

# *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y de sus órganos de gestión*

Entre la dogmática y la política criminal.

**Iván Fabio Meini Méndez**

Alumno de noveno ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

«Quien puede concluir contratos, puede concluir también contratos fraudulentos o usurarios».

F. Von Liszt.

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

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

Si se acepta esta idea, habrá que aceptar también que uno de los medios más idóneos para lograr tal fin es actuar en el mercado a través de una empresa o ente colectivo. Las razones que fundamentan esta tesis son varias, destacando la acumulación de capitales que permite una mejor posición en el mercado y, por ende, una mejor posición a la hora de ofertar o demandar un bien o un servicio; el hecho que los accionistas minoritarios -generalmente titulares de la mayoría de las acciones- se muestren indiferentes ante la marcha y gestión de la empresa y esperen únicamente el reparto de utilidades cada cierre de ejercicio; y, la responsabi-

lidad limitada en el ámbito civil con el correlativo traslado del riesgo para los acreedores. Así, es fácil pensar que la constitución de una persona jurídica es el mejor camino para afrontar con éxito el competitivo mercado actual.

Sin embargo, así como hay quienes utilizan estas ficciones jurídicas<sup>(1)</sup> dentro de los límites legales, hay también -y no pocos- quienes se «esconden» detrás una empresa para facilitar su actividad delictiva, ocasionando la proliferación de delitos socio-económicos en donde la actividad del principal inculpaado está relacionada con la función que éste cumple dentro de una empresa<sup>(2)</sup>. Casos como la evasión fiscal mediante la creación de empresas ficticias, proporcionar datos falsos relativos a la situación de la persona jurídica, abusar de la posición monopólica u oligopólica que se ostente en el mercado de manera que se distorsione la libre competencia son claros ejemplos de una creciente

(1) Si bien he optado por la teoría de la ficción (Savigny) para efectos de participar de las conclusiones a las que arribaré se puede partir indistintamente de la teoría de la realidad (Gierke).

(2) Según estudios realizados a finales de la década pasada en la República Federal Alemana, más del ochenta por ciento de los delitos económicos involucraban la actuación de una persona jurídica. Cfr. ACHENBACH, Hans. «Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán». En: SILVA SÁNCHEZ, J.M. (editor). Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 381. En el ámbito nacional «el quince por ciento de los delitos económicos acarrear un perjuicio patrimonial equivalente al conjunto de perjuicios ocasionados por el resto de delitos contra el patrimonio». Cfr. «Informe de la Comisión Investigadora de Grupos Paramilitares. Una lucha cívica contra la impunidad». Manuel Piqueras, (editor). Lima, 1990, pág. 124. Citado por: CHIPOCO CÁCEDA, Carlos. Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal. Tipificación de uso indebido de información privilegiada. Este dato, junto a la inclusión en el Código Penal de 1991 de delitos socio-económicos hacen pensar que el legislador ha tenido en cuenta el incremento de la criminalidad empresarial.

delincuencia empresarial.

Ahora bien, como ha puesto de relieve Zugaldía, el aumento de empresas relacionadas con nuevas formas de delincuencia socio-económica exige, desde un punto de vista político-criminal, la derogación de la fórmula *societas delinquere non potest*<sup>(3)</sup>. Piénsese en «la posibilidad de delitos cometidos por administradores, no en ejercicio de iniciativas personales, sino de directrices de la política empresarial o de las decisiones de la asamblea. Castigar en estos casos sólo al administrador sería dejar impune al centro discrecional»<sup>(4)</sup>.

Sin embargo, desde el **punto de vista dogmático**, se reconoce la imposibilidad de exigir responsabilidad penal a los entes colectivos por impedirlo los conceptos de acción, culpabilidad y pena<sup>(5)</sup>. Determinar si la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es conveniente o en todo caso facilita la misión que se le ha encomendado al Derecho Penal -a saber, la exclusiva protección de bienes jurídicos-, sin dejar de lado las garantías y principios del Derecho Penal en un Estado de Derecho, constituye el objeto de estudio de la presente investigación y el fundamento que permitirá la toma de postura y el contraste de ésta con la legislación nacional.

## 2. SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST. CRÍTICAS.

Básicamente son tres los fundamentos esgrimidos por quienes postulan la vigencia del mencionado principio: la falta de capacidad de acción, la falta de culpabilidad y la consiguiente falta de capacidad de pena.

Antes bien, conviene precisar que si la «empresa adquiere una forma jurídica y, en ese sentido, aparece en el mundo de la normatividad jurídica como persona colectiva o como persona jurídica, entonces, aquello

que era tan sólo una unidad organizativa de carácter esencialmente económico, pasa ahora a ser una persona jurídica; pasa a ser un centro autónomo de imputación jurídica, aunque construido»<sup>(6)</sup>.

Esta afirmación, que *a priori* puede inducirnos a pensar que las personas jurídicas son responsables en todas las ramas del Derecho, no constituye fundamento válido para afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los entes colectivos podrán ser responsables ante una determinada rama del Derecho (civil, tributario, administrativo e incluso penal) en tanto y en cuanto reúnan los requisitos que exige dicha rama del Derecho para poder ser sancionada.

### 2.1. Falta de capacidad de acción.

La primera objeción formulada contra quienes postulan la responsabilidad penal de las personas jurídicas es que, con independencia de que se opte por la teoría causal, final o social de la acción, ésta siempre importa una conducta voluntaria<sup>(7)</sup>, por lo que si la decisión de cometer el delito es tomada al interior del ente colectivo, en realidad no es otra cosa que la exteriorización del acuerdo de los miembros que componen el órgano de deliberación, que en la mayoría de casos será el directorio o la asamblea general de accionistas. En tal medida, la voluntad de la persona jurídica es la suma de votos o el acuerdo tomado por un conjunto de personas naturales, pero no una voluntad individual y separable de la de sus miembros. Aun cuando para el Derecho Civil, el ente colectivo sí tenga independencia respecto de sus miembros, no podemos negar que la formación de la voluntad de la empresa es simplemente la suma de votos de sus directores o de sus accionistas respecto a una posibilidad determinada.

Al respecto, Zugaldía señala que las actuales categorías jurídico-penales no pueden ser aplicadas a

(3) ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. «Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*». En: Cuadernos de Política Criminal. No. 11, 1980. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de la personas jurídicas». En: Cuadernos de Política Criminal. No. 53, 1994.

(4) ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. «Capacidad de acción...» Op. cit., pág. 614.

(5) Loc. cit.

(6) DE FARIA COSTA, José. «La responsabilidad penal de la empresa y de sus órganos (o una reflexión sobre la alteraridad en las personas colectivas a la luz del Derecho Penal)». En: SILVA SÁNCHEZ, J.M. (editor). Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 430-431.

