

La Irresponsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en la Reforma Penal de 1991

Dino Carlos Caro Coria
Alumno de 8vo ciclo de la PUC

I. APUNTES PRELIMINARES

Entre las innovaciones contenidas en el nuevo Código Penal (C.P.) destaca la inclusión de sanciones aplicables a las personas jurídicas que son utilizadas en la comisión delictiva. El Código las incluye en los artículos 104 y 105 bajo la denominación genérica de "consecuencias accesorias". Asimismo, se ha incorporado en el artículo 27 la fórmula legal del "actuar por otro", que permite sancionar a los representantes de una persona jurídica que, en nombre de ella, realizan una acción penalmente relevante.

La decisión de legislar estas figuras ha renovado en los medios académicos y entre los operadores del derecho, la vieja discusión acerca de si las personas jurídicas son o no penalmente responsables.

Ofrecemos en las líneas siguientes nuestra particular apreciación acerca de esta problemática, con la advertencia de su carácter introductorio y desarrollo principalmente jurídico-dogmático, que deja reservada la evaluación criminológica y político-criminal para aquello que se considere de mayor relevancia.

II. SISTEMAS EN LA DOCTRINA Y LEGISLACION COMPARADA

Múltiples investigaciones y trabajos empíricos acerca de la "delincuencia económica" y la "crimi-

nalidad de cuello blanco", subrayan de modo unánime los graves perjuicios y disfunciones que estas formas delictivas generan para el sistema económico o financiero en que operan¹: estafas, defraudaciones, quiebras e insolvencias dolosas, libramientos indebidos, acaparamientos, especulaciones, competencia desleal, abusos de poder económico, espionaje industrial, etc.², todas en constante aumento y en medio de una permanente experiencia de impunidad debido a la incapacidad de las agencias de control penal para prevenirlos y sancionarlos. Pocos de estos delitos son efectivamente conocidos, perseguidos y reprimidos judicialmente; los demás engrosan la tasa de la llamada "cifra negra" o criminalidad oculta³.

Ahora bien, debido a sus potencialidades y amplias ventajas patrimoniales, gran parte de la actividad económica está organizada a través de personas jurídicas: bancos, mutuales, financieras, empresas de bienes y servicios, etc.; por ello no resulta extraño que dichas entidades sean las comúnmente utilizadas como medio de comisión o encubrimiento de los delitos referidos. Dicho de otro modo, nos encontramos frente a delitos cometidos a través de entidades colectivas organizadas⁴.

Por este motivo, los Estados constantemente vienen evaluando desde la óptica político-criminal la conveniencia o no de establecer una regulación penal especial que permita enfrentar con éxito estas formas de criminalidad organizada. En tal sentido, uno de los temas principales de la discusión

1. Cfr. Bajo, 1978.

2. Cfr. las normas pertinentes del Código Penal.

3. Cfr. Viladés, 1982

4. Bajo, 1978, p. 110.

consiste precisamente en definir si se atribuye o no capacidad penal a las personas jurídicas, es decir, establecer si dichas entidades son o no pasibles de una sanción penal. A este respecto, la doctrina y la legislación comparada ofrecen tres alternativas:

1. ABSOLUTA IRRESPONSABILIDAD PENAL

Este sistema se fundamenta en el respeto del clásico principio "societas delinquere non potest" (la sociedad no puede delinquir). Se inscriben en esta tendencia los países del sistema jurídico romano-germánico y los eurocontinentales⁵, como es el caso de Italia, Alemania y Austria. Esta opción obedece al convencimiento político de que la incriminación de las personas jurídicas no constituye un instrumento eficaz para la prevención y represión de la delincuencia "económica" o de "cuello blanco". En tal sentido, a fin de legitimar esta alternativa político-criminal, la dogmática jurídica ha formulado múltiples teorías.

1.1. Revisión de las Teorías provenientes del Derecho Privado

Un amplio sector de la doctrina penal y civil señala que, algunas de las formulaciones derivadas de la antigua discusión del Derecho Privado sobre la naturaleza de las personas jurídicas, también fundamentan su incapacidad penal. Sin embargo, nosotros consideramos que esta afirmación no es exacta.

Haciendo "arqueología jurídica" podemos constatar que, aunque con diversas variantes, dos han sido las principales vertientes doctrinales en relación a la naturaleza de las personas jurídicas

1.1.1. Teorías que afirman la personalidad jurídica

Estas formulaciones tienen como presupuesto común la afirmación de que existe la personalidad jurídica, como sujeto de derecho y centro de imputación de obligaciones y derechos. También con distintas variantes, son dos las elaboraciones más relevantes:

a. Teoría de la ficción

Argumentada principalmente por Savigny. Con arreglo a ella, la persona jurídica es una mera creación legal, su existencia está subordinada a la atribución de personalidad por parte del Estado, quien con efectos constitutivos define los límites de su capacidad.

Lo dispuesto en el artículo 77 párrafo 1º del Código Civil (C.C.), "la existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro", constituye el principal argumento legal de quienes ven en esta norma, la opción del sistema jurídico nacional por la teoría de la ficción.

b. Teoría de la realidad

Defendida por Gierke e Ihering. Entiende a la persona jurídica como una realidad autónoma y diferente a la del ser humano, motivo por el cual la función del Estado queda reducida a la declaración o reconocimiento de su existencia.

1.1.2. Teorías negatorias de la personalidad jurídica

De origen francés. Concibe a dichas entidades como simples patrimonios afectados a un fin determinado, y que de ningún modo configuran un centro de imputación de derechos y obligaciones, sino un objeto jurídico. Así, niegan que exista una personalidad jurídica con calidad de sujeto de derecho.

