

LAS MEDIDAS APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL PROCESO PENAL PERUANO*

Percy García Cavero
Profesor de Derecho penal
Universidad de Piura

I. Introducción

En la actual organización de la sociedad, resulta un dato incuestionable la intervención preponderante de las personas jurídicas en el tráfico jurídico-patrimonial. La empresa ha desplazado claramente a la figura del comerciante individual en el terreno de la economía, lo que ha llevado no sólo a que la normativa jurídico-privada tenga en cuenta desde hace tiempo este fenómeno, sino que el propio Derecho penal se plantee en la actualidad la necesidad de considerar a la persona jurídica en sus criterios de imputación de responsabilidad. En esta línea, las legislaciones penales contemporáneas presentan cada vez con mayor [94] definición dispositivos que contemplan diversos mecanismos de reacción aplicables directamente a las personas jurídicas, aunque debe señalarse que, tal como lo ha puesto de manifiesto recientemente BACIGALUPO ZAPATER, “el fundamento de estas legislaciones sigue siendo poco seguro”¹. Por esta razón, intentaré abordar en este trabajo la difícil problemática de precisar la naturaleza y sentido de las medidas aplicables directamente a las personas jurídicas, concretándola en los diversos dispositivos jurídico-penales de la actual legislación penal peruana.

II. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La vieja cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas mismas ha sido abordada a lo largo de la historia de las ideas dogmáticas en diversos momentos. En efecto, si repasamos esta historia podremos identificar fundamentalmente tres momentos en los que se ha debatido intensamente esta cuestión. Es importante destacar que si bien la cuestión en discusión ha sido la misma, los tópicos sobre los que ha girado el debate en cada momento histórico y su repercusión en el ordenamiento penal han sido claramente distintos. Para apreciar esto con mayor claridad, hagamos un recuento de esta discusión con un poco de mayor detalle.

* Publicado en *Revista de Derecho*. Universidad de Piura. Vol. 7-2006, páginas 93-127.

¹ BACIGALUPO ZAPATER, «Las teorías de la pena y el sujeto del Derecho penal», en *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI*, Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs, Yacobucci (dr.), Lima, 2005, p. 188.

1. El surgimiento del fenómeno corporativo

Desde finales del S. XVIII las personas jurídicas comenzaron a tener una participación más intensa en el tráfico jurídico-patrimonial. Este fenómeno llevó a la discusión sobre la esencia de la persona jurídica, que dio lugar fundamentalmente a dos posturas encontradas en la dogmática jurídica. Por un lado, hay que destacar el planteamiento de SAVIGNY, quien a partir de un concepto de derecho subjetivo vinculado a la idea de sujeto individual, negó la realidad jurídica de las personas jurídicas a las [95] que calificó no más que de una ficción². Esta ficción, por otra parte, solamente podría utilizarse en el Derecho civil, pero no en el Derecho penal, pues en este ámbito las personas son tratadas como seres pensantes y con voluntad³. A este planteamiento se opuso la teoría de la realidad de GIERKE⁴, quien en atención a teorías organicistas del ámbito de la biología, consideró que la persona jurídica era un organismo que podía participar perfectamente en la vida social y, por tanto, tener una personalidad colectiva real⁵. La persona jurídica expresa su voluntad social a través de sus órganos.

Si bien se ha dicho que no fue el debate brevemente esbozado sobre la esencia de la persona jurídica, sino la teoría de la pena del siglo XVIII lo que influyó en la discusión dogmática sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas de la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX⁶, lo cierto es que este debate ha informado de algún modo el espíritu de ese tiempo. Por ello, no sería inexacto sostener que defensores de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas como BERNER, BINDING o VON LILIENTHAL se apoyaron de alguna forma en la teoría de la ficción⁷, mientras que autores como VON LISZT, HAFTER y MESTRE afirmaron la posibilidad de una responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir de su realidad social⁸. En cualquier caso, la posición doctrinal que finalmente se impuso en esta etapa de la historia de las ideas dogmáticas fue aquella que negaba la responsabilidad penal de los entes colectivos,

² SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1840, T. II, p. 312 y ss. Vid., la exposición de este planteamiento, BACIGALUPO, S. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un problema del sujeto del Derecho penal», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Cervero (coord.), Mendoza, 2004, p. 78.

³ Vid., SAVIGNY, *System*, II, p. 312.

⁴ Vid., así, BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998, p. 65.

⁵ GIERKE, *Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 1887, p. 754 y ss.; EL MISMO, *Das Wesen des menschlichen Verbände*, Reihe „Libelli“, T. XVII, 1902.

⁶ Vid., así, BACIGALUPO ZAPATER, *LH-Jakobs*, p. 192 y ss.

⁷ Vid., BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1857, § 40; BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, I, Leipzig, 1885, I, p. 310; VON LILIENTHAL, *Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht*, 2. Aufl., 1890, p. 32.

⁸ Vid., VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 3. Aufl., Berlin, 1888, p. 114 y ss.; HAFTER, *Die Delikts- und Straffähigkeit*, p. 75 y ss.; MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, París, 1899, p. 211 y ss.

sintetizándose su conclusión central en el extendido aforismo de *societas delinquere non potest*. La legislación penal, por su [96] parte, se mantuvo fiel a esta formulación de principio, de manera que ante la comisión de hechos delictivos en el marco de las actividades de personas jurídicas, se consideró suficiente sancionar a las personas naturales que habían participado activa u omisivamente en el hecho delictivo.

2. El Derecho de ocupación de la postguerra mundial

El segundo momento de replanteamiento de la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se dio a raíz del surgimiento de un Derecho de ocupación en Europa luego de la segunda guerra mundial⁹. En esta época, varios principios de la tradición jurídica anglosajona aterrizaron en la Europa occidental y empezaron a ser recepcionadas por los tribunales europeos. Joaquín GARRÍGUES sintetiza este fenómeno con una formulación más de carácter literaria que científica: “en las mochilas de los soldados norteamericanos se trajeron a Europa también muchos principios propios del sistema jurídico norteamericano”. En el terreno propiamente penal, se presentaron varios casos en la década de los cincuenta en los que los tribunales penales alemanes utilizaron principios de tradición anglosajona para castigar penalmente a las personas jurídicas por delitos cometidos a partir de sus actividades. Esta situación judicial llevó a que en la doctrina volviera a plantearse la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En 1953 se discutió en el Congreso Alemán de Juristas la cuestión de si la persona jurídica podía cometer delitos o no. La opinión dominante fue entender que la persona jurídica no podía tener responsabilidad penal por carecer fundamentalmente de capacidad de acción¹⁰. La importancia [97] que tuvo el argumento de la falta capacidad de acción se explica porque en ese momento el concepto de acción era un tema central en la discusión sobre la teoría del delito (la llamada lucha de escuelas)¹¹. Pese a las claras diferencias de formulación entre las concepciones causalista y finalista que

⁹ Vid., VON WEBER, «Über die Strafbarkeit juristischer Personen», *GA* 1954, p. 237; BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 126 y ss.

¹⁰ Vid., así, ENGISCH, Referat zum Thema «Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?», en *Verhandlungen des vierzigsten Deutschen Juristentag*, Band I, Tübingen, 1953, p. E 24 y ss.; HARTUNG, Referat zum Thema «Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?», en *Verhandlungen des vierzigsten Deutschen Juristentag*, Band I, Tübingen, 1953, p. E 44 y ss.; BRUNS, «Juristische Personen können wegen Devisenvergehens bestraft werden?», *JZ* 1954, p. 253 y s.; JESCHECK, «Die Behandlung der Personenverbände im Strafrecht», *SchwZStr* 65 (1955), p. 243; NIESE, «Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht», *JZ* 1956, p. 463; SCHMITT, *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände, Gleichzeitig ein Beitrag zur Lehre von den strafrechtlichen Unrechtsfolge*, Stuttgart, 1958, pp. 182 y ss., 215 y ss.; SEILER, *Strafrechtliche Massnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände*, Freiburg (Schweiz), 1967, p. 52 y ss.

¹¹ En este sentido, VON FREIER, *Kritik der Verbandsstrafe*, Berlin, 1998, p. 91.

en ese entonces se encontraban en disputa, ambas coincidieron en entender que la persona jurídica no podía realizar una acción penalmente relevante, sea porque carecía de una voluntad psicológicamente entendida, sea porque no era capaz de actuar finalmente.

Hay que precisar, sin embargo, que la discusión penal en esta época no se quedó en el simple rechazo de la capacidad delictiva de las personas jurídicas, sino que se presentaron propuestas que intentaron fundamentar la posibilidad de imponer medidas de seguridad a las personas jurídicas¹². Pese al esfuerzo de un sector de la doctrina, estas propuestas no se materializaron en disposiciones legales por la falta de una definición clara de sus presupuestos: ¿La acción y la peligrosidad eran de las personas naturales o de la persona jurídica?¹³ Por otra parte, era lógico que las medidas pensadas contra las personas jurídicas no intentaban tratarlas como inimputables a los que había que corregir, lo que impedía enmarcarlas en la categoría tradicional de las medidas de seguridad¹⁴. En el plano legislativo se desarrollaron con cierta extensión, por el contrario, medidas de carácter administrativo contra las personas jurídicas como multas e inhabilitaciones, lo cual se condice con el creciente desarrollo que tuvo el Derecho administrativo sancionador en la segunda mitad del siglo XX [98].