(7) BARBERO SANTOS, Marino. «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?». En: Doctrina Penal. Año 9, 1986, pág. 404.

supuestos distintos para los cuales han sido creadas, por lo que teniendo en cuenta que al no haberse pensado en la posibilidad de que llegara un día en que fuera necesario exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas, no debe resultar extraño que los esquemas actuales del Derecho Penal colisionen con tal posibilidad<sup>(8)</sup>. Encuentro lógica a este argumento. Nadie puede negar que hoy en día trabajamos con definiciones y categorías dogmáticas que fueron concebidas para reprimir la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos individuales por parte de seres humanos, pero, ¿qué pasa cuando la sociedad llega a un nivel tal de desarrollo que ciertas conductas impensables antaño pasan a ser comunes, conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos colectivos como el medio ambiente o la salud pública? Definitivamente, las categorías y conceptos penales, tal como se conciben en un determinado momento histórico no siempre podrán servir, habrá que estar a la vanguardia, de manera que respetando siempre la esencia del Derecho Penal en cuanto *ultima ratio*, exista la posibilidad real de proteger los bienes jurídicos y sancionar a las personas que los lesionan. En suma, no es correcto preguntarse por la capacidad de acción de las personas jurídicas partiendo de un concepto de acción exclusivamente válido para seres naturales<sup>(9)</sup>.

Como se puede deducir, la necesidad político-criminal planteada anteriormente genera, al menos, que se tenga que pensar en la posibilidad de que los conceptos y categorías utilizadas actualmente por la dogmática penal puedan cambiar<sup>(10)</sup>. Se trata entonces de que el Derecho Penal cumpla con tutelar bienes jurídicos imprescindibles para la vida en sociedad frente a los ataques más graves, y si el cumplimiento cabal de esta función implica el cambio de categorías y conceptos pues habrá que modificarlos por más clásicos que sean. En tal sentido se expresa Jakobs cuando sostiene que «ya para las personas físicas la comprobación de si concurre acción no se resuelve desde un punto de vista exclusivamente naturalístico (...) lo importante es la

determinación valorativa del sujeto de la imputación, es decir, qué sistema psicosomático se trata de juzgar por sus efectos exteriores (...) Los estatutos y los órganos de una persona jurídica se pueden definir también como sistema, en el cual lo interno -paralelamente a la situación de la persona física- no interesa (ejemplo: el acuerdo de dos órganos para cometer un delito no es aún actuar delictivo de la persona jurídica), pero si interesa el *output*. Las actuaciones de los órganos con arreglo a sus estatutos se convierten en acciones propias de la persona jurídica»<sup>(11)</sup>.

---

*“En suma, no es correcto preguntarse por la capacidad de acción de las personas jurídicas partiendo de un concepto de acción exclusivamente válido para seres naturales”*

---

Más allá de presentar y evaluar la posibilidad concreta de variar el concepto de acción para que las conductas de las personas jurídicas puedan ser reprimidas por el Derecho Penal, lo cierto es que en la actualidad negaremos la capacidad de acción a las personas jurídicas desde que el artículo 11 del Código Penal peruano establece que son delitos las acciones u omisiones **dolosas y culposas** penadas por la Ley (nótese que se hace referencia solamente a conductas voluntarias), de donde se concluye que solamente las persona naturales

---

(8) ZUGALDÍA ESPINAR, Jose Miguel. «Conveniencia...» Op. cit., pág. 73.

(9) ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. «Capacidad de acción...» Op. cit., págs. 621-622.

(10) Babero Santos sostiene, haciendo mención a los conceptos de acción, de culpabilidad y de capacidad de pena, que «aplicados a la persona jurídica, estos conceptos tienen un contenido radicalmente distinto que aplicados a la persona física. Se trata de un Derecho Penal paralelo». BABERO SANTOS, Marino. Op. cit., pág. 413. En el mismo sentido, Zugaldía Espinar, quien propone radicalmente la creación de un Derecho Penal para las personas jurídicas.

(11) JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalo de Murillo. Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 182.

son capaces de acción<sup>(12)</sup>, ya que son ellas las que pueden actuar dolosa o culposamente y no las empresas.

## 2.2. Incapacidad de culpabilidad.

La segunda objeción para aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas está relacionada con la capacidad de culpabilidad. Al margen del concepto dogmático de culpabilidad que se prefiera<sup>(13)</sup>, se afirma que no se puede atribuir el hecho antijurídico a la persona jurídica toda vez que es necesaria una conexión psicológica entre el sujeto, el hecho y la norma penal en cuanto busca motivar al sujeto a quien se dirige con el mensaje de no realización del hecho antijurídico. Esta conexión psicológica, utilizando las definiciones que se manejan actualmente en doctrina sobre culpabilidad y teniendo en cuenta su regulación positiva, no se presenta en el caso de los entes colectivos. Así, tenemos que la regulación general de los supuestos legales de ausencia o atenuación de la culpabilidad fundamentan este argumento. Solamente una persona natural puede desconocer el tipo del injusto (artículo 14, numeral 2 del Código Penal); puede ser inimputable (artículo 20, numerales 1 y 2); y se le puede exigir otra conducta (artículo 20 numerales 5 y 7)<sup>(14)</sup>.

Pero al igual que en el caso anteriormente analizado de falta de capacidad de acción, este argumento tendrá validez en la medida en que no se acepte un concepto de culpabilidad apto para los entes sociales y mientras se siga trabajando con un concepto de culpabilidad exclusivamente pensado para seres humanos.

Hoy en día, cierto sector de la doctrina se inclina por dejar a salvo la dogmática tradicional construida en base a la persona física y elaborar nuevos

conceptos de acción y culpabilidad válidos para personas jurídicas<sup>(15)</sup>, llegando a sostener que «las personas jurídicas son destinatarias de las normas jurídicas en cuanto pueden producir los efectos exigidos por dichas normas; deduciéndose que al mismo tiempo que pueden ser autoras de una infracción, esto es, que pueden realizar ‘acciones’ (contratos, adopción de acuerdos, etc.) que se expresan a través de las acciones de sus órganos y representantes, pero que son -al mismo tiempo- acciones de la persona jurídica (también el coautor y el autor mediato responden de su propio acto aunque éste se realice total o parcialmente a través de otro)»<sup>(16)</sup>. Esta nueva corriente sostiene que la culpabilidad de la empresa es una culpabilidad por defecto de organización, la cual se presenta cuando la empresa omite las acciones que le son exigibles y que están destinadas a evitar la comisión de delitos relacionados con el giro de la empresa. En buena cuenta, la empresa tiene que garantizar que su actividad se desarrolle conforme a Derecho. Como se ve, afirmar que las personas jurídicas son capaces de culpabilidad depende del concepto de culpabilidad que se utilice<sup>(17)</sup>.