Ahora bien, para efectos de lo que nos importa, cual es definir si la persona jurídica es o no penalmente responsable, consideramos que los alcances y resultados de las formulaciones del Derecho Civil, no pueden ser trasladados de modo automático al discurso dogmático penal. De esta manera, como producto de la revisión de las teorías elaboradas en el Derecho Privado, es inevitable concluir que éstas simplemente no sirven para sostener coherentemente una u otra posición. Tres son los fundamentos de esta afirmación:

En primer término, porque cada una de dichas teorías posee una racionalidad e instrumentalidad propia que difícilmente se ajustaría a los términos de nuestra discusión. El sentido de la confrontación entre tales formulaciones, no se agotó en la pura elaboración jurídica. Como podía preverse, por lo general la verdadera confrontación no era sino entre poderes e intereses sociales⁶.

Así por ejemplo, la polémica entre los partidarios de la teoría de la ficción y los de la teoría de la realidad en la segunda mitad del siglo XIX, reflejó la contienda entre los defensores de la omnipotencia del Estado (teoría de la ficción), quien debía decidir sobre el otorgamiento o no de la personalidad en función de sus objetivos; y quienes pretendían, frente al Estado y la Administración, asegurar el respeto de asociaciones y fundaciones (teoría de la

5. Zugaldía, 1980, p. 71.

6. De Castro y Bravo, 1961, p. 943.

realidad)⁷, las que el Estado debía limitarse a reconocer sin filtros ni selecciones interesadas.

En este ejemplo, no cabe duda que las disyuntivas entre intervención o abstención estatal, y fortalecimiento del Estado o el de sus súbditos, que subyacen a la situación descrita, no corresponden a la de nuestro análisis. Precisamente, en la discusión sobre si se otorga o no capacidad penal a la persona jurídica, tales disyuntivas no existen. Al destacarse la necesidad de una intervención que fortalezca al Estado frente a la criminalidad cometida a través de dichas entidades, nuestra particular disyuntiva, como ya se había advertido, consiste más bien en definir si el otorgamiento de la mencionada capacidad penal constituye o no un medio eficaz y equitativo para exterminar o atenuar estas formas de delincuencia.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la aplicación estricta de estas teorías puede conducirnos a argumentaciones relativas que podrían terminar favoreciendo indistintamente una u otra opción, esto es, la responsabilidad o irresponsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por ejemplo, un amplio sector de la doctrina suele señalar categóricamente que a partir de la teoría de la ficción de Savigny, según la cual la persona jurídica sería una mera creación legislativa, carente de existencia real, no podría afirmarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁸. Sin embargo, esta afirmación tampoco es exacta puesto que si la ley es quien define los alcances de la personalidad, entonces puede válidamente atribuir capacidad penal a las personas jurídicas.

Por ello, consideramos que la teoría de la ficción constituye un argumento dogmático, y hasta demagógico, a favor de la responsabilidad o irresponsabilidad, según como el sistema jurídico respectivo lo defina. Por ende, constituye un argumento utilitario e instrumental y, por lo tanto, limitado y relativo, debido a que las posibilidades de alegarlo están subordinadas a la decisión del grupo de poder que legisla.

En tercer término, desde el punto de vista legal, aún cuando la normatividad civil nacional optara por una u otra teoría, ello no influiría para nada en la afirmación o negación de la capacidad penal de las personas jurídicas. Ello porque el C.C. se remite a la legislación penal para solucionar esta disyuntiva.

Con arreglo al artículo IX del Título Preliminar del C.C., sus disposiciones se aplican supletoria-

mente a las relaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza. Dicha aplicación supletoria en materia penal, no sería posible, debido a que como veremos luego, la normatividad del C.C. resuelve el problema de la responsabilidad de estas entidades. Asimismo, en todo caso, la propia naturaleza del problema penal planteado que, según hemos visto, no necesariamente es compatible con las formulaciones del Derecho Civil, impediría también la aplicación supletoria. De esta manera, quienes señalan la opción por la teoría de la ficción, según podría leerse del artículo 77 párrafo 1º del C.C., en nada ayudan a solucionar nuestra disyuntiva.

A su vez, el artículo 76 párrafo 1º del C.C. dispone que la capacidad de la persona jurídica, se determina por sus disposiciones o las de las leyes respectivas. Dado que el C.C. no resuelve sobre la atribución o no de capacidad penal a las personas jurídicas, existe más bien una expresa remisión a la ley respectiva, esto es, el C.C., que como hemos adelantado, ofrece una solución a dicha disyuntiva.

1.2. TEORIAS PROVENIENTES DEL DERECHO PENAL

El marco ofrecido por estas teorías es bastante claro. La irresponsabilidad fluye del estado actual de la dogmática jurídico penal que, a partir de sus conceptos y principios predeterminados, aplicados a la persona jurídica, hace imposible atribuirle capacidad penal.

Como consecuencia de lo anterior, la irresponsabilidad termina derivando de la propia naturaleza de la persona jurídica. La ausencia de voluntad en sentido óntico o real, es decir psicológica, y la imposibilidad de actuación por sí misma, sino a través de sus representantes, impiden que estas entidades puedan configurar los presupuestos dogmáticos necesarios para afirmar la existencia de un hecho punible que pueda atribuírseles.

La exposición de estas formulaciones puede agruparse en base a los elementos propios de la teoría del delito.