3. La protección del mercado único comunitario

El tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha vuelto a poner en el tapete de la discusión dogmática a raíz de la política unificadora de los mercados en Europa. La Comunidad Europea dio en 1988 una directiva a los estados miembros para implantar sanciones directas a las personas jurídicas con la finalidad de proteger así las condiciones del mercado común¹⁵. En este contexto, más político que jurídico, los cambios

¹² HEINITZ, Referat zum Thema «Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?», en *Verhandlungen des vierzigsten Deutschen Juristentag*, Band I, Tübingen, 1953, p. 84 y ss.

¹³ Vid., así, la discusión en SCHMITT, *Massnahmen*, p. 200 y ss.; SEILER, *Strafrechtliche Massnahmen*, p. 106 y ss.

¹⁴ Vid., así, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, Lima, 2003, p. 668. Por ello, resulta comprensible el parecer de SCHMITT, *Massnahmen*, p. 204 de rechazar la posibilidad de aplicar medidas de seguridad subjetivas (que se dirigen a la psique del autor) a las personas jurídicas.

¹⁵ Vid., ACHENBACH, «Sanciones con las que se pueden castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho penal alemán», (trad. Joshi), en *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1995, p. 381 y ss.; ALESSANDRI, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Pedrazzi/Alessandri/Foffani/Seminara/Spagnolo, 2ª ed., Bologna, 2000, p. 82 y s. BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 143 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo actual», *CDJ: La responsabilidad penal de las sociedades, actuación en nombre de otro, responsabilidad de los consejos de administración, responsabilidad de los subordinados*, VII, Madrid, 1994, p. 103; PIETH, «Internationale Anstöße zur Einführung einer strafrechtlichen Unternehmenshaftung in der Schweiz», *SchwZStr* 120 (2001), p. 3; SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de la empresa y de sus órganos en Derecho español» en *Fundamentos de un sistema*

se han producido rápidamente en el plano legislativo¹⁶, mientras que en la discusión doctrinal las opiniones siguen estando encontradas. Pese a que no se ha llegado a un consenso sobre la capacidad delictiva de las personas jurídicas y los fundamentos de su afirmación, muchas legislaciones penales de países europeos han incorporado ya sanciones para las mismas. Muy gráfica al respecto es la exposición de motivos de la reforma al Código penal suizo que incorpora sanciones penales a las personas jurídicas: “No es finalmente la dogmática, sino la voluntad del legislador de regular convenientemente una situación problemática, la que decide si esta regulación resulta permitida”¹⁷.

El apuro político por crear medidas aplicables a las personas jurídicas no debe, sin embargo, hacerse a costa de sacrificar la seguridad jurídica. En esta línea, conviene recordar la crítica que hace SEELMANN a las ideas expresadas por el legislador suizo, en el sentido de que sólo teniendo en [99] cuenta el razonable juego en equipo entre la política y la dogmática el Derecho puede enseñarse, aprenderse y controlarse, de lo contrario se entrará en una crisis en la que solamente ambas partes pueden perder¹⁸. Por esta razón, la incorporación legislativa de medidas aplicables a las personas jurídicas requiere no sólo de una decisión política, sino también de una fundamentación dogmática. Si no se trabaja la legitimación jurídica de estas medidas, habremos vuelto a la época en la que Administración de Justicia se realizaba de manera arbitraria, con absoluta carencia de razones justificadas para intervenir sobre los ciudadanos.

III. Las medidas aplicables a las personas jurídicas en el proceso penal actual

Como ya lo hemos señalado, las diversas legislaciones occidentales han ido incorporando medidas aplicables a las personas jurídicas como consecuencia de la necesidad político-criminal de proteger los intereses de carácter económico. No obstante, estas finalidades político-criminales no ofrecen el criterio dogmático que debe tener en cuenta el juez penal para decidir cuándo imponer una medida a la persona jurídica en un proceso penal. Por esta razón, resulta indispensable que los estudios doctrinales se encarguen de precisar la naturaleza jurídica de las medidas aplicables

europé de Droit pénal, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1995, p. 358; ZUGALDÍA ESPINAR, «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas», *CPC* 53 (1994), p. 617.

¹⁶ Vid., SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código penal español», en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 103.

¹⁷ Citado por SEELMANN, «Punibilidad de la empresa: causas, paradojas y consecuencias», (trad. García Caveró), en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 25.

¹⁸ SEELMANN, en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 26.

directamente a las personas jurídicas, pues solamente así podrá determinarse con mayor seguridad los presupuestos de su aplicación.

1. Las medidas aplicables como penas

En unos casos, la regulación positiva ha sido muy clara al establecer que las medidas directamente aplicables a las personas jurídicas son penas, tal como sucede en países como Holanda, Portugal, Noruega, Francia, Finlandia, Dinamarca y Suiza. No obstante, la forma como se ha regulado la imposición de dichas penas muestra que sus presupuestos de legitimación son muy distintos o que se ha tenido muy poca claridad sobre ellos. Por ejemplo, en países como Francia, en donde existe una antigua tradición doctrinal favorable a la responsabilidad penal de las llamadas personas [100] morales que viene desde los planteamientos de MESTRE, la responsabilidad de la persona jurídica es directa, no enervando la posibilidad de imponer sanciones penales también a sus órganos o representantes por el delito cometido¹⁹. Por el contrario, en países como Suiza, por ejemplo, la responsabilidad penal de las empresas se ha estructurado de manera subsidiaria, es decir, que opera solamente en los casos en los que el hecho no pueda ser imputado a una persona individual por una defectuosa organización de la empresa²⁰. Como puede verse, la legislación penal ha ido por delante de los desarrollos doctrinales y es por ello que puede apreciarse una cierta incertidumbre sobre los presupuestos necesarios para imponer una sanción a las personas jurídicas.

Es evidente que la discusión sobre la naturaleza jurídica de las medidas aplicables a las personas jurídicas no se agota con decir que son penas, pues con esta afirmación el trabajo dogmático prácticamente recién empieza. En primer lugar, habrá que precisar, en la medida en que la pena se fundamente aún en la culpabilidad del autor, cómo se manifiesta la culpabilidad jurídico-penal de las personas jurídicas. En este sentido, habrá que esclarecer si la persona jurídica tiene una culpabilidad jurídico-penal análoga a la de la persona natural²¹ o si, por el contrario, su culpabilidad es propia²², o incluso si la sanción penal se basa, para el caso de la pena a las

¹⁹ Vid., con mayores precisiones y referencias, PRADEL, «La responsabilidad penal de la persona moral», en *Anuario de Derecho penal*, Hurtado Pozo (dr.), Lima, 1996, p. 75 y ss.

²⁰ Vid., SEELMANN, en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 32.

²¹ Vid., así, TIEDEMANN, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Anuario de Derecho penal*, Hurtado Pozo (dr.), Lima, 1996, p. 118; BRENDER, *Die Neuregelung der Verbandtäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Freiburg, 1989, p. 122; SCHROTH, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte*, Giessen, 1993, p. 198 y s.

²² Vid., así los planteamientos de HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, 1995, p. 264 y ss.; LAMPE, «Systemunrecht und Unrechtssysteme», *ZStW* 106 (1994), p. 732 y ss.; DANNECKER, «Das Unternehmen als „good corporate Citizen“ – ein Leitbild der europäischen Rechtsentwicklung?», en *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, Alwart (Hrsg.), München, 1998, p. 27; EL MISMO, «Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher

personas jurídicas, en otros principios funcionalmente equivalentes a la culpabilidad (p.e. un estado de necesidad preventivo [101] de protección de bienes jurídicos²³). Pero además debe resolverse la cuestión de cuál es el injusto realizado por la personas jurídica, esto es, si se trata del injusto de resultado realizado por su órganos o representantes, siguiendo así la *alter ego theory* o teoría de la identificación²⁴, o si se trata de un injusto por organización defectuosa atribuible directamente a la persona jurídica²⁵. En la definición de estos aspectos reina amplios márgenes de incertidumbre, los cuales deberán ser esclarecidos de *lege lata* por la doctrina penal de los diversos países en los que se reconoce la posibilidad de penar a las personas jurídicas. Sólo así será posible definir los presupuestos necesarios para imponer una sanción penal a las personas jurídicas.

2. Las medidas aplicables como medidas distintas a la pena

Otros países se han mantenido en la línea tradicional de negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, en este sentido, no contemplan nominalmente penas para las mismas. Sin embargo, esta negación no les exonera de la exigencia de hacer frente directamente a las personas jurídicas cuando desde sus actividades se han cometido hechos delictivos. Las medidas previstas contra las personas jurídicas son de diversas características, moviéndose tanto en plano administrativo como el propio proceso penal. [102]

A. Las medidas administrativas

En la mayoría de los países la legislación prevé la imposición de sanciones administrativas a las personas jurídicas. En esta línea se orienta, por ejemplo, la propuesta doctrinal de OTTO de aplicar a la persona jurídica

Sanktionen gegen Verbände», *GA* 2001, p. 112 y ss. Críticamente, JAKOBS, «¿Punibilidad de las personas jurídicas?», (trad. Suárez González), en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 64.