## 2.3. Falta de capacidad de pena.

La tercera objeción en contra de la aceptación del principio *societas delinquere non potest* radica en la capacidad de punibilidad. Se afirma que las personas jurídicas no pueden ser sancionadas con pena privativa de libertad ya que es materialmente imposible encerrarlas en un centro penitenciario. Esto es cierto, pero también lo es el hecho que la pena privativa de libertad no es la única que prevé nuestro ordenamiento jurídico, existen penas privativas de derechos, restrictivas de

---

(12) En tal sentido: MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte general. PPU, Barcelona, 1990, pág. 190; HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal. Parte general. Segunda edición. EDDILI, Lima, 1987, pag. 339; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Lecciones de Derecho Penal. Parte general. Cuzco, Lima, 1991, pág. 114; CARO CORIA, Carlos. «La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma penal de 1991». En: Themis. Revista de Derecho. Segunda Época. No. 24, 1992, pág. 72.

(13) Sobre las distintas teorías acerca del contenido material del concepto de culpabilidad en Derecho Penal: ROXÍN, Claus. Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée. PPU, Barcelona, 1992, págs. 115-143.

(14) CARO CORIA, Carlos. Op.cit., pág. 72.

(15) Por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. «Capacidad de acción...» Op.cit., págs. 623-624.

(16) TIEDEMANN, Klaus. Citado por: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. «Capacidad de acción...» Op.cit., págs. 624.

(17) La idea esbozada por Bajo al defender la incapacidad de culpabilidad de las personas jurídicas es bastante clara. Este autor señala, al referirse al principio de culpabilidad que «estamos utilizando la expresión culpabilidad no en el sentido estrictamente normativo, sólo utilizado en la moderna dogmática jurídico-penal, sino en el sentido más común de dolo y culpa o imprudencia». BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo actual». En: Cuadernos de Derecho del Poder Judicial. Madrid, pág. 110. Así pues, es claro que la conclusión a la que se llegue va a estar condicionada por el concepto que se utilice.

derechos y la pena de multa.

Lo cierto es que existen otros argumentos de mayor peso, como la necesidad de vincular la legitimidad de la pena a un reproche, evitando de esta manera la instrumentalización de la persona al imponerle una pena. «En tal sentido, se argumenta que quien impone una pena sin que la persona que va a ser castigada merezca un reproche por el hecho cometido; o en todo caso, cuando merezca un reproche menor que el que correspondería a la medida de la pena, incluye a aquella persona -a diferencia de lo que ocurre en el caso de la pena merecida- entre los objetos del derecho de cosas. Dicho de otro modo, se argumenta que la pena no debe regirse exclusivamente por la utilidad pública que se espera de ella, sino que debe mantenerse dentro del marco de la culpabilidad del autor»<sup>(18)</sup>. Como se percibe, la pena guarda una relación bastante estrecha con la culpabilidad, aunque ciertos autores prefieran renunciar a ella por razones de utilidad<sup>(19)</sup>.

Es claro pues, que solamente se puede imponer una sanción penal a quien puede evitar comportarse de la manera prohibida, esto es, el sujeto en quien recaiga la pena tiene que ser motivable, de ahí la relación entre culpabilidad y pena. La norma penal desencadena en los individuos determinados procesos psicológicos que les inducen a respetar los bienes jurídicos que dicha norma tutela, siendo del caso que estos mecanismos psicológicos no se presentan aislados sino que forman parte de un complejo proceso llamado motivación<sup>(20)</sup>. No voy a entrar a discutir si la motivación opera mediante la amenaza de imposición de pena o mediante la convicción de la legitimidad del Derecho Penal, ya que de una u otra forma siempre estaremos en presencia de la motivación, lo cierto es que si se afirma que las personas jurídicas son capaces de culpabilidad se podrá afirmar que son sujetos que puedan recibir una pena.

## 2.4. Conclusiones preliminares.

a. Lo que hasta este momento he pretendido es demostrar que si se viene negando la responsabilidad

penal de las personas jurídicas, es porque las categorías utilizadas que fundamentan la punibilidad, a saber, acción y culpabilidad, han sido dadas exclusivamente para las personas naturales, por lo que es lógico sostener, en base a dichas categorías, que los entes colectivos no son ni pueden ser responsables penalmente. Sin embargo, el nivel de análisis no debe agotarse en este punto. Hay que cuestionarse si puede existir un concepto de acción, un concepto de culpabilidad y una pena aplicable a las empresas que sirvan para fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Ya hemos visto que a nivel doctrinario hay ciertos avances en tal sentido, más aun, países como Estados Unidos de Norteamérica, Holanda, Francia, Canadá y Australia son partidarios de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. Así también, el Comité de Ministros Europeo propuso a sus miembros en la Recomendación No. R(88) 18, del 20 de octubre, que se exija responsabilidad penal a las personas jurídicas y se prevean sanciones penales para las empresas siempre y cuando lo requiera: a) la naturaleza de la infracción; b) la gravedad de la infracción; c) el efecto para la sociedad; y, d) la necesidad preventiva<sup>(21)</sup>.

b. Si se quiere responsabilizar penalmente a las asociaciones habrá que tener presente que se acudirá al Derecho Penal siempre como *ultima ratio*, cuando las demás ramas del ordenamiento jurídico -en especial el Derecho Administrativo- no sean eficaces para prevenir y reprimir los hechos cometidos en o por un ente colectivo.

Desde ya adelante que para postular la derogación de la cláusula *societas delinquere non potest* tendremos que adecuar las categorías antes estudiadas teniendo siempre presente los fines del Derecho Penal. En suma, tendremos que analizar si políticamente vale la pena esa adecuación, teniendo en cuenta la importancia y gravedad de «los delitos cometidos por personas jurídicas».

La cuestión de si es posible, útil y si verdaderamente vale la pena que el Derecho Penal sancione a las personas jurídicas, encuentra respuesta no en concep-

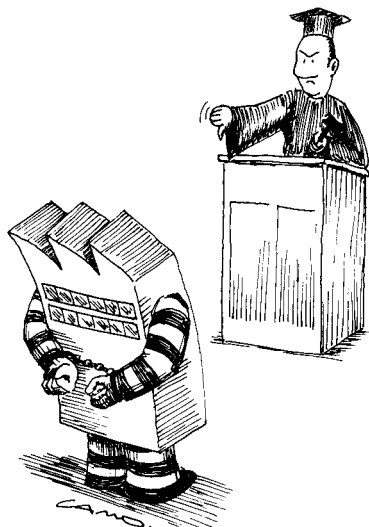
(18) JAKOBS, Günther. «El principio de culpabilidad». En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Setiembre-diciembre 1992, pág. 1052.

