El organismo público no puede considerarse penalmente responsable por el servicio público o la función pública que desempeña, porque esto daría lugar a la utilización de la vía penal frente a la que debería primar que es la responsabilidad política o administrativa en estos casos. La huida de la vía judicial, para la resolución de los conflictos políticos, no parece una solución deseable. 2) Tanto el Estado, como los tribunales y el Ministerio Público, deberían ser excluidos de responsabilidad penal, pues ellos mismos encarnan la potestad punitiva⁴³. En todo caso, cualquier

41 García Pablos 1977: 17 ss.; Sánchez García de Paz 2001: 649.

42 Pradel 1996: 84.

43 En este sentido Vervaele 2006: 62 ss. Ahora bien, distinta es la cuestión de la responsabilidad penal por crímenes internacionales en la que responden los miembros de un Estado por delitos contra

demanda de responsabilidad penal a los organismos públicos debería centrarse en las infracciones graves de control y vigilancia que les corresponda, que ocasionen daños graves a bienes jurídicos importantes. Por último decir que el Anteproyecto se refiere mayormente a «la persona jurídica», pero en el último párrafo del artículo 110 lo hace refiriéndose a «la organización», con lo cual, tiene en cuenta el aspecto material de la persona jurídica, más allá de lo formal.

4. La determinación de las consecuencias accesorias: el nuevo artículo 110 del Anteproyecto

La gran novedad de la propuesta del Anteproyecto lo constituyen, en realidad, unos criterios de fundamentación (prevenir la actividad delictiva de la persona jurídica) y de modulación de las medidas (atenuantes y agravantes) para determinar la aplicación de las consecuencias accesorias.

En primer lugar, de esta propuesta debe criticarse su falta de sistematicidad: no puede regularse en un mismo artículo la fundamentación y la modulación de las medidas porque son dos cuestiones totalmente diferentes. Mientras la fundamentación se refiere al *si* de la aplicación de las medidas, la modulación se refiere al *cómo* de las mismas, y, más concretamente, al *quantum* de las mismas.

En cuanto a la fundamentación, sí atina el pre-legislador a centrarlas en la prevención de la actividad delictiva de la persona jurídica. En este punto, la propuesta toma partido por la teoría de la peligrosidad de la persona jurídica, pero no como ente en sí, sino como pasible de utilización por parte de personas físicas. En realidad, la propuesta dice: «Prevenir la continuidad de *la utilización* de la persona jurídica en actividades delictivas». En suma, el Anteproyecto opta por considerar a la persona jurídica como instrumento en manos de las personas físicas y no como entidad que puede desarrollar comportamientos peligrosos de acuerdo a una dinámica compleja difícilmente referible a personas concretas. Como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe 2, la persona jurídica (la organización) es un ente que tiene la capacidad de autoconservación más allá de sus componentes. Y aquí considero importante hacer la distinción: una es la persona jurídica fantasma, que es utilizada de tapadera de una organización criminal, y otra, muy distinta, la persona jurídica que realiza actividades sociales ajustadas a derecho pero que, ocasionalmente, realiza comportamientos que desbordan en actividades ilícitas tipificadas como delito. El Anteproyecto se pronuncia sobre este extremo cuando en el último párrafo dice tener en cuenta «la finalidad real de la organiza-

la humanidad, quienes responderían con una responsabilidad individual por un hecho colectivo. Ambos 2005; 160 ss.

ción», denotando dicha distinción obligada. Considero que «la utilización» de la persona jurídica es evidente en el caso de personas jurídicas fantasmas en manos de organizaciones criminales, pero no lo es cuando se trata de sociedades arregladas a ley que ocasionalmente comenten un delito.

Las demás propuestas del artículo 110 del Código Penal constituyen agravantes y atenuantes a tener en cuenta para modular el *quantum* de la medida. No catalogadas propiamente como tales, en realidad, la gravedad del hecho punible realizado, la extensión del daño o peligro causado, el beneficio económico obtenido y la reparación espontánea de las consecuencias del hecho punible, son criterios que sirven al juez para calibrar la peligrosidad de la actividad de la persona jurídica, la extensión del bien jurídico lesionado y el daño ocasionado a las víctimas. Todas ellas son realmente importantes para ajustar al principio de proporcionalidad la medida aplicable a la persona jurídica. Ahora bien, sí debe cuestionarse lo parco de estos criterios, pues pudieron regularse más detalladamente. Así por ejemplo, cuando se propone la reparación espontánea del daño causado, no se fijan criterios que permitan establecer el plazo en que es posible considerarlo como atenuante. No se sabe si se habrá obtenido el beneficio, si dicha reparación se produce antes de la apertura del proceso penal, del juicio oral, u otro.