²³ Vid., así, SCHÜNEMANN, «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea», (trad. Peñaranda/Pérez Manzano) en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 589. Críticamente, como una huida de la dogmática penal, SEELMANN, en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 39.

²⁴ Sobre este modelo de responsabilidad por atribución, vid., KREMNIETZER/GHANAYIM, «Die Strafbarkeit von Unternehmen», *ZStW* 113 (2001), 541 y s.; SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 114 y ss. Críticamente JAKOBS, en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 56 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, «Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y el Derecho penal peruano», en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 156 y ss.

²⁵ El planteamiento original de esta culpabilidad por organización defectuosa fue desarrollado por TIEDEMANN [«Die „Bebussung“ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität», *NJW* 1988, p. 1172; *Anuario de Derecho penal*, Hurtado Pozo (dr.), p. 118] en el Derecho de contravenciones alemán. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 119 y s., cuestiona que este criterio sea un modelo de responsabilidad por hecho propio, pues entiende que siempre será necesario recurrir al hecho de una persona física (órganos de control o vigilancia).

medidas sancionatorias de supervisión administrativa²⁶. Algunos autores, como GRACIA MARTÍN, niegan esta posibilidad, en tanto entienden que la persona jurídica es incapaz de acción y, por tanto, tampoco podría fundamentarse la imposición de sanciones administrativas²⁷. Sin embargo, esta imposibilidad dogmática no impediría recurrir a algún tipo de medida administrativa para hacer frente a situaciones de peligro. A partir de esta idea GRACIA MARTÍN desarrolla el criterio de la peligrosidad objetiva de la cosa (o sea, la persona jurídica), con ayuda de la cual sustentaría la imposición de medidas administrativas no sancionatorias a estos entes colectivos²⁸.

Lo problemático de una solución sólo administrativa del problema, como lo ha puesto de manifiesto SILVA SÁNCHEZ, radica en que en muchos casos la sanción administrativa resulta siendo insuficiente desde el punto de vista preventivo²⁹. En efecto, las sanciones administrativas son normalmente multas, de manera tal que la persona jurídica podría contabilizarlas como un costo de su actividad, trasladando dicho costo a los consumidores y eliminando así la finalidad intimidatoria o preventiva de la multa. Por otra parte, resulta evidente que la sanción administrativa no tiene el efecto comunicativo social que tiene la sanción penal y ello produce inevitablemente un déficit de punibilidad frente a las conductas graves cometidas desde la persona jurídica. En atención a estas críticas, se ha reforzado el parecer de que resulta necesario utilizar mecanismos de reacción de carácter jurídico-penal frente a las personas jurídicas. Por ello, no puede sorprender que sea cada vez más común que las legislaciones [103] penales incorporen en el proceso penal otras medidas contra las personas jurídicas.

B. Las medidas de seguridad

Siguiendo las líneas generales esbozadas en la discusión de los años cincuenta, algunos autores han intentando sostener que las medidas previstas en las legislaciones penales para ser aplicadas a las personas jurídicas responden a la lógica de las medidas de seguridad. Este planteamiento partiría de otorgarles a las personas jurídicas cierta capacidad de acción, pero negarles, a la vez, capacidad de culpabilidad. En consecuencia, la imposición de la medida de seguridad no se encontraría

²⁶ Vid., con mayor detalle, OTTO, *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, Berlin, 1993, p. 25 y ss.

²⁷ Vid., más detalladamente, GRACIA MARTÍN, «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», *AP* 1993, p. 602. En el Perú ha seguido esta línea, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lima, 1999, p. 140.

²⁸ Vid., GRACIA MARTÍN, *AP* 1993, p. 607.

²⁹ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *La responsabilidad*, García Caveró (coord.), p. 111.

justificada en la culpabilidad de la persona jurídica por el delito cometido, sino en la situación de peligrosidad de la futura comisión de delitos.

El planteamiento esbozado no está libre de problemas y objeciones. En primer lugar, no queda claro quién es el sujeto peligroso: la persona jurídica o sus miembros³⁰. Por otra parte, no todas las medidas legalmente previstas para ser aplicadas a las personas jurídicas se corresponden con la concepción biosicológica de la peligrosidad criminal y tampoco con la finalidad curativa de las medidas de seguridad tradicionales. En efecto, muchas de las medidas previstas en las actuales legislaciones penales no apuntan a finalidades de prevención especial, siendo patente, por el contrario que las medidas de nuevo cuño desarrolladas para las personas jurídicas se han elaborado pensando más en finalidades preventivo-generales que especiales³¹. Un claro ejemplo lo constituye la regulación del decomiso de ganancias obtenidas ilícitamente. En consecuencia, las medidas actuales contra las personas jurídicas no responden a las particularidades de las tradicionales medidas de seguridad, por lo que debe quedar en claro que se trata de otro tipo de medidas, sea una nueva forma de medidas de seguridad con un concepto distinto de peligrosidad o, en todo caso, otra clase de consecuencias jurídicas del delito. [104]

C. Las consecuencias accesorias

En la línea de desarrollar determinadas medidas aplicables directamente a las personas jurídicas que no sean penas ni medidas de seguridad, determinados países contemplan las llamadas consecuencias accesorias³². Tales medidas van desde la suspensión de actividades, la intervención de la empresa, el cierre de la fábrica, hasta la disolución y liquidación de la persona jurídica. Se pone especial énfasis en dejar en claro que no se trata de penas o medidas de seguridad, sino de implementar un tercer género de consecuencias jurídicas del delito³³. Estas medidas responderían a la lógica de la peligrosidad de la persona jurídica en el sentido de existir una estructura organizada que favorece u oculta la comisión de futuros hechos delictivos. En efecto, la imposición de sanciones penales a los miembros de las personas jurídicas no elimina la peligrosidad criminal de la estructura organizativa de la persona jurídica, por lo que resulta necesario imponer medidas directamente sobre la persona jurídica para erradicar o limitar significativamente esa peligrosidad.

³⁰ Para FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones*, p. 125 y ss., se trata, por ejemplo, de una peligrosidad de las personas físicas, pero no de las personas jurídicas.

³¹ Vid., en este sentido, STRATENWERTH, «Strafrechtliche Unternehmenshaftung?», en *FS-R. Schmitt*, Tübingen, 1992, p. 303; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, p. 668.

³² Vid., BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 279, respecto de la legislación española.

³³ Vid., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Parte general, Valencia, 1998, p. 231 y s.

La insuficiencia de las sanciones penales impuestas a los sujetos individuales para atajar la futura comisión de hechos delictivos en el marco de actuación de las personas jurídicas se pone de manifiesto fundamentalmente a partir de ciertos datos criminológicos que pueden constatarse en la empresa moderna. Por un lado, se ha llegado a determinar con una base empírica comprobada cómo la cultura corporativa de una empresa puede tornarse en criminógena, es decir, fomentar que los miembros materialicen hechos delictivos en cumplimiento de las directrices de conducta que la empresa desarrolla a su interior³⁴. Por lo tanto, sancionar únicamente a los miembros individuales de la empresa no erradicaría la cultura corporativa criminógena y, por tanto, el peligro de la futura comisión de hechos delictivos. En segundo lugar, se ha demostrado [105] también que la empresa moderna recurre con mayor frecuencia a la figura de los directivos de banquillo, es decir, personas incorporadas a la estructura empresarial con la única finalidad de asumir plenamente la responsabilidad penal por los hechos delictivos cometidos desde la empresa³⁵. En este sentido, las sanciones penales perderían completamente su virtualidad preventiva si la sanción se quedase en el directivo individual, pues la empresa se limitaría sólo a contabilizar el costo de un director de banquillo frente a los beneficios que le proporcionaría el desarrollo de la actividad ilícita.

En consecuencia, si el sistema jurídico pretende crear las condiciones necesarias para una pacífica convivencia social, no puede desconocer los datos criminológicos antes mencionados, por lo que deberá prever la imposición de medidas directas sobre las personas jurídicas, dirigidas a impedir o eliminar la peligrosidad de su estructura organizativa. Esta situación ha dado origen a la incorporación legislativa de las llamadas consecuencias accesorias en diversos países. En el Perú se ha seguido precisamente esta línea de desarrollo.

IV. Las consecuencias accesorias en la legislación penal peruana

El Código penal peruano de 1991 se ha adherido a la tendencia legislativa de incorporar medidas aplicables a la persona jurídica bajo el rubro de consecuencias accesorias. Si bien estas medidas se regulan junto con otras de mayor tradición legislativa como el decomiso de instrumentos y efectos del delito, no puede desconocerse la novedad que constituye su

³⁴ Vid., con mayor detalle, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Berlin, 1979, p. 22 y ss.; LAMPE, *ZStW* 106 (1994), p. 698 y ss.; DANNECKER, *GA* 2001, p. 108; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2ª ed., Pamplona, 2003, p. 240.