(19) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?». En: Estudios de Derecho Penal. Tecnos, Madrid, 1990. Este autor sostiene que «prescindo de la culpabilidad por el carácter y argumentando únicamente con el criterio de que la pena, por el sufrimiento que supone para sujetos cuya capacidad de autodeterminación ignoramos, sólo puede ser empleada por el Estado cuando esté en situación de explicar su necesidad social...». Pág. 154.

(20) MUÑOZ CONDE, Francisco. «Derecho Penal y control social (sobre la función motivadora de la norma jurídica penal)». En: Derecho Penal y control social. Fundación Universitaria de Jerez, Jerez de la Frontera, 1985, pág. 31.

(21) BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Op.cit., pág. 103.

tos dogmáticos (que como ya precisé, pueden y deben cambiar con el tiempo en la medida en que sea necesario), sino en base a principios inherentes al Derecho Penal, principios que no pueden variar con el tiempo en un Estado de Derecho. Me refiero básicamente a la concepción de un Derecho Penal de mínima intervención (subsidiario y fragmentario).



### 3. DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

El Derecho Penal subjetivo no es la única manifestación del poder sancionador del Estado. La Administración Pública, en la medida en que aplica sanciones por ilícitos administrativos, ejerce también este poder. Ambos son parte de un Derecho coercitivo estatal.

En esta línea de pensamiento, Suay Rincón señala que «la consolidación del principio de subsidiariedad penal en un Estado de Derecho es la culminación de un proceso histórico que ha conducido a atribuir a la Administración una cuota importante del *ius puniendi*, consagrándose de manera definitiva el Derecho Administrativo sancionador»<sup>(22)</sup>.

Entiendo que una de las grandes diferencias entre el Derecho sancionador (que puede ser o bien Derecho Penal o bien Derecho Administrativo sancionador) y las demás ramas del ordenamiento jurídico, es que la primera impone una sanción mientras que las segundas no lo hacen, se limitan simplemente a buscar la reparación del daño causado. Esta afirmación puede parecer bastante obvia, pero hay que ir al plano práctico para darse cuenta de su trascendencia. Cuando se incumple un contrato, el juez civil ordenará la ejecución forzada, la ejecución por tercero o la resolución del contrato y el pago de la indemnización; en cambio, en el campo del Derecho sancionador, el Estado impone no solamente la reparación del daño sino un castigo que no tiene como fundamento el resarcimiento del daño producido. En pocas palabras, cuando se exige al sujeto activo algo más que el resarcimiento del daño causado, estaremos ante el Derecho sancionador, el cual puede manifestarse en su forma clásica de Derecho Penal o como Derecho Administrativo sancionador.

Consecuencia de esto es que el Derecho Administrativo sancionador tenga que respetar determinados principios del Derecho sancionador, género al cual pertenece.

Materialmente, las sanciones administrativas y las penales son bastante similares. En efecto, si analizamos que las penas y las medidas de seguridad del Derecho Penal tienen que ser impuestas por jueces independientes en un proceso según las reglas del Derecho Procesal teniendo como presupuesto necesario la comisión de un hecho tipificado como delito o falta<sup>(23)</sup>, veremos que también las sanciones administrativas requieren la comisión de un ilícito administrativo y tienen que ser impuestas por un órgano competente en estricta observancia de los procedimientos administrativos.

En esta línea de pensamiento, la diferencia entre las sanciones penales y las sanciones administrativas es meramente cuantitativa. La sanción administrativa encontrará su justificación únicamente en su proporción a la gravedad de la infracción y en su necesidad, tal y como sucede con la pena en el Derecho Penal<sup>(24)</sup>.

(22) SUAY RINCÓN, José. «El Derecho Administrativo sancionador como Derecho garantizador y como alternativa al Derecho Penal». En: Revista del foro canario. 1993-I, pág. 190. TERRADILLOS BASOCO, Juan. «El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa». En: El delito ecológico. Trotta, Madrid, 1992, pág. 85.

(23) CEREZO MIR, José. «Límite entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo». En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1971, pág. 160.

(24) Ibidem, pág. 165.

Sin embargo, muchas veces las sanciones administrativas son más drásticas y severas que las penales, tal como ocurre en el caso de las multas, en donde las impuestas por los jueces penales son generalmente inferiores a las impuestas por la Administración Pública<sup>(25)</sup>.

Se puede afirmar que hasta la fecha no se ha podido identificar la diferencia cualitativa, si es que la hay, entre estos dos tipos de sanciones estatales. Es más, son varios los supuestos en que la inobservancia de una norma administrativa ha sido elevada a la categoría de delito. En ese sentido el artículo 5, literal a) del la Ley Penal Tributaria (Decreto Legislativo No. 813) sanciona a las personas que estando obligadas por las normas incumplen su obligación de llevar libros y registros contables. No pretendo entrar a discutir la legalidad de este precepto, simplemente quiero llamar la atención de que existen casos en que por razones de política criminal -que no siempre se comparten- se equipara el bien jurídico penal al bien jurídico administrativo.

Las normas penales, administrativas, civiles, laborales y, en general, cualquier norma jurídica protege un determinado bien jurídico. En el campo del Derecho Penal hablaremos del bien jurídico penal, que se diferencia de los demás bienes jurídicos tutelados; es que siendo el Derecho Penal una rama del ordenamiento jurídico subsidiaria y fragmentaria brindará su protección a aquellos bienes que realmente merezcan, necesiten y sean capaces de tal protección. Así, cabe hablar de bien jurídico penal, administrativo o laboral, dependiendo de la rama del Derecho en que nos encontremos.

Se argumenta que si el Derecho Penal previera sanciones penales para las personas jurídicas (desde una multa hasta la disolución), la sanción se haría extensiva a inocentes ya que generalmente son los directores quienes perpetran el delito y quienes se benefician del mismo. Entiendo que esta crítica, acertada por cierto, se convierte en un *boomerang* para quienes quieren dejar al Derecho Administrativo la sanción para los entes colectivos ya que ocurre exactamente lo mismo cuando la multa, suspensión o disolución es decretada por la Administración Pública.

Ante estas ideas, cabe cuestionarse si conviene que el Derecho Penal modifique el contenido de sus

categorías más importantes, a saber, capacidad de acción, capacidad de culpabilidad y capacidad de pena. Entiendo que lo más importante es que el Derecho Penal habrá de amparar como bienes jurídicos condiciones de vida social, en la medida de las posibilidades de participación de individuos en el sistema social<sup>(26)</sup>. Así, también, soy de la opinión que en base a las consideraciones dadas no conviene que el Derecho Penal, reservado para intereses supremos, se encargue de la responsabilidad penal de los entes colectivos, dejemos que el Derecho Administrativo sancionador se siga encargando de tratar dicha responsabilidad, ya que lo hace y lo hará tan bien o tal mal y producirá tantos beneficios o perjuicios como lo haría el Derecho Penal. En buena cuenta, si partimos de que los tribunales penales deben encargarse de casos más graves que los que se tramitan ante órganos administrativos, no recarguemos a los primeros con faenas que bien pueden desarrollar los segundos.