1.2.1. Teoría de la incapacidad de conducta

La persona jurídica carece de aptitudes para formar su voluntad al margen de las voluntades expresadas por sus integrantes. Asimismo, no puede exteriorizar la voluntad social construída sobre el conjunto de voluntades individuales más que a través de los actos de los propios componentes de

7. Ibid., p. 943.

8. Cerezo, 1988, p. 296.

la agrupación⁹. La persona jurídica no tiene una conciencia y voluntad en sentido psicológico y similar, por ende, al de la persona natural¹⁰.

En este orden de ideas, la inexistencia o imposibilidad de crear una voluntad propia, determina la incapacidad de ejecutar un comportamiento en sentido jurídico penal. Al Derecho Penal sólo le interesa regular los actos u omisiones voluntarios dirigidos a lograr un fin determinado, puesto que sólo ellos pueden ser evitados a través de la motivación de la norma penal.

Lo expresado no se confunde con los supuestos técnicos de ausencia de conducta: fuerza física irresistible, movimientos reflejos y estados de inconciencia; aplicables sólo a las personas naturales, quienes por regla general poseen capacidad de actuar voluntariamente.

La admisión legal de esta argumentación se halla en el artículo 11 del C.P., que establece como delitos y faltas penalmente sancionables, los actos u omisiones dolosos o culposos. Ello presupone la existencia de una voluntad propia en el sujeto, posible sólo en las personas humanas.

1.2.2. Teoría de la incapacidad de realización típica

Conforme a la teoría finalista de la conducta, el tipo penal tiene un aspecto objetivable (tipo objetivo) y un aspecto subjetivable (tipo subjetivo).

De este modo, la ejecución delictiva precisa de una determinada relación psicológica (dolo o culpa), para la configuración del tipo subjetivo, relación que por los motivos citados para descartar la capacidad de conducta, no es posible atribuir a una persona jurídica, al ser propia de la persona natural¹¹. Asimismo, no son ajenos los problemas que la naturaleza misma de la persona jurídica presenta para la realización del tipo objetivo.

El fundamento legal de esta versión lo encontramos en el artículo VII in fine del Título Preliminar del C.P. que proscribiera la responsabilidad objetiva, en concordancia con la norma del artículo 11 que declara como punibles sólo los actos u omisiones dolosos y culposos.

1.2.3. Teoría de la incapacidad de actuación justificada

Los requerimientos objetivos exigidos para la existencia de cada causal de justificación, posibles de ser cumplidos sólo por la persona humana, y la exigencia también de una particular relación psicológica (el elemento subjetivo, verbigracia el "animus defendi" en la legítima defensa), hacen imposible para la persona jurídica legitimar una acción típica a través de dichas justificantes¹².

Lo dispuesto con carácter general en el artículo 20, numerales 3 (legítima defensa), 4 (estado de necesidad justificante), 8 (ejercicio legítimo de un derecho o acto permitido por la ley) y 10 (consentimiento) del C.P., constituye la base legal de esta teoría.

1.2.4. Teoría de la incapacidad de culpabilidad

En cualesquiera de sus sentidos dogmáticos, sea como reprochabilidad en base al libre albedrío, motivabilidad, atribuibilidad, etc., se requiere también de una relación psicológica inexistente en el caso de la persona jurídica¹³.

La regulación general de los supuestos legales de ausencia o atenuación de la culpabilidad fundamentan este argumento, verbigracia: artículo 14 párrafo 2 (desconocimiento del injusto: error de prohibición), artículo 20 numerales 1 y 2 (inimputabilidad) y numerales 5 y 7 (inexigibilidad de otra conducta: estado de necesidad exculpante y miedo insuperable).

1.2.5. Teoría de la incapacidad de punibilidad

Esta opción dogmática se fundamenta más bien en el principio político criminal de personalidad de las penas, derivado del principio de culpabilidad, según el cual no es posible imponer una pena a alguien por un hecho delictivo ajeno, obligando a que únicamente respondan las personas físicas que efectivamente lo ejecutaron¹⁴.

Por otro lado, es imposible aplicar la pena privativa de la libertad a una persona jurídica precisamente porque carece de dicho bien jurídico. El requerimiento de la "responsabilidad penal del autor" para la imposición de una pena, previsto en el

9. Octavio de Toledo-Huerta, s/f, p. 43.

10. Cerezo, 1988, p. 296.

11. Bustos, 1989, p. 170.

12. Ibid., p. 170.

13. Ibid., pp. 170 y 171. Octavio de Toledo-Huerta, s/f, pp. 43 y 44.

14. Mir, 1990, pp. 107, 108 y 185.

artículo VII ab initio del Título Preliminar del C.P., constituye el fundamento legal de esta teoría.

1.2.6. Teoría de la incompatibilidad con el sentido y fin de la pena¹⁵

El objeto de las teorías absolutas de la pena sería una utopía. No se podría hablar de expiación o retribución, pues la persona jurídica no puede sufrir o padecer y, además, porque recaería indebidamente sobre todos los individuos que la componen.

Asimismo, las teorías relativas no cumplirían su finalidad utilitaria. La prevención general no tendría sentido, debido a que dichas entidades no son pasibles de coacción psicológica. A su turno, la propia naturaleza de la persona jurídica hace imposible el paradigma de la resocialización inherente a la prevención especial.

Estos inconvenientes no desaparecen en el caso de las teorías unificadoras o mixtas.

La base legal de estos argumentos se encuentra en el artículo 234 párrafo 2º de la Constitución, los artículos I y IX ab initio del Título Preliminar del C.P., y artículo II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal.

1.2.7. Teoría de la inaplicabilidad de las medidas de seguridad

El hecho típico y antijurídico es el presupuesto fundamental para la ejecución de una medida de seguridad, lo que es imposible de realizar por una persona jurídica. En el mismo sentido, el fundamento de la "peligrosidad criminal" tampoco sería aplicable dado que importa una tendencia conductual o de personalidad incompatible con la estructura de dichos entes colectivos¹⁶.