De otro lado, existen dos carencias importantes respecto a posibles atenuantes que pueden ser relevantes para determinar el *quantum* de la medida aplicable a la persona jurídica. En primer lugar, se echa en falta la relevancia de la colaboración de la persona jurídica para el esclarecimiento del delito de cara a la determinación final de la medida. El organigrama de la persona jurídica, la complejidad de la misma, o la opacidad con la que a veces se toman decisiones, hace necesario tener en cuenta como sumamente relevante la posibilidad de colaborar en el esclarecimiento de los hechos para dilucidar los alcances de la responsabilidad penal personal y de la propia persona jurídica, cuando se produce un delito.

Una segunda carencia importante es el no tener en cuenta la existencia o no de códigos de conducta dentro de la propia empresa. Especialmente en el mundo empresarial se ha impuesto la idea de que la mejor prevención posible es que la propia empresa desarrolle unos códigos de conducta que sean útiles para prevenir comportamientos que aumentan los riesgos que la propia actividad empresarial desarrolla.

El tema de los códigos de conducta y su relevancia en la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha tenido especialmente interés desde la doctrina anglosajona y su influencia correspondiente en el derecho comparado. En efecto, y de manera especial desde los escándalos financieros de 2001 (Casos Enron y Worcom) se ha impuesto la necesidad de obligar a las propias empresas a desarrollar medidas preventivas y, más concretamente, códigos éticos

de comportamiento. Más aún, después de los escándalos financieros de 2008, con la caída de Lehman Brothers y la subsiguiente crisis financiera a nivel mundial, se hacen evidentes la importancia de las regulaciones económicas y la necesidad de establecer mecanismos de control y prevención de los comportamientos personales o colectivos que se producen en el seno mismo de la empresa, para no aumentar descomunalmente las posibilidades de afectar el sistema económico mundial. El *laissez faire et laissez passer* de los años noventa, en el ámbito económico, empieza a ceder espacios a la necesidad de una actuación responsable de la actividad económica, reforzándose todos los aspectos de la intervención social de la empresa, en el más amplio concepto de responsabilidad social.

La noción de responsabilidad social de la empresa engloba no solo su compromiso con una actividad económica que sirva para favorecer la creación de riqueza, sino también una obligación de respeto al medio ambiente, a los derechos de los trabajadores y un deber de no realización actividades ilícitas en general⁴⁴. Como advierte De Maglie, la predisposición de un sistema regulativo y disciplinario interno de la persona jurídica (*corporate government*) puede servir para resolver e individualizar con mayor prontitud y eficacia los puntos clave de la patología de la empresa⁴⁵. Además, la propia autorregulación es una muestra del interés y ocupación de la propia empresa por prevenir los riesgos que se desarrollan dentro de sus actividades; es, por tanto, un indicio de una actuación de control de los riesgos o actuación dentro del riesgo permitido, que es lo que finalmente puede y debe exigirse a la empresa.

En Italia y en España este tema, de los códigos de prevención o códigos éticos de autorregulación de las empresas, ha cobrado fundamental importancia. En Italia el Decreto Legislativo 231, del 8 de junio de 2001, contempla en sus artículos 6 y 7 que la responsabilidad del ente descansa en los modelos organizativos preventivos (de control y vigilancia), en tanto son el punto neurálgico de la previsión de diligencia en la gestión, para controlar el riesgo de su actividad. El mismo artículo 4, inciso 4, define cuándo nos encontramos frente un modelo eficaz: a) hay una verificación periódica o eventual modificación de la misma al percibir significativas violaciones a las prescripciones legales; b) prevé un sistema disciplinario para sancionar la falta de respeto de las medidas indicadas en el modelo. En España ha sido la doctrina más moderna sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica la que ha puesto sobre el tapete el tema. Concretamente Gómez

44 Sobre la relación entre la responsabilidad social de la empresa y la responsabilidad de la misma por delitos, Melchionda 2007: 221.

45 De Maglie 2002: 170.

Jara desde su obra «La culpabilidad penal de la empresa»⁴⁶ insiste en los códigos de autorregulación para dilucidar el fundamento de la culpa empresarial, pero también para determinar el alcance de la responsabilidad penal empresarial⁴⁷. También Nieto Martín otorga suma relevancia a este aspecto de la prevención de la actividad delictiva en la empresa en su modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas⁴⁸.