#### 4. TOMA DE POSTURA.

Comparto la vigencia de la fórmula *societas delinquere non potest*, no porque las categorías actuales del Derecho Penal impidan responsabilizar penalmente a los entes colectivos, ya que si fuera necesario habría que darles un nuevo significado o ampliar sus límites, sino porque la necesidad que el sea el Derecho Penal el que se encargue de sancionar a las personas jurídicas no amerita ese cambio. Si recordamos lo dicho anteriormente en el sentido que el Derecho Administrativo sancionador, al igual que el Derecho Penal, castiga y no solamente repara el daño ocasionado, habrá de castigar utilizando determinados criterios, principios y garantías propias del Derecho sancionador. En buena cuenta, habrá de utilizar los mismos criterios, principios y garantías -siempre que sean compatibles y necesarios- que utiliza el Derecho Penal, pero con la salvedad que no se trata de un proceso mecánico de traslado sino que será necesario realizar un análisis de compatibilidad. En tal sentido se ha manifestado la jurisprudencia española en la sentencia STC 246/1991, del 19 de diciembre, en la que se estableció que en el campo del Derecho Administrativo, para efectos de responsabilizar a las personas jurídicas, es de aplicación el principio de

---

(25) Al respecto, y a manera de ejemplo, el Decreto Legislativo No. 807, cuyo artículo 11 modifica el artículo 23, literal a) del Decreto Legislativo No. 701, en cuanto establece que el INDECOPI, en determinados supuestos, puede imponer multas superiores a las mil UITs. Esta sanción administrativa es muy superior a las cifras señaladas en tribunales penales por concepto de multas.

(26) MIR PUIG, Santiago. Op.cit., pág. 102.

culpabilidad utilizado en Derecho Penal con ciertas restricciones y adaptaciones propias<sup>(27)</sup>.

En doctrina nacional, Danós advierte que los principios de orden constitucional extraídos del ordenamiento administrativo o penal que resultan aplicables a la potestad sancionadora de la Administración Pública son el principio de legalidad, el de retroactividad benigna, el derecho a la presunción de la inocencia y el principio *non bis in idem*<sup>(28)</sup>.

Entiendo que los lineamientos dados por Danós deberían, tal como él propone, ser aplicados en nuestro medio aun en ausencia de una norma constitucional o legal que explícitamente lo permita, ya que al tratarse de la imposición de una sanción, ésta tiene que obedecer a ciertos principios que fundamenten ese plus adicional a la simple reparación del daño que significa toda sanción.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto encuentro que el hecho que sea la Administración Pública y no los jueces penales la encargada de imponer sanciones a las empresas -salvo las consecuencias accesorias- no resuelve el problema de manera satisfactoria, aunque no se puede negar que es la solución menos criticable entre las malas.

Considero que de las tres opciones que tenía (dejar la sanción de los entes colectivos al Derecho Penal, a la Administración Pública o que la sanción administrativa la imponga el juez penal en el proceso penal), la elegida por el legislador penal de 1991 no escapa a las críticas expuestas. La utilización de las consecuencias accesorias establecidas en el Capítulo II, Título VI del Libro II del Código Penal (privación de beneficios de la persona jurídica para cubrir la reparación civil, y las medidas aplicables a las personas jurídicas como la clausura temporal o definitiva, disolución, suspensión de actividades o prohibición de realizar las actividades de la clase de aquéllas en cuyo ejercicio se haya cometido el delito) son sanciones administrativas impuestas por un juez penal.

Ante la imposibilidad o inviabilidad legal de aplicar penas o medidas de seguridad a los entes colectivos, estas consecuencias accesorias proceden no aisladamente dentro de un proceso penal, sino que requieren de una sentencia (de ahí su carácter de accesoriedad) e imponen una penalidad aplicable a la persona jurídica que encuentra su origen en la comisión de un delito cometido en ejercicio de la actividad de la empresa o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo (de ahí que sea una consecuencia). Formalmente no se trata de una sanción penal ni de una medida de seguridad desde que no se encuentran previstas por el Código Penal ni en ley especial alguna, es una sanción de índole administrativa que no escapa a las críticas anteriormente formuladas.

## 5. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ÓRGANOS DE GESTIÓN DE LA EMPRESA.

El caso de la responsabilidad penal de los órganos de gestión de la empresa<sup>(29)</sup> en el supuesto de comisión de delitos comunes no ofrece dificultad ya que la **calificación típica de la conducta** no será distinta que el supuesto en que no haya de por medio una persona jurídica y la **calificación del autor** podrá responder a cualquiera de las categorías sobre autoría y participación que se prevén en el Capítulo IV del Título II, Libro Segundo, del Código Penal de 1991.

En otras palabras, si el gerente o el director de una empresa ejecuta un homicidio o una estafa, responderá penalmente por dicha conducta. Al no exigir el tipo del injusto alguna característica especial del autor, habrá tantos problemas para imputar el delito al autor que ejerce el cargo gerencial como para imputarlo a quien no ejerce dicho cargo. La condición de «órgano de representación», en estos casos, es irrelevante. Sucederá lo mismo en el caso de delitos especiales impropios, en los que la conducta bien puede subsumirse en el correlativo delito común.

---

(27) Al respecto, Bajo Fernández sostiene que aplicar el principio de culpabilidad de manera diferente, puede ser el inicio para que se cree un Derecho Penal sancionador de personas jurídicas, distinto del Derecho Penal estricto y de aquellos otros sectores excepcionales como el Derecho Penal de peligrosos, de inimputables, adultos y menores, lo que vulneraría «los principios garantistas liberales de la libertad individual frente al poder político: en este caso, el de culpabilidad y el de personalidad de penas». BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Op.cit., pág. 106. Por su parte Zugaldía participa de esta innovación jurisprudencial.

(28) DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. «Notas acerca de la potestad sancionatoria de la Administración Pública». En: Ius et Veritas. Año V. No. 10, págs. 149-160. En especial, págs. 151-155.

(29) Cuando hago mención a «órganos de gestión de la empresa», me refiero a los gerentes, miembros del directorio y, en general, a quienes ostentan cargos gerenciales y de dirección al interior de una determinada empresa pública, privada o de economía mixta.