³⁵ Vid., SEELMANN, en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 32.

incorporación en las normas generales del Código penal³⁶. Esta misma [106] orientación legislativa se presenta en las leyes penales especiales, en donde se han incorporado dispositivos especiales para aplicar consecuencias accesorias a las personas jurídicas, como es el caso de la ley penal tributaria (art. 17 del D. Leg. 813) y la ley de delitos aduaneros (art. 11 de la Ley 28008).

1. Naturaleza jurídica

La incorporación de medidas aplicable directamente a las personas jurídicas en el Código penal y las leyes especiales ha llevado a que la doctrina nacional se haya empezado a preguntar sobre su naturaleza jurídica. Es evidente que la respuesta a este interrogante no sólo tiene un interés académico, sino fundamentalmente práctico, pues la determinación de los presupuestos materiales y procesales para la imposición de estas medidas dependerá indudablemente de la naturaleza jurídica que se le asignen³⁷.

A. Las consecuencias accesorias como penas

Un sector de la doctrina, al igual que el parecer de ZUGALDÍA en el Derecho español³⁸, considera que las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas previstas en el Código penal peruano son, en realidad, penas³⁹. Si bien existe una diferencia nominal, en el fondo estas medidas no son más que penas encubiertas a las personas jurídicas⁴⁰. Pese a la relativa aceptación de este planteamiento, su formulación resulta poco conciliable con la regulación establecida en el Código penal peruano. En efecto, si se concibiese las consecuencias accesorias aplicables a las [107]

³⁶ Vid., CASTILLO ALVA, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Lima, 2001, p. 247; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, «Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del art. 105 CP: Principales problemas de aplicación», *Anuario de Derecho penal*, Hurtado Pozo, (dr.), Lima, 2003, p. 474. No obstante, anteriormente se contemplaron medidas similares en leyes como la Ley 16185 de represión del contrabando y defraudación de rentas de aduanas (en el artículo 9 establecía para las personas jurídicas la cancelación en los registros públicos de la personaría jurídica que gocen y de las licencias, patentes u autorizaciones administrativas o municipales que disfruten). Vid., sobre esto último, HURTADO POZO, «Personas jurídicas y responsabilidad penal», *Anuario de Derecho penal*, Hurtado Pozo (dr.), Lima, 1996, p. 148; PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Lima, 2000, p. 180 y s.

³⁷ Vid., así, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 256; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases*, p. 210 y s.

³⁸ Vid., ZUGALDÍA ESPINAR, «Las penas previstas en el artículo 129 del Código penal para las personas jurídicas», *RPJ* 46 (1997), p. 327 y ss. En el mismo sentido, BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 286.

³⁹ Vid., HURTADO POZO, *Anuario de Derecho penal*, 1996, p. 151; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 158; PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias*, p. 179; MONTES FLORES, «¿Punibilidad de las personas jurídicas?», *RPDJP* 6, p. 322.

⁴⁰ Críticamente, JAKOBS, en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 67 y ss.: «Puede perfectamente imponerse una sanción a una persona jurídica o a una masa patrimonial heteroadministrada, tan sólo no debe bautizarse con el nombre de “pena” si se quieren evitar confusiones”.

personas jurídicas como penas, su imposición no debería ser accesoria, es decir, no debería depender de la declaración de culpabilidad de una persona natural. Por otra parte, la persona jurídica tendría que aparecer como inculgado en el proceso penal con todos los derechos de defensa correspondientes. Finalmente, si se tratase de una pena, el criterio para decidir el *quantum* de las consecuencias accesorias sería la gravedad del hecho cometido (principio de culpabilidad), y no la peligrosidad de una comisión futura de nuevos delitos⁴¹.

Está claro que el deseo de aquellos autores que consideran posible una responsabilidad penal de las personas jurídicas les lleva a sostener, aunque sea necesario interpretaciones muy discutibles, que las consecuencias accesorias son en realidad penas. Esta pretensión, sin embargo, no puede hacerse de espaldas a la forma como se encuentran reguladas estas medidas en la legislación penal. Es evidente que la regulación positiva de las consecuencias accesorias impiden, al menos de *lege lata*, considerarlas penas. Basta con decir que estas medidas no se encuentran incluidas en el catálogo de penas previstas en el artículo 28 del Código penal, sino que se agrupan en un título aparte con la reparación civil derivada del delito⁴². Por lo tanto, las consecuencias accesorias constituyen en nuestra legislación penal un tipo de consecuencias jurídicas del delito, pero no son propiamente penas. A partir de esta constatación, un sector importante de la doctrina las considera un tipo especial de medidas preventivas.

B. Las consecuencias accesorias como medidas preventivas

La interpretación mayoritaria entiende que las consecuencias accesorias no son penas, pues no se sustentan en la culpabilidad de la [108] persona jurídica por el hecho delictivo. Se trata de medidas de carácter preventivo que buscan eliminar la peligrosidad de la estructura social. A pesar de que el fundamento de las consecuencias accesorias es la peligrosidad, es evidente que la formulación de estas medidas no se corresponde con la finalidad curativa de las medidas de seguridad tradicionales. La peligrosidad de las medidas de seguridad está vinculada claramente a la constitución psico-física de una persona natural, no a la peligrosidad

⁴¹ Resulta llamativo, sin embargo, que una de las pocas sentencias nacionales que imponen a las personas jurídicas una consecuencia accesoria, como es el caso de la sentencia de primera instancia del caso Utopía, se decidió disolver y liquidar la empresa Inversiones García North S.A.C., sustentando dicha medida en la gravedad de los hechos producidos (las muertes y las lesiones de los asistentes a la fatídica fiesta Zoo). La fundamentación de esta medida parecería ser que se encuentra más en el hecho producido que en la peligrosidad de la estructura empresarial. De hecho, dicha empresa no tenía otras discotecas con deficiencias en los sistemas de seguridad, como para considerar que debía ser disuelta. La empresa incluso ya había sido extinguida por los propios socios.

⁴² CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 247.

organizativa de una persona jurídica⁴³. Por ello, si bien las consecuencias accesorias son medidas preventivas sustentadas en la idea de la peligrosidad, esta peligrosidad es entendida de una forma distinta a la que fundamenta las clásicas medidas de seguridad. Se trata de una peligrosidad de la forma de organización de la persona jurídica, en el sentido de favorecer la comisión futura de hechos delictivos. La particularidad de esta peligrosidad referida a la persona jurídica ha llevado a que la doctrina penal discuta si las consecuencias accesorias se aplican a la persona jurídica como un sujeto de imputación⁴⁴ o como un objeto peligroso⁴⁵. En la medida que la persona jurídica que desarrolla cierto nivel de complejidad organizativa adquiere una individualidad propia, consideramos más acertado tratarla como un sujeto de imputación. Sin embargo, la respuesta a esta cuestión no presenta en el fondo diferencias relevantes en las consecuencias prácticas⁴⁶.

Mayor relevancia práctica tiene la discusión sobre la naturaleza preventiva de las consecuencias accesorias, es decir, si se trata de medidas de naturaleza penal o de medidas administrativas o civiles que simplemente se imponen en sede penal por razones de economía procesal. Los que sostienen que las consecuencias accesorias tienen una naturaleza propiamente penal⁴⁷ lo hacen como consecuencia de haber negado la [109] posibilidad de que las personas jurídicas respondan penalmente, siendo, por tanto, la finalidad de las consecuencias accesorias cubrir el déficit de protección de bienes jurídicos o de mantenimiento de la vigencia de la norma que se genera por la imposibilidad de penar a las personas jurídicas. Las consecuencias accesorias desplegarían, por tanto, una finalidad de prevención general y especial⁴⁸.

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

⁴³ Similarmente, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lima, 1999, 193.

⁴⁴ Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 131.

⁴⁵ Vid., así FEIJOO SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 178; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 276.

⁴⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 180, habla de diferencias accidentales, secundarias o de matiz.

⁴⁷ Vid., LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, I, Madrid, 1996, p. 58; OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO, «Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código penal», en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, Libro Homenaje al Prof. Cerezo Mir, Madrid, 2002, p. 1129.

⁴⁸ Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 136, que considera que las consecuencias accesorias son medidas de seguridad jurídico-penales.

consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica no se sustentan en la culpabilidad por el delito cometido, no son propiamente penales, aun cuando se impongan en un proceso penal. Si no hay una lesión culpable de un bien jurídico o una desestabilización de la norma atribuible a una persona, el Derecho penal no podrá cumplir su función. Evidentemente esta situación no le impide a otros sistemas del Derecho hacer frente a situaciones de peligrosidad o riesgo, pero debe quedar en claro que sus presupuestos de aplicación son ajenos al propiamente penal. Por tanto, las consecuencias accesorias constituyen medidas de carácter administrativo o civil que se imponen en sede penal por razones de economía procesal⁴⁹.

C. Toma de posición

En primer lugar, debe indicarse que resulta incorrecto que se considere, como punto de partida, que la aceptación de las consecuencias accesorias como medidas que no tienen el carácter de penas presupone haber negado previamente la posibilidad de imponer penas a las personas jurídicas. Esta asociación de ideas solamente encontraría razón para aquellos que pretenden asignarle a las consecuencias accesorias la función [110] de cubrir los déficits de prevención provocados por la falta de capacidad penal de las personas jurídicas⁵⁰. En nuestra opinión, sin embargo, las consecuencias accesorias se pueden sustentar con independencia de la posibilidad de imponer penas a las personas jurídicas, pues su fundamento no radica en la falta de culpabilidad de la persona jurídica, sino en la peligrosidad de su organización⁵¹. En consecuencia, podrían perfectamente coexistir en el sistema penal penas a las personas jurídicas y consecuencias accesorias aplicables también a las personas jurídicas.