Esta teoría encuentra cabida legal en lo dispuesto en el artículo IX in fine del Título Preliminar y 71 al 77 del C.P.

2. RESPONSABILIDAD PENAL

Son los países que pertenecen al sistema jurídico del Common Law quienes admiten la responsabilidad criminal de las persona jurídicas, por todos los delitos, excepto aquellos que por su propia naturaleza no pueden cometer -violación, homicidio, bigamia, etc.-. Básicamente se les imputa infrac-

ciones delictivas referidas a la actividad económica, laboral, ambiental, etc., estableciéndose auténticas penas y medidas de seguridad. Es el caso, por ejemplo, de Inglaterra, Escocia, Canadá, Australia y Estados Unidos de Norteamérica¹⁷.

Esta tendencia, se dice, está menos dominada por las categorías doctrinales o dogmáticas, y más atenta a las necesidades sociales¹⁸. En tal sentido, la eficacia y la equidad del Derecho Penal, incorporados a través de argumentos de política criminal, son entonces invocados para justificar o, incluso, exigirse la responsabilidad penal de estas agrupaciones¹⁹. Dichos argumentos son los siguientes²⁰:

- 2.1. Por lo general, son las personas jurídicas las que se hayan en el origen de las infracciones.
- 2.2. Ellas son las que comúnmente reciben sus beneficios.
- 2.3. Es el ambiente de las mismas el que crea una atmósfera o clima que facilita e incita a los autores materiales a cometer delitos en provecho de las mismas.
- 2.4. Y, también, por un motivo muy práctico: el de resolver el problema de la prueba de la culpabilidad, que surge cuando la conducta delictiva se diluye entre las personas físicas que integran los organismos de las personas jurídicas, y la responsabilidad sólo es aceptada para las personas naturales.

Asimismo, desde la óptica dogmática, esta opción criminalizadora estaría reforzada por argumentos provenientes del Derecho Civil, en particular las teorías de la ficción y de la realidad²¹, aunque con las serias limitaciones anteriormente apuntadas. No obstante, la ausencia de formulaciones jurídico penales para sustentar esta posición, se debe a que ello implicaría necesariamente una redefinición de las múltiples categorías dogmáticas, que actualmente impiden otorgar capacidad penal a dichas organizaciones, verbigracia los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas.

3. RESPONSABILIDAD ACCESORIA

Este planteamiento constituye, en verdad, una variante de la opción negatoria de la responsabili-

15. Bustos, 1989, p. 171. Octavio de Toledo-Huerta, *sf*, pp. 44 y 45.

16. Bustos, 1989, p. 171.

17. Zugalúa, 1980, p. 71.

18. *Ibid.*, p. 83.

19. Tiedemann, 1985, p. 155.

20. Tiedemann, 1985, pp. 155 y 156. Viladés, 1982, pp. 128 y 124. Moscoso, I, pp. 166 y 167.

21. Bustos, 1989, p. 170. Mir, 1990, p. 184. Cerezo, 1988, p. 246.

dad penal de las personas jurídicas. Dicha negación, se señala, no implica que el Derecho Penal deba permanecer inmutable ante los abusos que, especialmente en el ámbito económico, se produce mediante dichas entidades. Por ello, según esta versión, es procedente sancionar penalmente a las personas físicas individuales que cometen efectivamente tales abusos, sin perjuicio de la aplicación de sanciones de naturaleza civil o administrativa a la persona jurídica, como la multa, disolución, prohibición de ejercer determinadas actividades, etc.²². Estas medidas afectan bienes jurídicos de estas entidades, tales como su patrimonio.

En esta tendencia se inscriben por ejemplo el proyecto de 1980 y la propuesta de anteproyecto de 1983 de Código Penal español. Este último agrupando dichas sanciones bajo la denominación de "Consecuencias Accesorias".

III. EL CASO DEL SISTEMA JURIDICO PERUANO

Desde la óptica doctrinal, jurisprudencial y legal, resulta evidente una larga tradición que niega la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No obstante, dicha tradición se habría visto afectada, para algunos, con la reforma penal de 1991.

1. LA DOCTRINA

El estado de la dogmática penal anterior a la reforma siempre se limitó a lo referencial y general, negándose la capacidad penal de estas entidades²³, principalmente a partir de las teorías de la incapacidad de conducta, de culpabilidad y de punibilidad anteriormente descritas.

No obstante, tras la promulgación del nuevo C.P., que incluye sanciones aplicables a la persona jurídica, se ha observado en los "medios académicos" la difusión de prejuicios doctrinales poco afortunados que afirman que la responsabilidad penal de dichas organizaciones subyace a la nueva normativa. Estas ocurrencias expresadas en múltiples conferencias y eventos de Derecho Civil, Mercantil, Tributario, Ambiental, Laboral y Penal; habrían originado en nuestro medio una nueva "tendencia doctrinal" que, por los motivos que posteriormente señalaremos, carece en lo absoluto de fundamentos.

2. LA JURISPRUDENCIA

El agraviado denunció a la Fabrica de Velas y Jabones "La Excelsior", imputándole la comisión del delito de falsificación, al haber hecho uso indebido de la marca "Jabón Patito", ya que el había registrado ese nombre como distintivo de los jabones que producía. El fundamento legal de dicha acción penal fue el artículo 377 del C.P. de 1924, que sancionaba con prisión o multa al que "fabricase marcas o contraseñas oficiales". Como era de esperarse la Corte Suprema declaró la insubsistencia de todo lo actuado e improcedente la acción, por no tratarse de falsificación, sino del uso indebido de una marca registrada oficialmente, todo lo cual era asunto administrativo²⁴.