## 5.1. Actuar por otro.

Pero, ¿qué pasa si se trata de un delito especial propio? En principio la persona natural que realmente actúa y lesiona el bien jurídico no podría ser sancionada por no concurrir en él determinados elementos especiales que sí concurren en la persona jurídica a nombre de la cual actúa, siendo que la conducta que el legislador precisamente pretendía evitar no podría ser castigada por ser atípica. Ante esta situación el legislador tiene dos opciones: o sancionar expresamente en los tipos de la parte especial donde mayormente se presenten estos casos a las personas físicas que actúan en nombre de las empresas o crear un precepto general que permita esta sanción en todos los casos en que se presente este tipo de problema<sup>(30)</sup>. De suerte que el legislador nacional optó por la segunda posibilidad, positivizando lo que la doctrina ha denominado el **actuar por otro o el actuar en lugar de otro**, según el cual «el que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable penalmente como autor, aunque no concurren en él, y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, los elementos especiales que fundamentan la punibilidad del tipo» (artículo 27 del Código Penal peruano).

Considero que fue la mejor opción tanto desde el punto de vista de economía legislativa -basta con una única cláusula ubicada en la Parte General para que sea aplicable a todos los casos- como desde el punto de vista de la seguridad jurídica -ya que en los casos para los cuales no se hubiera previsto y fuera necesaria existiría una verdadera laguna de punibilidad-.

En relación a la naturaleza jurídica del actuar por otro, existen dos posturas. Por un lado, quienes se inclinan por «la tesis de la **disociación de los elementos del tipo** y, en consecuencia, estiman decisiva la relación

interna y formal del individuo actuante con la persona jurídica sobre quien recae la condición específica de autor del delito especial»<sup>(31)</sup>, en otras palabras, que el ejecutor tenga algún cargo gerencial o de representación en la persona jurídica y, por otro lado, quienes como Gracia Martín sostienen que lo fundamental es equiparar materialmente la conducta del autor material con la del sujeto idóneo para realizarla<sup>(32)</sup>. Personalmente, participo de esta segunda postura ya que toma en cuenta la relación entre el sujeto que actúa y el bien jurídico tutelado y, además, requiere, aparte de la condición de directivo u órgano de dirección (lo que aparentemente requeriría de forma exclusiva la teoría de la disociación de los elementos del tipo) que en la perpetración del delito se den elementos de equivalencia con los del sujeto idóneo del delito especial<sup>(33)</sup>. El artículo 27 de nuestro Código Penal recoge esta tesis al exigir que el autor realice el tipo legal de un delito. Aceptar lo contrario sería reconocer responsabilidad objetiva en el campo del Derecho Penal, proscrita por el artículo VII del Título Preliminar.

### 5.1.1. *Actuar por otro vs. societas delinquere non potest.*

Contra lo que un sector de la doctrina nacional y extranjera sostiene<sup>(34)</sup>, la incorporación del actuar por otro no es consecuencia del reconocimiento legal de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, el artículo 27, entrando ya a nuestra legislación, nada dice sobre la validez o no del principio *societas delinquere non potest*. Así, tampoco comparto el sentir de Mir Puig, quien sostiene que «el nuevo precepto (refiriéndose al actuar en nombre de otro) nace para evitar lagunas derivadas de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que presupone ésta»<sup>(35)</sup>. En suma, creo que aun cuando se reconozca responsabilidad penal a los entes colectivos sería necesario el man-

(30) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal. Parte general. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993. págs. 209-210.

(31) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op.cit., págs. 377-378. Este autor simplemente hace referencia a esta teoría ya que al final de su exposición toma postura por la teoría de la equivalencia material.

(32) GRACIA MARTÍN, Luis. «El actuar en nombre en lugar de otro». En: Derecho Penal II. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1986, págs. 83 y ss.

(33) En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op.cit., pág. 378.

(34) En Perú: PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal I. Estudio programático de la parte general. Grijley, Lima, 1996, pág. 287. En España: RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Derecho Penal español. Parte general. Dykinson, Madrid, 1993, pág. 396; MIR PUIG, Santiago. Op.cit., pág. 186.

(35) MIR PUIG, Santiago. Op.cit., pág. 186.

tenimiento del actuar por otro.

Entiendo que es así ya que la figura del actuar por otro nace como solución a una laguna legal de punibilidad. La persona que realiza la acción que la norma penal pretende evitar no podía ser castigada por no reunir ciertas condiciones. Nótese que es la persona natural, en este caso el representante, órgano autorizado o socio autorizado que realiza la acción, y no la persona jurídica, y si se ha decidido sancionar a la persona natural no es porque ostente el cargo de representante de la empresa sino porque es quien realiza la acción prohibida en ejercicio del cargo que ostenta. Además, si sostenemos que debido a que no se puede imputar irresponsabilidad penal de los entes colectivos es que existe la fórmula del actuar por otro, podríamos sostener que si se reconoce responsabilidad penal a las personas jurídicas ya no sería necesario la positivización de la fórmula del actuar por otro<sup>(36)</sup>. Si por razones de política criminal aceptamos la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tendríamos que castigar también -por las mismas razones político-criminales- a las personas naturales que actúan en nombre de la empresa. Tengamos en cuenta que son las personas naturales las autoras materiales del delito y dejarlas impunes, porque ya se impuso una pena a las empresas que representan, sería una verdadera laguna de punibilidad.

Piénsese en el caso de un delito de quiebra fraudulenta (artículo 209 del Código Penal). Supongamos que la empresa ABC ha sido declarada en quiebra y su gerente simula deudas para que el balance de la compañía arroje una pérdida mayor a la realmente existente. En este caso, es claro que el beneficio no es para el gerente, sino para la empresa ABC. Si reconociéramos responsabilidad penal a los entes colectivos tendríamos que sancionar penalmente a ABC, pero también tendríamos que sancionar penalmente al gerente aunque haya actuado en beneficio de la empresa, ya que fue con su conducta que lesionó el bien jurídico protegido. Dejarla impune porque no reúne ciertos requisitos formales sería por demás injusto. La figura del actuar en nombre de otro no compensa la falta de acción, sino simplemente la ausencia de características típicas de la autoría en la persona del autor<sup>(37)</sup>.

Una idea más, la aplicación del actuar por otro importa la existencia de un delito, así como la identi-

cación del autor material del mismo; ya que lo contrario -sancionar al representante legal por la comisión de un delito en el interior de la empresa por el sólo hecho de manejarla- sería aceptar la responsabilidad objetiva y atentar contra el principio de inocencia.