Si partimos del hecho de que las consecuencias accesorias no son, cuando menos de *lege lata*, penas, la cuestión que debe abordarse decididamente es si se trata de medidas penales o no. Nuestro parecer es que no. Lo único que puede comunicarse en el Derecho penal es la pena, de manera que la imposición de otras medidas, aun cuando se haga en un proceso penal, no adquiere por ese solo hecho naturaleza penal. Los efectos preventivos que estas medidas pueden desplegar en el terreno penal constituyen simples reflejos empíricos de la protección, pero no el fundamento legitimante de estas medidas. Hay que precisar que estas medidas preventivas no revisten

⁴⁹ En una línea similar, CERZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, Parte General, II, 6ª ed., Madrid, 1998, p. 72 y ss.; GRACIA MARTÍN, en Gracia/Boldova/Alastuey, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2ª ed., Valencia, 2000, p. 394.

⁵⁰ Así parece ser la interpretación de CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 249 y s.

⁵¹ Similarmente, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 195.

el carácter de sanción⁵², pues no se sustentan en el hecho cometido por la persona jurídica, sino en el juicio de peligrosidad de comisión futura de nuevos hechos delictivos.

Si se aprecia la regulación positiva de las consecuencias accesorias en nuestro Código penal, podrá verse que nuestra interpretación de las consecuencias accesorias no resulta incompatible con el tenor legal. Por ejemplo, las medidas previstas en el artículo 105 del Código penal se sustentan en una situación de peligrosidad objetiva que autoriza a la Administración a tomar medidas de prevención sobre los bienes o actividades peligrosas de las personas jurídicas. La realización de un delito por parte de sujetos individuales es solamente la ocasión que evidencia la peligrosidad de la organización de la persona jurídica respecto de futuros delitos. En cuanto a la medida prevista en el artículo 104 del CP, se trata de una medida redistributiva de carácter civil que busca evitar el [111] enriquecimiento ilícito⁵³. Si bien la previsión legal de las consecuencias accesorias no ha sido lo suficientemente clara sobre su fundamento dogmático, la interpretación judicial se encuentra obligada a llenar este vacío, rechazando interpretaciones erradas que puedan surgir por la falta de claridad conceptual del legislador.

2. Presupuestos

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

A. Presupuestos materiales

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

a. *Hecho principal*

⁵² De otro parecer, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 274, quien entiende que las consecuencias accesorias son sanciones administrativas.

⁵³ Similarmente, GRACIA MARTÍN, en Gracia/Boldova/Alastuey, *Lecciones*, p. 400. Con mayor claridad GRACIA MARTÍN, *AP* 1993, p. 607 considera que el decomiso de ganancias ilícitas es una consecuencia jurídica de carácter civil cuyo fin es absolutamente reparador y distributivo.

Así como la reparación civil se determina en el proceso penal conjuntamente con la pena, para imponer las consecuencias accesorias es necesario que se haya determinado previamente que una persona individual ha cometido un hecho punible en el ejercicio de la actividad [112] de la persona jurídica o ha utilizado su organización para favorecerlo o encubrirlo⁵⁴. A diferencia de la regulación española⁵⁵, en el Código penal peruano no se requiere que la consecuencia accesoria esté prevista en los tipos penales de la parte especial, por lo que el juez penal estará en capacidad de imponerlas a la persona jurídica en cualquier delito de la parte especial⁵⁶. Solamente resulta necesario que el hecho punible se vincule a la actividad u organización de la persona jurídica. Si bien el término hecho punible puede abarcar tanto los delitos como las faltas, el carácter restrictivo de las consecuencias accesorias aconsejarían reservarlo para los hechos graves, es decir, para los hechos delictivos⁵⁷.

Los supuestos de vinculación de la persona jurídica con el hecho punible son fundamentalmente tres. En primer lugar está el caso de que el delito se haya cometido en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica. Para precisar cuándo se presenta esta situación hay fundamentalmente dos teorías en discusión. Por un lado está la teoría del interés que exige que la actuación delictiva de los sujetos individuales redunde en un beneficio para la persona jurídica. Por el otro, la teoría de la función que deja de lado el criterio del interés y se centra en el ámbito funcional de la persona jurídica, de manera que solamente exige que el delito se haya cometido en el marco de actuación del ente colectivo. Creemos más adecuado recurrir al criterio funcional, en la medida que el criterio del beneficio resulta siempre de difícil determinación y verificación⁵⁸. Lo determinante no es la utilidad del hecho delictivo para los intereses de la persona jurídica, sino la realización de este hecho dentro del ámbito de actuación de la persona jurídica. [113]

Los otros dos supuestos de vinculación de la persona jurídica con el hecho punible se refieren no a su ámbito de actuación, sino a su organización. El primer supuesto se presenta cuando la organización de la persona jurídica

⁵⁴ Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 139.

⁵⁵ Vid., BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 286 y ss.; GRACIA MARTÍN, en Gracia/Boldova/Alastuey, *Lecciones*, p. 407 y s.

⁵⁶ Vid., igualmente, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 301.

⁵⁷ Vid., así, PRADO SILDARRIAGA, *Las consecuencias*, p. 184. De otro parecer, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 281. El parecer de Castillo Alva ha quedado, sin embargo, sin piso con la expedición del nuevo Código Procesal Penal, en donde se contempla la posibilidad de aplicar cautelarmente medidas preventivas para asegurar la finalidad de las consecuencias accesorias únicamente respecto de delitos (vid., así, ESPINOZA GOYENA, en *El nuevo proceso penal*, Cubas/Doig/Quispe (coord.), p. 323 y s.).

⁵⁸ En el mismo sentido, MEINI MENDEZ, *La responsabilidad*, p. 201. Por su parte, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 288 y s., utiliza indistintamente ambos criterios.

ha favorecido la comisión del hecho delictivo. Se trata, como puede deducirse fácilmente, de actos de cooperación o favorecimiento al delito que se hacen utilizando la organización de la persona jurídica. En consecuencia, la persona individual que utiliza la persona jurídica no requiere tener el estatus de autor del delito, sino que basta una imputación a título de partícipe⁵⁹. El segundo supuesto de vinculación con la organización de la persona jurídica tiene lugar cuando se utiliza la organización para encubrir el delito. El significado del término encubrir debe hacerse en un sentido penal, es decir, mediante una acción que configure el tipo penal de encubrimiento⁶⁰. En este sentido, se trata de actos de materializados por lo general con posterioridad a la comisión del hecho delictivo.

Como cuestión general, hay que señalar que el término hecho punible permite incluir también los casos de realización, favorecimiento o encubrimiento de una tentativa del delito⁶¹. Por otra parte, dicho término no debe interpretarse en un sentido extensivo que llegue hasta la punibilidad de la conducta, pues una interpretación acorde con el fin de protección de la norma debe llevar a entender que para imponer una consecuencia accesoria resulta suficiente que se haya realizado una conducta que muestre la peligrosidad de la estructura organizativa de la persona jurídica, no siendo necesaria la culpabilidad de la persona natural⁶². Por lo tanto, no es un requisito necesario para imponer una [114] consecuencia accesoria una sentencia condenatoria de un sujeto individual⁶³.

En la medida que las consecuencias son, como su propio nombre lo dice, accesorias, será siempre necesaria la previa determinación del hecho propiamente penal realizado por una persona natural. No se requiere que se trate de un miembro formal de la persona jurídica⁶⁴, a excepción del decomiso de ganancias obtenidas ilícitamente, en donde el tenor legal exige expresamente que la persona natural autor del delito sea un funcionario o

⁵⁹ Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 139 y s. Precisa CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 292 que el favorecimiento incluye no sólo la complicidad, sino también la inducción.

⁶⁰ Similarmente, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 293.

⁶¹ Vid., CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 281. De otra opinión, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 139, a partir de consideraciones sobre el principio de legalidad.

⁶² Vid., igualmente, ZUGALDÍA ESPINAR, *RPJ* 46 (1997), p. 340 y ss.; BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 308; MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 198; GRACIA MARTÍN, en Gracia/Boldova/Alastuey, *Lecciones*, p. 409; TAMARIT SUMILLA, «Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *LH-Cerezo Mir*, p. 1166; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 285. De otra opinión ZÚNIGA RODRÍGUEZ, *Bases*, p. 212; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *LH-Cerezo Mir*, p. 1131.

⁶³ De otra opinión, PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias*, p. 185.

⁶⁴ Vid., así SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 141; MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 207. De otra opinión RODRÍGUEZ ESTEVES, *El Derecho penal*, p. 359 y s.

dependiente de la persona jurídica. Basta, por tanto, la utilización delictiva de la organización. En doctrina se discute si debe individualizarse a este sujeto individual o si resulta suficiente simplemente con determinar que se ha cometido un delito en las actividades o desde la organización de la persona jurídica. Pensamos que una individualización del sujeto individual no es indispensable.