No obstante, lo relevante de esta controversia es que el hecho delictuoso se atribuía a una persona jurídica, la "Fábrica de Velas y Jabones", productora y distribuidora de dicha marca, a pesar de lo cual el juez penal expidió el auto de apertura de instrucción respectivo, siguiéndose la acción penal contra el representante de la citada fábrica.

Como éstas, muchas otras resoluciones anteriores a la reforma penal de 1991 establecieron la incapacidad penal de las personas jurídicas. Así, la Corte Suprema en múltiples oportunidades ha señalado que el enjuiciamiento supone la imputación de hechos delictuosos a persona individuales determinadas sobre quienes puede recaer la sanción respectiva²⁵. Asimismo, en un juicio de calumnia imputado a una sociedad comercial, determinó que la responsabilidad penal es esencialmente individual²⁶. También, en un proceso por apropiación ilícita estableció que las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos de algún delito, ya que dicha calidad sólo puede ostentarla la persona física, pues sólo ella es capaz de ejercitar acciones o incurrir en omisiones que caigan en el ámbito del Derecho Penal²⁷. Ahora bien, bajo la vigencia del nuevo C.P. dicha claridad jurisprudencial parece haberse oscurecido, en general para los operadores del control penal.

Tras una breve evaluación empírica que mediante entrevistas realizamos en Julio de 1992 a un universo representativo de abogados, policías, fiscales, jueces y asistentes del Ministerio Público y Poder Judicial, se constató que el 67 % desconoce

22. Muñoz, 1984, p. 15.

23. En este sentido: Montoya Manfredi, 1977, p. 24. García Rada, 1985, pp. 65 y ss. Hurtado, 1987, pp. 340 y 341. Peña, 1987, p. 161. Jara, 1987, p. 32. Moscoso, I, p. 171. Villavicencio, 1990, p. 115. Lecca, 1990, pp. 115 y ss. Ugaz, s/f, p. 93.

24. Anales Judiciales, 1934, p. 137.

25. Anales Judiciales, 1918, p. 47.

26. Ejecutoria del 8-4-1920, en: Anales Judiciales, 1920, p. 16.

27. Ejecutoria del 3-1-1972, en: Revista de Jurisprudencia Peruana, Nº 338, p. 357.

totalmente que el C.P. de 1991 incorpora sanciones aplicables a las personas jurídicas o la fórmula del "actuar por otro". El 16 % oscila entre el haber tomado conocimiento a través de conversaciones privadas y la lectura directa de la legislación pertinente. El 10 % poseía, además, alguna información doctrinal, aunque no siempre con resultados coherentes. Por último, el 7 % del universo referido prefirió mantener en reserva su opinión, si es que alguna en verdad tenían. A manera de anécdota, un Juez Instructor manifestó textualmente: "la ley orgánica del poder judicial me impide adelantar opinión, pero... regrese mañana a ver si llegamos a un acuerdo..."; aún no hemos encontrado dicha norma.

Como producto del diagnóstico realizado, resulta obvio concluir que las "consecuencias accesorias" y la regla del "actuar por otro" incorporadas en la ley del Congreso, aún no tienen vigencia en la "Ley de la Calle". En todo caso, su operatividad no parece depender principalmente de una campaña de información sino, como siempre, del efectivo convencimiento y voluntad de aplicación, difíciles de encontrar en nuestro medio tratándose de instituciones nuevas.

3. LA LEGISLACION

3.1. Normatividad anterior a la Reforma de 1991

El derogado Código Penal de 1924 no contenía una regla expresa respecto de la responsabilidad de las personas jurídicas. No obstante, todos los preceptos estaban redactados partiendo de la base de que sólo la persona física podía delinquir. Asimismo, el marco normativo incorporó principios básicos del Derecho Penal suficientes para rechazar totalmente la capacidad penal de las personas jurídicas. Es el caso, por ejemplo, del principio de culpabilidad, admitido implícitamente en los artículos 1, 3, 81 y 167 del C.P. A su vez, el Código de Procedimientos Penales de 1940 lo incorpora en el artículo 284. Sin embargo, en el ámbito de la legislación penal especial, se estableció de modo particular un sistema o modelo de Consecuencias Accesorias, sanciones aplicables a la persona jurídica, en simultáneo con la responsabilidad individual de los autores. Así, la ley de Contrabando N° 16185, en el artículo 9, dispuso que las personas jurídicas o comerciantes que, en el ejercicio de sus actividades, incurriesen en la comisión de los delitos a los cuales se refería dicha ley, además de las sanciones que correspondan en forma personal a los ejecutores directos o indirectos de los delitos, serían sancionados, según los casos, con la cancelación en los Registros Públicos de la personería jurídica y de las licencias, patentes u otras autorizaciones administrativas o municipales que vinieren disfrutando.

En el mismo sentido, la posterior ley N° 24939 que tipificaba los delitos de contrabando y defraudación de renta de aduanas, desmembró el contenido anteriormente referido en dos normas distintas: En primer lugar, el artículo 9 establecía las sanciones a las personas jurídicas que, en el ejercicio de sus actividades comerciales, incurriesen en la comisión de los delitos señalados en dicha ley, haciéndolas pasibles de la cancelación, en los Registros Públicos, de la personería jurídica y de las licencias, patentes y otras autorizaciones administrativas o municipales que disfrutasen. En segundo término, el artículo 10 ratificaba que los gestores, gerentes, apoderados, directores o accionistas de las empresas aludidos en el artículo 9, serían responsables penalmente en la medida en que hayan sido ejecutores directos o indirectos, de los delitos cometidos.