### 5.1.2. Actuar por otra persona natural.

Ahora bien, tal como ya se indicó, la figura del actuar por otro en nuestro ordenamiento jurídico-penal sólo puede ser aplicada en caso que una persona natural actúe en nombre de una persona jurídica. Se discute en doctrina si esta categoría sería aplicable en el supuesto que una persona natural sea representante de otra natural. Considero, *lege ferenda*, que las razones que llevan a fundamentar el actuar por otro -léase salvar la laguna de punibilidad- no excluyen la posibilidad de aplicarla en el caso en mención, situación que se presenta con suma frecuencia en la vida comercial. Piénsese en el caso de los padres o quien ejerza la patria potestad de los menores de edad, que por mandato legal son administradores de los bienes del menor. En tal sentido se manifiesta el nuevo Código Penal español de 1995, que en su artículo 31 establece que «el que actúa como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre».

Como se puede observar, el legislador español no sólo ha extendido el campo de aplicación del actuar por otro para casos en que una persona natural represente a otra persona natural, sino que se establece que la condición de representante puede ser de hecho o de derecho. Este avance es sumamente positivo toda vez que legislaciones como la peruana condicionan la punibilidad del representante del ente colectivo a que éste se encuentre autorizado, lo cual reduce las posibilidades de aplicación de la figura estudiada, más aun si se tiene en cuenta que el propio Código Civil, en su artículo 77 establece que «la eficacia de los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su

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

(37) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Op.cit.*, pág. 376.

inscripción queda subordinada a este requisito y a su ratificación dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita. Si la persona jurídica no se constituye o no se ratifican los actos celebrados en nombre de ella, quienes los hubieran celebrado son ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros». Claro que la responsabilidad a que se hace mención es de índole civil, pero es obvio que si nuestro ordenamiento prevé la posibilidad de que existan administradores de hecho, es lógico pensar que estos mismos administradores debieran ser penalmente responsables por los delitos que cometan a nombre de la persona jurídica aún cuando ésta no se encuentre inscrita.

Por último, hay casos en que una empresa es accionista de otra empresa y el directorio de la segunda está conformado por representantes de la primera y otros accionistas comunes. En caso el representante de la empresa accionista cometa algún delito especial como administrador de la principal, será igualmente responsable penalmente.

Estas consideraciones, espero, servirán para motivar el debate en torno al tema del actuar por otro en nuestro país y, por qué no, para una modificación del artículo 27 de nuestro Código Penal de manera que sea verdaderamente eficaz.

## 5.2. Dominio de la voluntad mediante aparatos organizados de poder. «El hombre de arriba».

Sin perjuicio de lo anteriormente precisado, existen casos más complejos en que la sanción de los ejecutores materiales del delito no logra los fines político-criminales perseguidos, ya que, como sostiene Silva Sánchez, «más importante que el papel de estos sujetos es el de quienes están situados jerárquicamente por encima de ellos, en grados ascendentes (...) quienes detentan el control máximo de la empresa»<sup>(38)</sup>. Estos sujetos situados jerárquicamente por encima de los ejecutores materiales del delito y que influyen de manera directa en el delito son los hombres de arriba.

Teniendo en cuenta que el hombre de arriba conoce de la existencia del delito, controla las estructuras en que dicho delito tiene lugar y los cauces y medios del mismo<sup>(39)</sup>, en el caso que el autor material se encuentre en estado de inimputabilidad o en error, el hombre de arriba será autor mediato, toda vez que se sirve del actuar de un intermediario mas sólo él tiene el dominio del hecho. Asimismo, estos sujetos «de arriba» podrán ser instigadores en caso que determinen dolosamente a los autores materiales a cometer el hecho punible; o bien cómplices, si es que prestan ayuda suficiente y necesaria para su comisión.

---

*“Tengamos en cuenta que son las personas naturales las autoras materiales del delito y dejarlas impunes, porque ya se impuso una pena a las empresas que representan, sería una verdadera laguna de punibilidad”*

---

Hasta aquí parece no haber mayor problema, empero, qué sucede si tanto el hombre de arriba como el autor material actúan dolosamente, pero la situación de amplio dominio de todo el marco y condiciones de la ejecución del hecho por parte del primero determina que el autor material pueda llegar a ser un sujeto fungible, es más, puede incluso no conocer el sentido último del hecho<sup>(40)</sup>. A este planteamiento pretende dar respuesta Roxín<sup>(41)</sup>, al señalar que en estos casos de

---

(38) Ibidem, pág. 369.

(39) Loc. cit.

(40) SCHÜNEMMAN. Citado por: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op.cit., pág. 370. Aun cuando es posible que el autor material o sujeto inmediato desconozca el sentido último del hecho, es perfectamente posible que actúe dolosamente. Al respecto, MIR PUIG, Santiago. Op.cit., págs. 253-258. En especial, págs. 257-258.

(41) ROXÍN, Claus. «Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados». En: Doctrina Penal. Año 8. No. 29-32. Depalma, Buenos Aires, 1995, págs. 399-411. El autor parte del análisis de los llamados «aparatos de poder» y la participación de sus miembros en el holocausto de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, y tal como él mismo lo admite, su planteamiento es perfectamente aplicable a toda organización, estatal o no, que cumpla con determinados requisitos de organización.

**dominio de la voluntad mediante aparatos organizados de poder**-en donde el dominio de la voluntad no es consecuencia de coacción ni de error en el mandatario-se puede observar una tercera forma de autoría mediata para efectos de imputar responsabilidad penal a los órganos de poder, en la medida en que aun con pérdidas y deserciones de los ejecutores, el mecanismo del aparato no se ve seriamente limitado. «Si uno fracasa, entra el siguiente en su lugar, y precisamente esta circunstancia transforma al autor en una simple herramienta del inspirador (el cual pasa a convertirse por esa razón en autor mediato), sin perjuicio del propio dominio de sus actos»<sup>(42)</sup>. En atención a la importancia de este planteamiento, ahondemos en el mismo.

Una organización como la que se tiene en mente desarrolla su vida independientemente de la cambiante posición de sus miembros, lo que en buena cuenta significa que el aparato funcionará sin importar quién ejecute la orden. Así, los ejecutores devienen en fungibles ya que «se sabe que cuando uno de los muchos órganos que colaboran en la realización de los delitos no cumpla con su tarea, inmediatamente va a entrar otro en su lugar, sin que se vea perjudicada en su conjunto, la ejecución del plan»<sup>(43)</sup>. Luego, y sin perder de vista que lo que se persigue no es fundamentar la responsabilidad penal del ejecutor (toda vez que quien comete un delito no queda exento de responsabilidad por el hecho de que si él no lo hace otro lo haría<sup>(44)</sup>), sino fundamentar la responsabilidad del mandante que no puede sustentarse en las categorías habituales de la participación dado que se trata de gigantescos y ramificados delitos en los que participan muchas personas en distintas escalas de nivel -planificadores, organizadores y los ejecutores de distintos rangos jerárquicos<sup>(45)</sup>- se tiene que esta responsabilidad crece siempre más cuanto más uno se aleje de aquellos que ejecutan la acción, alcanzando a los escalones más altos del mando.