En cuanto al alcance del término persona jurídica, se discute si dicho término abarca tanto a las personas jurídicas de Derecho privado como a las de Derecho público. Si bien el artículo 105 del Código penal no precisa nada al respecto, una lectura completa de dicho artículo debe llevar a limitar necesariamente el ámbito de aplicación a las personas de Derecho privado⁶⁵. En efecto, cuando el artículo 105 del texto punitivo enumera las consecuencias accesorias aplicables las refiere a las formas jurídicas de las personas jurídicas de Derecho privado (sociedades, asociaciones, fundaciones, cooperativas o comités) y no, más bien, a las de las personas jurídicas de Derecho público. Finalmente, el término persona jurídica puede interpretarse en un sentido amplio que incluya las sociedades de hecho e irregulares⁶⁶. El Derecho penal no tiene por qué estar vinculado a una interpretación accesoria que limite sus posibilidades de actuación. Por otra parte, la crítica de que las consecuencias accesorias están pensadas más para personas jurídicas debidamente constituidas resulta cuestionable, pues hasta la propia [115] regulación societaria admite, por ejemplo, que la sociedad irregular pueda ser disuelta y liquidada.

b. Juicio de prognosis

En segundo lugar, es necesario que el juez haga, a partir de la forma como está estructurada la persona jurídica, un juicio de pronóstico sobre la futura comisión de hechos delictivos a través o con ayuda de la persona jurídica. A este requisito se le conoce también como la peligrosidad objetiva de la estructura social. Por lo tanto, para que proceda la imposición de una consecuencia accesoria, la persona jurídica debe estar organizada de una forma tal que permite, favorece o encubre la futura realización de hechos delictivos (p.e. la existencia de una planta contaminante o las llamadas sociedades fachada).

c. Test de proporcionalidad

⁶⁵ De otro parecer, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 298.

⁶⁶ De otro parecer en cuanto al tenor legal, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 297; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Anuario de Derecho penal*, 2001, p. 493.

Como último presupuesto material, hay que señalar que la imposición de las consecuencias accesorias debe someterse a un *test* de proporcionalidad que abarca un juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto⁶⁷. El juicio de idoneidad debe tenerse en cuenta no sólo la finalidad preventiva antes señalada de la consecuencia accesoria (peligrosidad de la estructura social), sino también los intereses de los trabajadores y acreedores de la empresa afectada con dicha medida. Esta permeabilidad de las consecuencias accesorias ante aspectos que no tienen un carácter preventivo-penal, ponen de manifiesto nuevamente que estas medidas no pueden ser medidas de naturaleza estrictamente penal. En consecuencia, estamos frente a medidas administrativas que requieren ponderar otros intereses sociales, no solamente la peligrosidad de la estructura organizativa de la persona jurídica. El *test* de proporcionalidad exige hacer también un juicio de necesidad no sólo para decidir si se impone una consecuencia accesoria, sino también para elegir cuál de ellas se impone en el caso concreto. Si la [116] finalidad preventiva se consigue con una medida extrapenal menos lesiva o con una consecuencia accesoria menos grave, el juez deberá optar por la menos onerosa para la persona jurídica. Finalmente, debe hacer un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, en el que se determina si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma.

B. Presupuestos procesales

Los presupuestos de orden procesal son los siguientes:

a. *Incorporación al proceso penal*

Para poder imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica dentro de un proceso penal es evidente que previamente debe haber sido incorporada al proceso. En la legislación penal actualmente vigente no hay una norma que establezca este requisito de manera expresa. No obstante, existen desarrollos jurisprudenciales que ponen de manifiesto la exigencia de que las personas jurídicas a las que se les pueden imponer consecuencias accesorias sean emplazadas e incorporadas al proceso bajo la forma de “parte pasiva”⁶⁸. Este vacío es corregido por el artículo 90 del Código Procesal Penal de 2004, el cual exige efectivamente el emplazamiento e

⁶⁷ Vid., así, ZÚNIGA RODRÍGUEZ, *Anuario de Derecho penal*, 2001, p. 490; TAMARIT SUMILLA, *LH-Cerezo Mir*, p. 1167..

⁶⁸ Vid., así el auto de fecha 26 de febrero de 2002 en el Exp. N° 25-2001 (caso de América Televisión) y la sentencia de primera instancia de fecha 30 de abril de 2004 del Exp. N° 493-02 (caso de la Discoteca Utopía). Ambas resoluciones judiciales son reproducidas parcialmente en la parte pertinente por ESPINOZA GOYENA, «La persona jurídica, en el nuevo proceso penal», en *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*, Cubas/Doig/Quispe (coord.), Lima, 2005, p. 313 y s.

incorporación de las personas jurídicas en el proceso penal a instancia del fiscal. Pese a que cierto sector de la doctrina se pronuncia, con base en el principio acusatorio, sobre la potestad exclusiva del Ministerio Público para incorporar a una persona jurídica como parte pasiva⁶⁹, no considero que ésta sea la razón de la exigencia de este requerimiento fiscal. Como ya lo adelantamos, las consecuencias accesorias no son penas, sino medidas [117] preventivas de carácter administrativo, por lo que el fiscal no será el titular exclusivo para solicitar estas medidas. Sin embargo, en la nueva estructuración del proceso penal, en donde el fiscal asume y dirige la investigación, es evidente que se encuentra en la mejor posición para poder determinar si se presentan los presupuestos para imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica. Por consiguiente, la exigencia del requerimiento fiscal se sustentaría por su posición en el proceso penal más que por el carácter jurídico-penal de las consecuencias accesorias.

El Código Procesal Penal establece en su artículo 91 la oportunidad para incorporar a una persona jurídica como parte pasiva en un proceso penal: Esta incorporación debe darse entre la formalización de la investigación y la conclusión de la misma. El pedido del fiscal sigue el trámite establecido para los medios de defensa. En la audiencia prevista para estos casos resulta de sustancial importancia la intervención de la persona jurídica emplazada. Si se aplican las reglas de los medios de defensa, el auto que resuelve la incorporación de la persona jurídica como parte pasiva podrá ser apelado, tal como lo establece el artículo 9 del Código procesal penal.

b. Parte procesal

La incorporación de la persona jurídica como parte pasiva debe permitirle gozar de una participación en el proceso que asegure el respeto de sus derechos, sobre todo el derecho de defensa⁷⁰. Por disposición constitucional, las personas jurídicas deben tener la posibilidad de defenderse dentro del proceso penal ante la eventual imposición de una medida restrictiva como es precisamente una consecuencia accesoria. En el nuevo Código procesal penal se establece el marco adecuado para garantizar el derecho de defensa de la persona jurídica. Se dice expresamente en el artículo 92 que una vez que la persona jurídica es incorporada al proceso, se requerirá a su órgano social que designe un apoderado judicial que no puede ser el imputado por el hecho principal. Si

⁶⁹ Vid., así, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 307 y s.; TAMARI SUMILLA, *LH-Cerezo Mir*, p. 1168; ESPINOZA GOYENA, en *El nuevo proceso penal*, Cubas/Doig/Quispe (coord.), p. 316.

⁷⁰ Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 145; BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 289.

en el plazo de cinco días de requerido no se designa un apoderado judicial, lo hará el juez. [118]

El artículo 93 del Código procesal penal le reconoce a la persona jurídica todos los derechos y garantías del imputado, aunque en el segundo párrafo permite que se le imponga las consecuencias accesorias en rebeldía o falta de apersonamiento. Si bien el reconocimiento de estos derechos debe entenderse en un sentido amplio, es decir, como espacios de participación en las diversas etapas del proceso⁷¹, debe quedar en claro que la persona jurídica no es, en sentido estricto un imputado, no extendiéndosele ciertas garantías o beneficios exclusivos del imputado, por ejemplo, el “derecho” a poder mentir sobre su responsabilidad penal sin que ello conlleve un delito de perjurio o falsedad. En este sentido, el apoderado judicial de la persona jurídica no podrá eximirse de responsabilidad penal si es que en sus argumentos de defensa utiliza dolosamente datos falsos.

3. Clases

En los diversos sistemas penales existen fundamentalmente dos modelos de consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas. Por un lado están las medidas de control externo que intentan orientar desde fuera la actividad de la persona jurídica, y por el otro, las medidas de control interno que inciden sobre la estructura de la persona jurídica⁷². Las medidas pecuniarias materializan de forma más clara la forma de control externo, aunque también poseen esta misma orientación medidas como el cierre de establecimientos, la suspensión de actividades y la disolución y liquidación⁷³. Por su parte, las medidas que buscan desarrollar un control interno sobre la persona jurídica encuentran su mejor expresión en la medida de intervención de la estructura organizativa de la persona jurídica. Un repaso a los dispositivos del Código penal peruano permite concluir que el modelo de consecuencias accesorias seguido por nuestra legislación penal se corresponde con un sistema mixto, pues asume tanto rasgos de control externo como rasgos del control interno. Veamos de [119] manera específica cada una de las consecuencias accesorias previstas en la regulación penal actual.

A. El decomiso de las ganancias obtenidas ilícitamente

⁷¹ Vid., así, ESPINOZA GOYENA, en *El nuevo proceso penal*, Cubas/Doig/Quispe (coord.), p. 318 y s.