De esta forma, incluso tratándose de esta normatividad especial, el legislador nacional no sólo incorporó sanciones de naturaleza administrativa y civil para la persona jurídica, sino que tuvo cuidado en consignar expresamente que la responsabilidad penal era individual, inherente a la persona natural.

De esto, es claro que el marco legal anterior a la reforma penal de 1991 estableció como regla general la absoluta irresponsabilidad de las personas jurídicas y, por excepción, tratándose de los delitos de contrabando y defraudación de renta de aduanas asumió el modelo de la responsabilidad accesoría.

3.2 La Reforma Penal de 1991

Al margen de sus defectos de organización y limitaciones políticas, la reforma ha promovido innovaciones técnicas y político-criminales interesantes. Entre ellas tenemos la incorporación expresa y con carácter general del sistema de la responsabilidad accesoría de las personas jurídicas, y la formulación legal del "actuar por otro".

3.2.1. Naturaleza de las Consecuencias Accesorias

El nuevo Código Penal, recepcionando los modelos españoles -Proyecto español de Código Penal de 1980 y anteproyecto de 1983-, introduce medidas que afectan a la persona jurídica, denominadas "Consecuencias Accesorias", sin que esto importe de modo alguno aceptar que tienen capacidad penal.

En el artículo 104 se señala que el juez decretará, asimismo, la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, en cuanto sea necesaria para cubrir la respon-

sabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquéllos, si sus bienes fueran insuficientes.

A su vez, el artículo 105 dispone que 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 podrá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes: a) Clausura de locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años (numeral 1). b) La disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité (numeral 2). c) La suspensión de sus actividades por un plazo no mayor de dos años (numeral 3). d) La 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 (numeral 4). La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años. En tal sentido, 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.

Este régimen de Consecuencias Accesorias constituye una variante del modelo de la absoluta irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, irresponsabilidad que ha quedado reafirmada por las múltiples teorías -incapacidad de acción, incapacidad de realización típica, etc.-, doctrinal y legalmente sustentadas en el marco del nuevo C.P. En tal sentido, dichas teorías, fundamentan el carácter individual de la capacidad penal, propia de la persona natural. Asimismo, la propia naturaleza jurídica de las sanciones abunda en el argumento de la irresponsabilidad. Así, desde una perspectiva formal-legal, las consecuencias accesorias no constituyen penas ni medidas de seguridad al no inscribirse en los catálogos respectivos de los artículos 28 y 71 del C.P. De este modo, desde dicha óptica, poseen naturaleza jurídica propia al hallarse reguladas de manera independiente en un título y capítulo propios.

Sin embargo, desde el punto de vista material, su naturaleza jurídica administrativa no se confunde con su carácter accesorio, el cual deriva del hecho de que su procedencia tiene como presupuesto la existencia de un delito cometido por una persona física.

Por ello, la vigencia de estas medidas accesorias permite hablar con propiedad de un derecho penal administrativo. Por ende, la vigencia del prin-

cipio *societas delinquere non potest* no entraña contradicción con la imposición de sanciones administrativas a las personas jurídicas²⁸.

Como advertimos al inicio, no es objeto de este documento el análisis detallado del régimen de las consecuencias accesorias.

3.2.2. Relevancia de la fórmula del "Actuar por Otro"

Afirmar que sujeto activo sólo puede serlo la persona natural trae como consecuencia que, frente a determinados delitos -los llamados especiales propios, por lo general de índole patrimonial o económica- sea difícil o imposible la determinación del sujeto activo.

Así sucede, por ejemplo, en el caso del artículo 234 párrafo 1º del C.P., cuando el especulador es una persona jurídica, aunque quien ha tomado la decisión respectiva es una persona humana -el director representante, el consejo directivo, etc-. En este caso, la persona natural realiza una acción atípica, pues no reviste la calidad especial exigida por el tipo penal- con arreglo al cual sólo quien es productor, comerciante o fabricante puede ser autor-, de manera que dicho individuo no podría ser sancionado penalmente al no ostentar la calidad de sujeto activo. Lo contrario vulneraría el principio de legalidad.

Ahora bien, con arreglo al principio por el cual el sujeto activo sólo puede ser la persona humana, tampoco se puede inculpar a la persona jurídica como sujeto activo, con lo cual se llegaría a la absurda consecuencia de que existe un delito sin autor. Esto es, se llegaría a negar la tipicidad de todo comportamiento en que aparece en primer plano una persona jurídica y, por ende, no sería difícil lograr la ineficacia de la ley penal.

Por este motivo, tratándose de tipos legales que exigen en el sujeto activo determinadas calidades que no ostenta la persona física pero sí la persona jurídica en cuyo nombre actúan, el Código Penal de 1991, en el artículo 27, ha incorporado la fórmula del "actuar por otro" o "actuar en nombre de otro", la cual tiene como fuentes los Códigos Penales de Alemania (párrafo 14), España (artículo 15 bis) y Portugal (artículo 12).

Así, el artículo 27 del C.P. de 1991 establece que quien actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica, o como socio representante autorizado de una sociedad, y realiza el tipo legal de un delito es responsable como

28. Bajo, 1978, p. 119.

autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada.

En este orden de ideas, la incorporación de esta fórmula legal no se contrapone a lo ya planteado, en el sentido de que las personas jurídicas no tienen capacidad penal. Por el contrario, su lógica parte de la idea de que dichas entidades son penalmente irresponsables, motivo por el cual, a fin de evitar la impunidad de quienes efectivamente realizan el delito, esto es, las personas naturales que ostentan el dominio del hecho, por disposición legal se integran a éstos las calidades propias de la persona jurídica que representan. Dicha integración impide la violación del principio de legalidad, regulado en el artículo 2, numeral 20, literal "d" de la Constitución, y en el artículo II del Título Preliminar del C.P.