Para la determinación del qué y del cómo se aplican y ejecutan las sanciones penales a personas jurídicas debe tenerse en cuenta los criterios de proporcionalidad que rigen toda imposición de sanciones: Primero, *adecuación de la medida* para el fin propuesto que no es otro que evitar la continuidad de la actividad delictiva. Segundo, *necesidad de la medida*, esto es, no debe existir otra medida menos lesiva a derechos teniendo en cuenta que la sanción a personas jurídicas compromete derechos de terceros. Tercero, *proporcionalidad estricta de la medida*: una vez elegida la medida esta debe aplicarse en proporción al hecho cometido y a la capacidad para afectar en el futuro nuevos bienes jurídicos, sino corrige sus defectos de organización.

La variedad de las sanciones y el rodaje de la aplicación de las personas jurídicas pueden ser elementos a tener en cuenta para una mayor eficacia en la aplicación de sanciones a las personas jurídicas, porque el juez podrá evaluar con mayores posibilidades a su alcance cuál es la sanción más apropiada para la persona jurídica determinada. Existe mucha variedad en las formas de las personas jurídicas y mucha variedad en la posible actuación criminógena. Un catálogo amplio de sanciones y la capacidad del juez de ajustarlas, conforme a los principios de proporcionalidad y de prevención de delitos, puede significar un mayor rendimiento de las sanciones penales a las personas jurídicas.

5. El catálogo de medidas

Concretamente respecto al catálogo de medidas contempladas en el artículo 109 del Anteproyecto de 2009 debe decirse que hubiera sido una buena ocasión para modernizar las clases de medidas aplicables, y no simplemente reproducir el actual artículo 105 del Código Penal. Hay varias carencias a resaltar dentro de ese catálogo tan escueto. Me refiero especialmente a la multa, el comiso de las ganancias ilícitamente obtenidas y la reparación del daño causado.

46 Nieto Martín 2008: 279.

47 Más recientemente Gómez-Jara 2009: 223 ss.

48 Nieto Martín 2008: 55 ss, (81 ss., 145 ss y 199 ss.); especialmente dentro de su modelo legislativo, 322.

La *multa*, considerada en el derecho comparado como una de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas más idónea para hacer frente a la criminalidad de empresa, es quizás el aspecto más destacable. Es, en realidad, la consecuencia jurídica más utilizada en el derecho administrativo sancionador, con indudables efectos eficaces en la prevención general y la prevención especial de los comportamientos riesgosos para bienes jurídicos. Así por ejemplo, el Anteproyecto español de 2008, con buen criterio, regula una multa por cuotas o proporcional, como la consecuencia número 1 de las penas para personas jurídicas. No obstante, el sistema de determinación de la multa para personas jurídicas como «por cuotas o proporcional» no deja claro el sistema de determinación de esta sanción económica que puede poner en entredicho incluso la viabilidad de la empresa, en la medida en que afecta su patrimonio social. Un estudio por las diversas propuestas del derecho comparado podría dar más luces para superar esta dificultad, conciliando las necesidades preventivas de afligir a la empresa por su actividad delictiva, con la evitación de un daño irreparable que le impida hacer frente a sus compromisos sociales⁴⁹.

El *comiso de los instrumentos y de las ganancias del delito* se considera una institución estratégica para luchar contra la criminalidad organizada a nivel transnacional. Todas las normas internacionales de la materia hacen hincapié en la necesidad de estrangular el ciclo económico de la inversión mal habida. En este sentido, el comiso de las ganancias y/o instrumentos del delito que corresponden a personas jurídicas adquieren un tinte acentuado, toda vez que la persona jurídica suele ser utilizada para la ocultación de las ganancias ilícitas. El actual artículo 104 del Código Penal ya se ocupa del comiso de las ganancias obtenidas ilícitamente que pertenecen a la persona jurídica para cubrir la responsabilidad civil de índole pecuniaria, a los efectos de cubrir subsidiariamente la obligación de sus funcionarios o dependientes. Aunque la disposición es saludable, en la medida en que se pronuncia sobre un aspecto que suele ser olvidado por las legislaciones, propiamente el comiso de los beneficios que pertenecen a la persona jurídica, lo complicado es que lo asocia al pago de la responsabilidad civil de los realmente obligados —las personas físicas responsables del delito. Nuevamente vemos como el fantasma del principio *societas delinquere non potest* recorre este abordaje.