⁷² Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 142 y s. Una ordenación distinta realiza GRACIA MARTÍN, en Gracia/Boldova/Alastuey, *Lecciones*, p. 406, quien habla, por un lado, de medidas preventivas de carácter asegurativo y, por el otro, de medidas coercitivas.

⁷³ Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Caveró (coord.), p. 143.

La medida del decomiso de ganancias ilícitas está regulada en el artículo 104 del Código penal. Los que la consideran una medida de carácter penal, la entienden como una medida preventiva que informa a la empresa que el crimen nunca paga⁷⁴. El decomiso se alinearía en la lógica de una sanción económica que busca asegurar cognitivamente el funcionamiento global del ámbito empresarial⁷⁵. El problema de esta lógica penal será que si esta medida despliega efectos preventivo-generales sobre la empresa, entonces no se entiende por qué no es propiamente una pena. Si el decomiso de ganancias tiene una finalidad de prevención general, el legislador estaría llevando a cabo una especie de fraude de etiquetas al considerar esta medida como una consecuencia accesoria no penal, pero asignándole igualmente fines de prevención general. Por otra parte, desde la lógica preventiva no se explica por qué la norma penal se automutila al limitar la cuantía del decomiso a lo que sea necesario para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil que le corresponda a los inculpados⁷⁶, siendo esta responsabilidad civil de la persona jurídica incluso subsidiaria respecto de los autores individuales del delito. Si el decomiso de ganancias busca generar efectos de prevención general en la persona jurídica, la limitación de esta medida por cuestiones de responsabilidad civil no tendría ningún sentido.

Más adecuada a su naturaleza sería entender el decomiso de ganancias ilícitas como una medida civil de compensación con fines redistributivos, pues impide que el delito sea un título legítimo de adquisición de bienes o ganancias. Sin embargo, el tenor legal que tiene esta medida en nuestro Código penal la vincula más con un deber de indemnizar⁷⁷. En efecto, el artículo 104 del Código penal establece que [120] el dinero obtenido ilícitamente por la persona jurídica debe garantizar la obligación pecuniaria de naturaleza civil de sus funcionarios o dependientes. No obstante, hay que precisar que consideramos más adecuado entender que no se trata de la indemnización por los daños y perjuicios producidos directamente por el delito, pues para ello la persona jurídica puede ser constituida en tercero civilmente responsable con una responsabilidad civil solidaria y no subsidiaria⁷⁸. Se trata, más bien, del deber de indemnizar a los perjudicados por el enriquecimiento ilícito que ha experimentado la persona jurídica por el delito de sus dependientes, una obligación que se encuentra reconocida

⁷⁴ Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 207; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 252 y s.

⁷⁵ En esta línea ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 204.

⁷⁶ Vid., así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 207.

⁷⁷ Vid., así la naturaleza indemnizatoria del decomiso de ganancias ilícitas, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, pp. 181, 187.

⁷⁸ Así lo aconseja MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 188, quien considera más diligente para el agraviado recurrir a la figura del tercero civilmente responsable que impone una responsabilidad civil solidaria.

en el artículo 1954 del Código civil⁷⁹. Es cierto que en el ámbito de los delitos económicos, en donde los daños son normalmente difusos, resulta a veces muy difícil individualizar a los afectados, pero esta situación no excluye la aparición de organismos de protección de intereses difusos que puedan constituirse en parte civil y pedir el decomiso de las ganancias ilícitas como indemnización por los daños producidos (por ejemplo, medio ambiente, consumidores, competencia).

En cualquier caso, la subsidiariedad de la responsabilidad civil de las personas jurídicas en el decomiso de ganancias ilícitas no puede explicarse desde ninguna perspectiva⁸⁰. Se trata de una deficiente regulación que no debe mantenerse más tiempo, por lo que es necesario demandar una urgente modificación de este aspecto del decomiso de ganancias ilícitas, en el sentido de hacerla solidaria con los autores del acto que ha llevado al enriquecimiento de la persona jurídica en perjuicio de otros. [121]

B. Clausura de locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo

La clausura de locales o establecimientos de la persona jurídica tiene lugar cuando existe objetivamente una peligrosidad sobre la futura comisión de hechos delictivos debido a la forma como están dispuestos estos locales o establecimientos. Por ejemplo: la medida de clausura debe tomarse si los locales abiertos al público de la persona jurídica no reúnen las condiciones mínimas de seguridad exigidas por la normativa administrativa. No es necesario que los locales sean de propiedad de la persona jurídica, ni tampoco que en esos locales se haya realizado el delito que motiva el proceso penal⁸¹. La realización del delito no constituye el fundamento de la consecuencia accesoria, sino la ocasión para poder constatar la peligrosidad de los locales o establecimientos usados por la persona jurídica.

La clausura de locales o establecimientos puede ser temporal o definitiva. En caso sea temporal, su duración no puede ser mayor a cinco años. La clausura definitiva no significa la pérdida del local o establecimiento, pues el inmueble puede ser utilizado perfectamente para otros fines o actividades. La legislación penal no establece los criterios para saber

⁷⁹ GRACIA MARTÍN, en Gracia/Boldova/Alastuey, *Lecciones*, p. 401, discrepa de esta interpretación en el Derecho español. En una interpretación de nuestro Derecho penal, señala que la “privación de ganancias” constituye simplemente una responsabilidad civil del delito subsidiaria (GRACIA MARTÍN, *Prólogo a Castillo Alva, Las consecuencias*, p. 28)..

⁸⁰ Críticamente sobre la subsidiariedad de la responsabilidad civil de la persona jurídica, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cervero (coord.), p. 144. En el Derecho penal peruano, igualmente crítico, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 188.

⁸¹ De una opinión distinta, PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias*, p. 182; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 311.

cuándo procede una clausura definitiva y cuándo una temporal⁸², por lo que quedará al arbitrio del juez esta decisión. En cualquier caso, parece lógico entender que la clausura definitiva solamente será aplicable cuando no exista forma alguna de revertir la peligrosidad del local o establecimiento.

La pregunta que cabe plantearse respecto a la consecuencia accesoria de clausura es si esta medida puede levantarse si las circunstancias que hacían objetivamente peligrosos los locales o establecimientos de la persona jurídica han sido corregidas o cesadas. Si se defiende un carácter penal de estas medidas, difícilmente podría levantarse la medida, salvo que exista una especie de beneficios penitenciarios para las consecuencias accesorias que permitan levantar [122] anticipadamente el cumplimiento efectivo de la medida. Por el contrario, si se entiende que esta consecuencia accesoria es estrictamente una medida administrativa, aunque se haya impuesto en el marco de un proceso penal, la clausura podría ser levantada sin mayores inconvenientes, pues la peligrosidad objetiva habría desaparecido. No obstante, en la medida que ha sido el juez penal el que impuesto la clausura del local, el levantamiento de la medida no podrá ser ordenada por la Administración, sino que tendrá que solicitarse que sea el juez penal el que proceda a levantar dicha medida. Debe quedar en claro que esta limitación procesal no se debe al carácter jurídico-penal de la medida, sino al rango de la autoridad judicial.

C. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años

La suspensión de actividades constituye una medida temporal que le impide a la persona jurídica realizar su actividad social. El presupuesto para poder imponer la medida de suspensión de actividades es que la persona jurídica tenga aún una autorización para funcionar, pues si no la tiene, simplemente no le asistirá el derecho de poder realizar dichas actividades. En este sentido, la suspensión solamente se entiende en tanto la persona jurídica cuente con la autorización legal de funcionamiento. El fundamento de esta medida accesoria radica en el hecho de que la conducta delictiva producida en el marco de las actividades de la persona jurídica puede seguir desarrollándose. Por ejemplo cuando el proceso productivo de la empresa ha generado productos defectuosos que han perjudicado a los consumidores. Es lógico que mientras no se resuelva estos defectos de organización o se reformule el proceso productivo, el peligro de futuros delitos de la misma índole se mantiene patente. El plazo máximo de la suspensión de actividades (dos años) se establece con el ánimo garantista

⁸² Igualmente en el Derecho español, BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 302.

de evitar una medida indeterminada. Si cumplido el plazo máximo de la medida la peligrosidad objetiva se mantiene, la Administración Pública estará autorizada a tomar las medidas administrativas para controlar dicha peligrosidad. Como puede verse, la medida es de carácter administrativo. [123]

D. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades de la clase de aquéllas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

La medida de prohibición de actividades de la persona jurídica debe recaer sobre el ámbito de actuación en el que se ha realizado el delito y existe el peligro de que se pueda volver a cometer⁸³. Constituye, en el fondo, una inhabilitación, la cual no puede entenderse, al menos en nuestro sistema penal, como una pena, sino como una medida que se impone porque la persona jurídica se ha mostrado como incompetente para realizar determinadas actividades. A diferencia de la consecuencia accesoria de suspensión de actividades, la prohibición de actividades es parcial, en el sentido que no impide a la persona jurídica su funcionamiento, sino que la inhabilita en determinadas ámbitos de actuación. Por ejemplo, cuando una empresa ha realizado defraudación a las rentas de aduanas en su actividad importadora y existe el peligro de seguir haciéndolo. En estos casos, tendrá que adquirir los productos que necesita (insumos, por ejemplo), vía una empresa importadora o recurrir a productos nacionales. No se le niega la posibilidad de seguir realizando sus actividades, sino que se limita su intervención en ciertos sectores. Dada la incompetencia de la persona jurídica para desenvolverse correctamente en determinado sector, el juez toma la medida cognitiva de suspender sus actividades en este sector. El aseguramiento es pues cognitivo y no normativo.