Por ende, la cláusula de la actuación en lugar de otro, pretende resolver el problema político-criminal de las lagunas de punibilidad, las que se detectan en relación a aquellas figuras delictivas en que el tipo de lo injusto reviste características especiales, las cuales no pueden ser formalmente verificadas en el sujeto que realiza la acción típica y produce la lesión o peligro del bien jurídico protegido por la norma penal respectiva²⁹. Ahora bien, dichas posibilidades de impunidad sólo existen tratándose de los delitos especiales propios.

Son delitos comunes aquellos en los cuales el tipo penal no precisa una calidad especial en el sujeto activo, así por ejemplo, el caso del homicidio simple (artículo 106). A su vez, los delitos especiales requieren que la conducta prohibida sea ejecutada por ciertas personas que poseen un deber específico o presupuestos especiales, así por ejemplo, en el delito de abuso de autoridad se requiere que el sujeto activo sea un "funcionario público" (artículo 376).

Asimismo, se distingue entre delitos especiales impropios y propios. Son impropios cuando la lesión del deber especial sólo determina una agravación de la punibilidad (v.gr. peculado, artículo 387 en relación con la apropiación ilícita, artículo 190 del C.P.). Por último, en los delitos especiales propios, la lesión del deber especial fundamenta la punibilidad, la existencia del delito, no una simple agravación, vgr. el juez en el prevaricato (artículo 418).

En este orden de ideas, la posibilidad de impunidad que se desea evitar sólo se presenta en

los delitos especiales propios debido a que en éstos, a diferencia de los impropios, no existe un correlativo delito común hacia el cual reconducir la tipificación. Así por ejemplo, quien se apropia ilícitamente de un bien del Estado sin ser funcionario público, no comete el delito especial impropio de peculado, pero su conducta será típica en la fórmula del delito común de apropiación ilícita. Sin embargo, quien representa a una empresa comercial que ejecuta el delito especial propio de especulación, sólo podría ser sancionado si el ordenamiento jurídico permitiera integrar la calidad de comerciante de la representada en la conducta de dicho representante; sólo así se respetaría el principio de legalidad. De esta manera, la fórmula legal del actuar por otro sólo se aplica a los casos de delitos especiales propios.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La posibilidad de exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas, se vería frustrada por la imposibilidad dogmática de llevar a cabo el empeño. La opción que se presenta en la actualidad, es más simple y, a la vez, más complicada. Se trata de optar entre el mantenimiento del statu quo o la revisión de las categorías dogmáticas vigentes³⁰.

Nosotros entendemos el control penal desde la óptica de la criminología crítica. En este sentido, el problema de la criminalidad no es sino el resultado de un proceso de definición política, de decisiones de control social y del ejercicio finalista del poder del Estado: Es el Estado el que crea delitos y delincuentes. De allí que la tipificación de los delitos y la aplicación de penas sean eminentemente selectivas, tanto en lo formal como en lo material³¹.

De este modo, los conceptos de delito, criminalidad, sujeto activo, acción, tipicidad, pena, etc., no están determinados de forma ontológica o categorial, de modo que sea imposible la revisión, reforma o eliminación de sus contenidos. El Estado, como titular de la función punitiva, define una política criminal que luego legitima a través de categorías dogmáticas que instrumentalmente mantiene, reformula o elimina. Por ende, la función de la dogmática jurídico-penal está reducida a legitimar las decisiones político-criminales adoptadas por el Estado.

De esta forma, en un Derecho Penal moderno y más aún del futuro, no existe ningún motivo que impida al Estado atribuirle capacidad penal a las personas jurídicas.

29. Gracia Martín, 1986, p. 20.

30. Zugaldía, 1980, p. 86.

31. Prado, 1990, pp. 19 y 20.

Pero no obstante tener el camino libre, creemos también, no por razones ontológicas o categoriales, sino estrictamente de eficacia político-criminal, que las personas jurídicas no deben ser pasibles de sanción penal. Lo contrario significaría encubrir al verdadero sujeto activo, dado que las personas jurídicas se crean, se modifican y fenecen exclusivamente a voluntad de las personas naturales, son ellas quienes tienen el total dominio de su actuación³².

No estamos seguros que la afirmación de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, constituya una contribución notable, de modo que maximice las posibilidades de enfrentar con éxito la criminalidad organizada; simplemente estamos seguros que la opción contraria reduciría ostensiblemente dichas posibilidades. Estamos convencidos de haber elegido la opción menos perjudicial más que la de mayores beneficios. En tal sentido, la inclusión del modelo de responsabilidad accesoria en el Perú, constituye un acierto legislativo, dado que en el marco de la responsabilidad individual permite potestativamente sancionar a las personas jurídicas con medidas administrativas de carácter preventivo.

Ahora bien, a fin de maximizar las posibilidades ofrecidas por el modelo dogmático asumido, consideramos que, más que debatir problemas formales de carácter dogmático, es necesario precisar los lineamientos principales de una opción político criminal coherente, a efectos de revisar la actual experiencia de impunidad de la delincuencia organizada a través de personas jurídicas. Dicho marco debe establecerse sobre una base mínima compuesta por cinco presupuestos:

1. Evaluar de lege ferenda (legislación futura), la posibilidad de incorporar nuevas medidas aplicables a las personas jurídicas, o perfeccionar las existentes con fines principalmente preventivos.
2. Incorporar de lege ferenda fórmulas legales que faciliten la punibilidad de las personas naturales que se sirven de la persona jurídica para la comisión delictiva. En este sentido, la fórmula del actuar por otro del artículo 27 del C.P. constituye tan sólo un simple avance en este sentido, que incluso puede perfeccionarse.
3. Evaluar los mecanismos de salvaguarda de los intereses de terceros inocentes que pueden perjudicarse con la aplicación de sanciones a la persona jurídica, verbigracia los ac-

cionistas, los acreedores, etc. Resulta insuficiente la fórmula del artículo 105 in fine que sólo protege a los trabajadores.