La *reparación del daño* como sanción, no solo en su aspecto de asunción de la responsabilidad civil *ex delicto*, es una consecuencia jurídica con amplia capacidad de rendimiento en el ámbito de las personas jurídicas, porque puede adaptarse muy bien a los fines de prevención que ha de cumplir una sanción: prevención

49 Sobre las propuestas del derecho comparado respecto a la multa como sanción aplicable a las personas jurídicas, nieto Martín 2008: 279 ss.

general, en tanto las demás empresas podrán conocer que tendrían que realizar tal reparación del daño, en caso se cometa un delito; y prevención especial, porque la misma empresa evitará continuar con actividades que impliquen riesgos a bienes jurídicos. Ha sido recomendada especialmente para los delitos contra el medio ambiente. El Anteproyecto se ocupa de este tema en el artículo 110 como un criterio para la determinación de las consecuencias accesorias, no dentro del catálogo de medidas. No obstante, su funcionalidad puede ser similar. Bien sea dicho, podía haberse previamente contemplado previamente en el artículo 109 como clase de medida.

En la realidad, la reparación del daño como sanción o como criterio para la determinación de la medida y la reparación civil correspondiente al delito, se difuminan en sus contornos. De hecho, buena parte de las demandas de sanciones a personas jurídicas provienen de la necesidad de reparar a las víctimas de los delitos perpetrados en el ámbito de la empresa. En este sentido, de *lege ferenda* debe contarse con ambas vías: la reparación del daño como sanción penal y la reparación civil para reparar a las víctimas. Cada una cumple un fin diverso, por lo que no son excluyentes, sino más bien podrían ser incluso complementarias para cubrir el amplio espectro de finalidades que se despliegan cuando una persona jurídica vulnera bienes jurídicos⁵⁰.

Con anterioridad ya nos hemos pronunciado sobre la posibilidad de imponer la obligación del pago de la reparación civil a la persona jurídica por los hechos cometidos por el directivo de la misma. Concretamente, en el caso Crousillat, se ha argumentado a favor de considerar a la empresa tercero civilmente responsable, conforme del artículo 95 del Código Penal, de acuerdo a fundamentos de orden civil y penal⁵¹. Esto debería quedar claro en el Anteproyecto, porque es asunto ineludible de justicia material.

En todos los casos de consecuencias jurídicas pecuniarias cuando se comete un delito en el ámbito de personas jurídicas, ya sea multa, comiso o reparación civil, hay una cuestión fundamental que suele ser olvidada: la necesidad de resarcir a las víctimas, porque suelen ser delitos con gran dañosidad social, algo que resultaría imposible si no se comprometiere todo el patrimonio social de la persona jurídica y se fijase simplemente teniendo en cuenta el patrimonio de los intervinientes. Un paso firme a favor de la propia responsabilidad de la persona

50 En la actualidad se produce una importante interferencia del ámbito penal en el ámbito civil, toda vez que se requiere la determinación de un delito y, por tanto, de la individualización de responsabilidades de personas físicas para proceder a la demanda de reparación civil, algo que, sin duda, produce un desmedro de la finalidad de esta última institución. Cfr. sobre estos aspectos y más sobre la responsabilidad civil en estos casos: Ramón Ribas 2009: 15 ss.

51 Zúñiga Rodríguez 2006: 59 ss.

jurídica podría resolver este tema, estableciendo una proporcionalidad de la consecuencia pecuniaria en relación con todo el patrimonio de la persona jurídica y no, como se hace ahora, en relación al patrimonio de las personas físicas, normalmente insuficiente.

6. La ejecución de las medidas

En el ámbito de las sanciones aplicables a las personas jurídicas no solo es importante *qué* sanciones se aplican sino *cómo* se aplican y ejecutan. En este sentido tanto el Código Penal vigente como el Anteproyecto son demasiado parcos. La aplicación de una sanción a la persona jurídica no es asimilable a la aplicación de las penas a las personas físicas, pues puede ser un proceso largo, complejo y que requiere de personas especializadas. Ha de tenerse en cuenta que afecta y compromete derechos y obligaciones de terceros, como trabajadores, socios, acreedores, y puede afectar al patrimonio de la persona jurídica, a su actividad social y a sus ganancias presentes o futuras.

Muy importante es determinar un grupo de personas especializadas, como interventores, curadores, especialistas en derecho Mercantil y administración de empresas, con el objeto de aplicar las sanciones de intervención de la empresa y la disolución de la misma. Este proceso puede ser muy largo y complicado, afectando intereses y derechos muy importantes, como los de los trabajadores, que solo pueden garantizarse si se procede con profesionalidad. Algo que no puede ni debe pedirse al juez penal.