Sucede todo lo contrario que en la participación, en donde en la medida en que el partícipe se encuentre más «alejado» del hecho delictivo y de la víctima, su responsabilidad será menor; mientras que en el supuesto analizado «la pérdida en proximidad a los hechos por parte de las esferas de conducción del aparato se ve compensada crecientemente en dominio organizativo»<sup>(46)</sup>.

Así, considero que la postura de Roxín es la adecuada en tanto y en cuanto se demuestre judicialmente la existencia de la directiva emitida por el órgano de poder que no necesariamente tiene que ser escrita, la estructura interna de la organización, la fungibilidad del o de los ejecutores y la voluntad del ejecutor de actuar tal y como lo esperaba el órgano de poder. Por último, entiendo que el Código Penal peruano al prescribir en su artículo 23 que «el que realiza (...) por medio de otro el hecho punible (...) será sancionado con la pena establecida para la infracción», posibilita la aplicación del postulado anteriormente analizado, ya que se exige la realización de delito por medio de otro, lo que puede darse en los casos en que el ejecutor sea un inimputable, actúe por *vis compulsiva*, en error y también el caso que actúe dolosamente pero que su situación en la organización en donde labora no lo convierta en indispensable para la misma. No se puede distinguir donde la ley no lo hace y al no señalar nada más la ley, negar tal aplicación sería restringir infundadamente la aplicación del precepto penal.

### 5.3. Omisión de vigilancia.

Otros casos están referidos a supuestos en que quienes ostentan un cargo de representación en la empresa y no intervienen activamente en el delito, -o no se ha podido probar que lo hicieran- pero que por su función social al interior de la empresa podían y debían

---

(42) Ibidem, pág. 406.

(43) Loc.cit.

(44) Ibidem, pág. 404.

(45) Ibidem, pág. 405. El autor precisa que en los aparatos de poder sobre los cuales desarrolla su estudio es perfectamente posible la participación, siendo que será cómplice quien «solamente actúe en función de consejero, quien, sin el poder de emitir órdenes, desarrolla planes de exterminio, quien proporciona los medios para matar. Del mismo modo, el denunciante que está fuera del aparato sólo es un instigador, porque él, a lo sumo, puede favorecer la decisión de cometer delitos, pero sin influir el posterior desarrollo de los acontecimientos». Pág. 407.

(46) Ibidem, pág. 405.

haberlo evitado. Esta conducta omisiva es subsumible dentro de la categoría de la comisión por omisión<sup>(47)</sup>, en la que la posición de garante se fundamenta en la posibilidad de organizar el ámbito de competencia de modo libre y voluntario.

Ahora bien, como señala Terradillos, la cuestión más compleja es «determinar hasta dónde llega la posición de garante» o, dicho de otro modo, decidir si la autoría surge de la pertenencia, activa o pasiva, a una esfera de responsabilidad<sup>(48)</sup>. Al respecto, considero que la posición de garante del titular de la empresa puede argumentarse al poder subsumirse dentro del **deber de control de una fuente de peligro**, claro que para aceptar esto hay que concebir a las empresas como fuentes de peligro, lo cual, en principio, parece descabellado. Tiedemann, por su parte, comenta que un sector de la doctrina alemana pretende hacer derivar esta posición de garante del poder de dirección empresarial, mientras que otro sector admite este supuesto sólo en el caso de las empresas peligrosas<sup>(49)</sup>.

No comparto esta opinión por cuanto la peligrosidad de la empresa no se encuentra en la actividad que ésta realice, de ser así, no se podría fundamentar la posición de garante, y por ende, no se podría imputar responsabilidad penal a un director de una fábrica textil que se encarga de la confección de prendas íntimas de algodón (nadie puede decir que es una actividad peligrosa). Creo que la peligrosidad de la empresa, para efectos exclusivos de fundamentar la posición de garante, tiene que verse en sí misma, es decir, dejar de lado el giro comercial y atender a la complicada organización directiva y jerárquica de toda empresa que posibilita que una, vez cometido un delito en el interior de aquélla, el responsable se pierda en la tela de araña que significa la organización interna, dificultando su identificación<sup>(50)</sup>. De esta manera, podemos afirmar que

para los que están inmersos en la organización es más fácil controlar y prevenir que para los agentes de control investigar y reprimir. En suma, una empresa es peligrosa porque puede favorecer la impunidad de un delito debido a su complicada y ramificada organización que se presta para el encubrimiento del delito, no por otra razón.

Pues bien, a quien crea que la empresa no constituye una «fuente de peligro» en los términos en que lo he expresado y que, en consecuencia, la situación del titular del ente colectivo no puede subsumirse dentro una de las categorías de posición de garante que la doctrina reconoce, habría que decirle que esas categorías, aun cuando sean aceptadas por la jurisprudencia, no dejan de ser construcciones dogmáticas y en la medida en que se encuentren otros supuestos de hecho -que en atención a criterio teleológicos- compartan los fundamentos doctrinariamente aceptados de toda posición de garante<sup>(51)</sup>, no encuentro razón para negar que se trata de una nueva posición de garante. En tal sentido se manifiesta Quintero, cuando señala que al no decir la ley penal quién es garante, serán varias las fuentes de nacimiento de los deberes de garante, y no todas serán aceptadas como tales en orden a fundamentar la responsabilidad criminal<sup>(52)</sup>.

Por último, considero que la regulación del **actuar en nombre de otro** en el Perú ha servido sí para disminuir la superficie de la laguna de punibilidad, pero de ningún modo para cerrarla por completo, toda vez que como he puesto de manifiesto existen grandes posibilidades de que hoy en día personas que político-criminalmente merecen una sanción, se puedan ver libres de ésta porque la regulación se los permite. Considero que por las mismas razones que en 1991 se incorporó la fórmula del actuar por otro, se debe modificar su actual regulación para hacerla verdaderamente eficiente. ☞

---

(47) TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho Penal de la empresa*. Trotta, Madrid, 1995, pág. 39; MIR PUIG, Santiago. *Op.cit.*, pág. 188; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Op.cit.*, págs. 370-371; ACHENBACH, Hans. *Op.cit.*, pág. 386; TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal económico*. PPU, Barcelona, 1993, pág. 166.

(48) TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Op.cit.*, págs. 39-40.

(49) TIEDEMANN, Klaus. *Op.cit.*, págs. 166-167.

(50) ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. «Capacidad de acción...» *Op.cit.*, págs. 617-618.

(51) Precisamente que el que ostenta el deber de garante tiene que garantizar frente a la sociedad la no producción de un resultado lesivo. Esta relación especial del sujeto con el bien jurídico hace diferentes, de cara el Derecho Penal, a estas personas.

(52) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho Penal. Parte general*. Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 361.