4. Incorporación de lege ferenda, de los mecanismos procesales necesarios para efectivizar la actividad del órgano sancionador.
5. Estudiar los posibles efectos de la opción asumida. En el Perú estas medidas resultan de mediata aplicación, por su desconocimiento entre los operadores del Derecho, como por la ausencia de un procedimiento especial para su ejecución, existiendo por ende un amplio margen librado a la praxis judicial, en ocasiones fuente de arbitrariedad y corrupción. Asimismo, puede dudarse inclusive de su funcionalidad, en atención a que la experiencia europea señala que en ocasiones terminaron aplicándose principalmente a las pequeñas empresas. Dichas consecuencias negativas podrían agudizarse en el caso nacional, de modo tal que las Consecuencias Accesorias llegaran a constituirse en nueva fuente de estigmatización criminal, ahora de la pequeña empresa, confirmando el carácter selectivo y clientelista del Derecho Penal.

Son estos los riesgos que la admisión del modelo importado de las Consecuencias Accesorias entraña.

Bibliografía

1. BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Derecho penal económico. Aplicado a la actividad empresarial*. Cívitas, Madrid, 1978.
2. BARBERO SANTO, Marino. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas?" En: *Revista Doctrina Penal. Teoría y práctica en las ciencias penales*. Año 9, n° 35. Buenos Aires, julio-setiembre 1986.
3. BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de derecho penal, Parte general*, 3ª ed. Ariel, Barcelona, 1989.
4. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penalespañol, Parte General I. Introducción: Teoría jurídica del delito*, 3ª ed., 2ª reimprección. Tecnos, Madrid, 1988.
5. CURY URZUA, Enrique *Derecho penal, Parte General*, tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982.

32. Bustos, 1989, p. 171.

6. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. "Ofensiva contra el concepto de persona jurídica". En: *Anuario de Derecho Civil*, vol. 14. España, octubre-diciembre 1961.
7. ESPINO PEREZ, Julio. *Código Penal. Concordancias*, 7ª ed. Cultural Cuzco, Lima, 1988.
8. GARCIA RADA, Domingo. *Sociedad anónima y delito*, 2ª ed. Studium, Lima, 1985.
9. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*. Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1979.
10. GRACIA MARTIN, Luis. *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales. El delito integrado de la actuación en lugar de otro y sus consecuencias jurídicas*. Bosch, Barcelona, 1986.
11. HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal, Parte general*, 2ª ed. Eddili, Lima, 1987.
12. JARA F., Gonzalo. "¿Son las personas jurídicas sujetos de sanción penal?" En: *Revista Thémis*, N° 8. Lima, 1987.
13. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, vol. 1. Traducción y adiciones de derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Bosch, Barcelona, 1981.
14. LECCA FORERO, Gerardo Manuel. *La responsabilidad penal de los directores en las sociedades anónimas*. Tesis para optar el grado de bachiller en derecho y ciencias políticas. Universidad de Lima, Lima, 1990.
15. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, Parte general (Fundamentos y Teoría del delito)*, 3ª ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990.
16. MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas*, 2ª ed. Villanueva, Lima, 1977.
17. MOSCOSO CALLO, Juana Luz. *El acaparamiento, especulación y adulteración como delitos contra la economía en el D. Leg. 123. 2 tomos*. Tesis para optar el grado de bachiller en derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1988.
18. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. Temis, Bogotá, 1984.
19. OCTAVIO DE TOLEDO, E. y HUERTA TOCILDO, S. *Derecho penal, Parte General. Teoría jurídica del delito (I)*. Rafael Castellanos Editor, s/f.
20. PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de derecho penal, Parte general*, 3ª ed., 2ª reimpresión. Vol. I. Sagitario, Lima, 1987.
21. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Derecho penal y política. Política penal de la dictadura y la democracia en el Perú*. Lima, 1990.
22. STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal, Parte general, I (El hecho punible)*. Traducción de la 2ª edición alemana (1976) de Gladys Romero. Edersa, Madrid, 1982.
23. TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito. Introducción al Derecho Penal económico y de la empresa*. Ariel, Barcelona, 1985.
24. UGAZ SANCHEZ-MORENO, José Carlos. "Quiebra fraudulenta". En: *Separata especial de la Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, Lima, s/f.
25. VILADAS JENÉ, Carles. *Los delitos de quiebra. Norma jurídica y realidad social*. Península, Barcelona, 1982.
26. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones de Derecho Penal, parte general*. Cultural Cuzco, Lima, 1990.
27. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Sistema penal y reforma. Crisis y alternativa". En: *Diario El Peruano*, sección B, página 15. Lima, 24 de enero de 1991.
28. WESSELS, Johannes. *Derecho penal, parte general*. Traducción de la 6ª edición alemana por Conrado A. Finzi. Depalma, Buenos Aires. 1980.
29. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal, Parte general*. Ediar, Buenos Aires. Tomo III, 1981. Tomo IV, 1982.
30. ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*". En: *Cuadernos de política criminal*, N° 11, Edersa, Madrid, 1980.