7. Aspectos procesales

Las dificultades de procedimiento para la aplicación de las consecuencias accesorias se observan en diversos casos. La ausencia de regulación sobre el *status* de la persona jurídica y sus derechos y obligaciones dentro del proceso penal conlleva una importante inseguridad jurídica y, en no pocos casos, una ausencia del principio de tutela judicial efectiva. Dos dificultades son especialmente relevantes: Primero, la persona jurídica carece de legitimación para actuar como imputado en un proceso penal, lo cual limita seriamente su derecho de defensa. Segundo: la imposición de la consecuencia accesoria está vinculada a la imposición de una pena a la persona física, por tanto, el *status* de imputado solo lo puede ejercer la persona física y, sin ella, la situación procesal de la persona jurídica es realmente anómala⁵². Estas dificultades han sido observadas tanto en la doctrina como en

52 Sobre todos estos aspectos, Díaz Pita 2008: 1221 ss.

la jurisprudencia española respecto a la aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal⁵³.

La necesidad de un procedimiento, con todas las garantías procesales aplicables a las del imputado en el proceso penal, es algo clamado por toda la doctrina, pues solo así se podrá garantizar una aplicación más eficaz y justa de las consecuencias accesorias. Este procedimiento está por construirse, pues aún nada hay escrito sobre el diseño de un sistema de garantías procesales para llevar a cabo la imposición de las sanciones penales a personas jurídicas, ni su ejecución.

5. CONCLUSIONES: EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL PERUANO DE 2009 ANTE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

No puede desconocerse que, en el momento actual del debate, hay un pleno consenso acerca de imponer consecuencias jurídicas en sede penal a las personas jurídicas, cuando en su actividad social vulneran bienes jurídicos importantes. Más allá de la discusión concreta del fundamento o naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del artículo 105 del Código Penal vigente, la cuestión más relevante la constituye el hecho de determinar cuáles los criterios de aplicación de las garantías sustantivas y procesales aplicables. Ahora bien, estos necesariamente suponen una toma de postura sobre aspectos materiales de fondo, como si se tratara de una responsabilidad propia o derivada. En ambos casos habría que dilucidar también cuál sería el fundamento de la responsabilidad propia de la persona jurídica y, si se opta por la responsabilidad derivada, quiénes comprometen con su actuación a la misma y en qué casos.

Las diversas interpretaciones sobre la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias necesariamente encuentran un lugar común: los criterios de imputación de las mismas. Por la entidad de los bienes jurídicos que lesionan, por los fundamentos penales de su aplicación de carácter preventivo, consideramos que se tratan de sanciones punitivas o sanciones penales en sentido lato. Solo esta interpretación permite una adecuada aplicación de las mismas, y ayuda a establecer criterios claros de aplicación al juez. También, consideramos que una responsabilidad propia y directa de la persona jurídica es necesaria para cumplir con la pre-

53 Esta falta de claridad en el ámbito procesal explica que la AP de Barcelona, en auto de 25 de octubre, Jur 2002/39737, declare la improcedencia de la aplicación de consecuencias accesorias por parte del juez instructor en el período de la instrucción. Ahora bien, sostener que el juez instructor no puede aplicar consecuencias accesorias a personas jurídicas no es del todo cierto, toda vez que el propio 129 del Código Penal admite su aplicación como medida cautelar, aunque esta aplicabilidad de las mismas requiere matizaciones.

vención de las actividades criminógenas en las empresas. El control de los riesgos que desencadenan las diversas fases del ciclo económico, solo puede realizarse con el sometimiento de la empresa a la ley, mediante criterios de autorregulación y la amenaza de la pena.

Un elenco diverso de sanciones aplicables a las personas jurídicas permite una adecuada aplicación de la ley, en tanto que ha de adecuarse al universo de posibilidades de las formas de personas jurídicas y de su actividad delictiva, buscando la respuesta penal más idónea para lograr el objetivo de evitar la continuación de una actividad que genera de riesgos para bienes jurídicos importantes.

La determinación de personas especializadas en derecho mercantil y administración de empresas será necesaria para la aplicación y ejecución de algunas sanciones, como lo es la disolución de la actividad de la empresa y la interdicción de la misma. La complejidad de dichos procedimientos aconseja el nombramiento de profesionales.

El futuro de las sanciones a personas jurídicas todavía está en proceso de construcción. Constituye toda una nueva visión y nuevas categorías que, solo pueden irse descubriendo con una mente abierta, sin los prejuicios de conceptos tradicionales. El proceso de normativización de las categorías en el derecho penal, que no es más que la adaptación de las categorías tradicionales a las nuevas realidades sociales, tiene un buen exponente en el terreno de las sanciones aplicables a las personas jurídicas.