E. La disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité

La consecuencia accesoria de disolución de la persona jurídica constituye la medida más drástica que se le puede imponer a una persona jurídica, en la medida que implica la pérdida de su existencia jurídica⁸⁴. Esta medida debe proceder cuando resulta claro que la persona jurídica [124] ha sido creada con fines únicamente delictivos⁸⁵. Nos estamos refiriendo concretamente a las sociedades pantalla o fachada, las cuales se utilizan

⁸³ Vid., en este sentido, GRACIA MARTÍN, en Gracia/Boldova/Alastuey, *Lecciones*, p. 410.

⁸⁴ Vid., BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 303; GRACIA MARTÍN, en Gracia/Boldova/Alastuey, *Lecciones*, p. 410.

⁸⁵ Igualmente, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cervero (coord.), p. 143; BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 303; MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 212.

sólo con fines delictivos como defraudación tributaria o lavado de activos. La existencia de la persona jurídica ha tenido, en estos casos, un fin únicamente delictivo, de manera tal que su permanencia en el mundo jurídico no tiene ningún sentido.

F. La intervención de la persona jurídica

El último párrafo del artículo 105 del Código penal contempla la posibilidad de una intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores. Hay que precisar, sin embargo, que no se trata de una medida autónoma, sino que debe tomarse de la mano de cualquiera de las anteriores consecuencias accesorias, lo cual condiciona también su duración⁸⁶. Por lo tanto, la intervención de la persona jurídica no es propiamente una administración judicial, sino la existencia de un interventor con finalidades fundamentalmente de supervisión para que no se afecten los intereses de los trabajadores. Por lo dicho, esta medida tampoco se puede confundir con un embargo en forma de intervención, pues la intervención no se hace con la finalidad de resguardar determinados bienes, sino para proteger los intereses de los trabajadores. La administración de la persona jurídica sigue encargada a sus directivos, existiendo solamente un especie de consejo de vigilancia que resguarda los intereses de los trabajadores durante la imposición de una consecuencia accesoria.

Un aspecto que conviene precisar es quién resulta la autoridad competente que debe disponer la intervención de la persona jurídica por orden del juez. Dado que se trata de la defensa de los intereses de los trabajadores, esta autoridad competente será la autoridad de trabajo⁸⁷. Debe quedar claro que la autoridad administrativa no puede dejar de cumplir la orden del juez. Su discrecionalidad se mueve solamente en el [125] plano de la ejecución del mandato de intervención. En ámbitos de actuación sometidos a regulación y control especial por parte del Estado, parecería más adecuado que el órgano interventor sea el organismo encargado de control el desenvolvimiento de las empresas en el sector, por ejemplo, la Superintendencia de Banco y Seguros en el caso de las entidades financieras.

4. Carácter facultativo u obligatorio de las consecuencias accesorias

⁸⁶ Así, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 210; PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias*, p. 183; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 320.

⁸⁷ Igualmente, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 209.

Un aspecto discutido en la doctrina penal sobre la aplicación de las consecuencias accesorias es su carácter facultativo u obligatorio, es decir, si el juez penal está obligado o solamente facultado a imponer estas medidas sobre la persona jurídica. En la doctrina nacional existen posiciones encontradas, pues mientras unos sostienen que su imposición es obligatoria⁸⁸, otros consideran que estas medidas deben tener un carácter potestativo o facultativo⁸⁹. En el fondo, considero que esta discusión es más retórica que de contenido. Si se parte de la idea generalizada de que el juez siempre tiene un margen de decisión para determinar si se dan los presupuestos que fundamentan una determinada consecuencia jurídica, la imposición de las consecuencias accesorias no es obligatoria. Pero si se entiende que en el caso concreto se dan completamente los presupuestos exigidos, la imposición será obligatoria, pues el juez no puede dejar de aplicar sin razón alguna lo dispuesto por la ley. En consecuencia, hay que decir que las consecuencias accesorias deben ser impuestas por el juez si es que se presentan en el caso concreto los presupuestos materiales y procesales anteriormente desarrollados.

5. La imposición cautelar de las consecuencias accesorias

Los artículos 104 y 105 del Código penal no contemplan la posibilidad de aplicar las consecuencias accesorias cautelarmente durante la sustanciación del proceso penal. Solamente una norma de carácter especial lo contempla, que es el caso del artículo 314 del Código penal [126] que en los delitos contra el medio ambiente permite aplicar, como medida cautelar, la suspensión de actividades y la clausura del establecimiento. A partir de esta regulación especial se plantea la cuestión de si dicha posibilidad de imponer cautelarmente una consecuencia accesoria puede hacerse también en otros delitos. En principio, y en la medida que no se trata de penas, no se aprecia inconvenientes materiales para extender esta posibilidad a otras medidas y delitos.

De todas formas, y para resolver cualquier duda, el nuevo Código Procesal penal ha viabilizado de manera general la posibilidad de aplicar cautelarmente las consecuencias accesorias mediante la regulación de las llamadas medidas preventivas en su artículo 313. Un sector de la doctrina procesal señala que estas medidas no constituyen, en sentido estricto, medidas cautelares, pues no buscan garantizar los efectos penales y civiles de la sentencia⁹⁰. Esta afirmación, sin embargo, parte, a nuestro modo de

⁸⁸ Vid. MEINI MENDEZ, *La responsabilidad*, p. 206.

⁸⁹ Así, PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias*, p. 184; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 304, basado en el principio de mínima intervención.

⁹⁰ Vid., ESPINOZA GOYENA, en *El nuevo proceso penal*, Cubas/Doig/Quispe (coord.), p. 319 y s.

ver, de una limitación de los efectos de la sentencia al ámbito civil y penal. En la medida que la legislación penal ha incorporado al proceso penal también medidas administrativas como las consecuencias accesorias, resulta lógico ampliar también los efectos de la sentencia a la consecución de objetivos de carácter administrativo. Por lo tanto, si las llamadas medidas preventivas tienen por objeto garantizar el cumplimiento de la finalidad administrativa de las consecuencias accesorias, podrá considerárseles medidas de carácter cautelar.

La finalidad de las consecuencias accesorias es evitar que la peligrosidad objetiva de la estructura organizativa de la persona jurídica permita, favorezca o encubra la realización de hechos delictivos. En la medida que la duración del proceso penal puede afectar el cumplimiento oportuno y efectivo de esta finalidad, el Código procesal penal ha incorporado atinadamente las llamadas medidas preventivas. La finalidad instrumental de estas medidas explica también por qué se contemplan nuevas medidas no previstas como definitivas en el Código penal, como el nombramiento de un administrador judicial, el sometimiento a vigilancia judicial y la anotación o inscripción registral del procesamiento penal. No se trata de medidas autónomas, sino de medidas dirigidas a asegurar [127] la consecución efectiva y oportuna de las consecuencias accesorias previstas en el Código penal⁹¹.

Los requisitos para poder imponer cautelarmente las medidas preventivas las personas jurídicas están previstos en el propio artículo 313 del Código Procesal Penal. Por un lado, se encuentra la exigencia del *Fumus bonus iuris*, es decir, que exista suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito y de la vinculación de la persona jurídica en los supuestos previstos en el artículo 105 del Código penal⁹². Es muy importante, en cuanto a este requisito, la existencia de prueba suficiente. En segundo lugar, se exige el *Periculum in mora* o peligro en la demora, el cual puede manifestarse de dos formas: como peligro criminal (de permanencia o prolongación de los efectos lesivos del delito, o de comisión de nuevos delitos de la misma clase) o peligro procesal (peligro concreto de entorpecimiento de la averiguación de la verdad). Si se cumplen estos requisitos, el juez penal podrá tomar cautelarmente cualquiera de las medidas previstas sobre la persona jurídica que haya sido constituida en parte pasiva dentro del proceso penal.

V. Conclusión

⁹¹ Vid., igualmente, BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 293.

⁹² Similarmente, BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 294.

La persona jurídica no responde penalmente en nuestro sistema. Sin embargo, dentro del proceso penal pueden imponérseles un conjunto de medidas preventivas de carácter administrativo o civil. Estas medidas tienen un conjunto de presupuestos materiales y procesales necesarios que se han desarrollado hasta ahora de manera doctrinal y jurisprudencial. Con el nuevo Código Procesal Penal la situación se ha aclarado, en la medida que este cuerpo de leyes contempla reglas claras para la imposición de las llamadas consecuencias accesorias. La regulación procesal da un paso adelante en esta línea al permitir de manera general posibilidad de aplicar cautelarmente estas medidas, además de regular su forma de tramitación. No obstante, hay algunos defectos de formulación que deberían corregirse con la finalidad de permitir una aplicación coherente de estas disposiciones.