

LA PRESENCIA DE PERSONAS JURÍDICAS COMO CARACTERÍSTICA DEL MODERNO DERECHO PENAL DEL RIESGO Y LAS PROPUESTAS DE IMPUTACIÓN DE CORTE INDIVIDUAL

James Reátegui Sánchez

I. EXPOSICIÓN Y PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA.

1. LA "SOCIEDAD DEL RIESGO" Y SU INFLUENCIA EN LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL.

Una de las cuestiones que pretendo abordar en esta primera parte de la exposición y planteamiento general es destacar que ciertamente el mundo del Derecho no es inerte ni estacionario, ni tiene una existencia coercitiva propia por que no es producto de un trabajo de laboratorio, sino que el Derecho es variable y dinámico impuesto por factores extrínsecos de carácter social, político, económico y cultural que van a condicionar la vigencia de un ordenamiento jurídico determinado. Siendo así las condiciones existentes, la sociedad hoy en día no se organizada en función a un modelo de "luchas de clases" o exclusivamente del desarrollo industrial del siglo XIX y probablemente de la primera mitad del siglo XX, donde se planteaba la lógica del dominio de producción de la riqueza sobre el riesgo generado, que vinculado a la dogmática jurídico-penal había traído consigo el propio desarrollo del concepto –utilizado en los delitos imprudentes y en la imputación objetiva- de *riesgo permitido* como límite doctrinal (interpretativo) a la incriminación de conductas¹.

Actualmente esta visión ha cambiado de forma vertiginosa. Estos cambios en los parámetros sociales, como objeto no solamente de regulación por parte del Derecho, sino también de planificación en lo que respecta a la materia criminal, debe incidir en las actividades que realizan las personas y los servicios que éstos utilizan para satisfacer sus necesidades y de los demás. Como consecuencia lógica e inmediata de esta premisa fundamental, se desprende otra premisa que es producida a raíz de la existencia de nuevas tecnologías como la atómica, la genética, la informática, la fabricación y comercialización de productos potencialmente peligrosos para la vida y salud de la población, de la misma manera, otras actividades tradicionales como el tráfico rodado o la construcción, todo ello producto de la sociedad tecnológica post-industrial caracterizada por la sociedad de riesgos en que vivimos², o llamada también epistemología del riesgo, a raíz de la difusión de la obra *Risikogesellschaft*, de 1986, del sociólogo alemán Ulrich Beck, y que ha sido

¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, Pág. 31

² En efecto, como sostiene ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Lima, 1997, Pág.24, en el segmento de la Parte General "El Derecho Penal tendría, (...) que responder a riesgos de la vida moderna (p.e. riesgos atómicos, químicos, ecológicos, genéticos) mediante una técnica penal "adecuada", mejor dicho, manipulada (tipos abiertos, ley penal en blanco, tipos abstractos y culposos)...". Agrega el mismo autor que el segmento de la parte especial tendría que seguir la misma suerte de adaptación y es así que los "...bienes jurídicos tradicionales como p. e. la "vida", "la integridad corporal" o "el patrimonio" tienen que ser protegidos contra nuevas formas de ataque como la "manipulación genética", "la producción o distribución masiva de productos defectuosos" y "fraudes mediante el uso de computadoras respectivamente".

tratada por primera vez monográficamente en la obra de Prittwitz sobre “Derecho penal y riesgo” (*Strafrecht und Risiko*, 1993). La sociedad llamada post-industrial puede ser examinada desde diferentes facetas, de lo social, político y lo cultural. En el plano estricto jurídico-penal se refiere, el cambio político es palmario en la participación de la ciudadanía en las políticas criminales. Sin embargo, ello no es ajeno a que las políticas estatales en materia penal se vean impregnadas por las confusiones y demandas vindicativas de una sociedad altamente sensibilizada por la proliferación de actividades riesgosas, y en donde la seguridad pretendería erigirse como principal objeto de tutela³. En otras palabras, las sociedades de riesgos, vendrían hacer aquellas situaciones donde la realidad inevitablemente se percibe y estructura a nivel cognitivo como una constante tensión o controversia entre seguridad y riesgo⁴, que ha conducido inexorablemente a un “*moderno Derecho penal del riesgo*”, que significa que dada la cantidad de conductas que generan riesgos sociales para bienes fundamentales y dado que la lesión resulta muchas de factores imponderables, ahora las reglas de imputación penal deben sumir un papel preventivo, de contención de riesgos. Desde esta perspectiva, se pone en tela de juicio todo el arsenal dogmático-conceptual del Derecho penal clásico.

Esta situación provoca tensión en los cimientos hoy ya no tan rígidos del Derecho penal clásico de corte individualista o liberal-iluminista del siglo XVIII y XIX, desarrollado bajo la óptica de los principios de legalidad, culpabilidad, lesividad y causalidad. En este punto, sobre las sociedades de riesgos, Roxin apunta que “...lo cierto es que no se podrá renunciar totalmente a la intervención del Derecho penal en este campo. Pero también al luchar contra el riesgo mediante el Derecho penal hay que preservar la referencia al bien jurídico y los restantes principios de imputación propios del Estado de Derecho; y donde ello no sea posible, debe abstenerse de intervenir el Derecho penal”⁵. De acuerdo con lo expuesto, el Derecho penal, tradicionalmente se han “enfrentado” a casos por ej. de homicidio simple doloso, donde no habrá mayor dificultad para la ubicación e identificación del autor pues tanto la conducta, que es factiblemente individualizable, las circunstancias que rodearon al hecho delictivo y el resultado lesivo mortal se dan en una relación de causalidad casi directa. Situación que evidencia las características del Derecho penal de corte liberal construido o esquematizado sobre la base del sujeto activo individual, bien jurídico individual y sujeto pasivo individual, y con ello todo el arsenal dogmático-conceptual como la relación causal, autoría y participación, tentativa, etc. que ha dado como conclusión que se hable de una estructura nuclear en la dogmática penal: “*delitos de comisión doloso con resultado individual*” todo esto basado en el principio de la responsabilidad personal⁶.

Actualmente, la directriz contemporánea trae consigo toda una tendencia neocriminalizadora que puede definirse como un proceso de creación legisferante de conductas delictivas considerados antes inéditas, pero que genera igual o peor gravedad y nocividad social. Para instrumentalizar la tutela de los novísimos bienes jurídicos mayoritariamente colectivos, han aparecido tanto en la dogmática penal como en la técnica legislativa, la acuñación de nuevos postulados de imputación, que se asienta en la cresta de la ola del avance científico, que han dado cabida a algunos

³ MONTIEL, Juan Pablo; “¿Hacia las postrimerías de un Derecho penal subsidiario?”, en: Libro de Ponencias del XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de Córdoba, 2003, Pág. 350

⁴ CARO CORIA, Dino; “*Bienes jurídicos colectivos en la “sociedad de riesgo” y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo*”, en: II Congreso Internacional de Derecho Penal, Lima, 1997, Pág. 51. El mismo: *Derecho Penal de Ambiente. Delitos y Técnicas de Tipificación*, Lima, 1999, Pág. 401 y ss.

⁵ ROXIN, Claus; *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de Luzón-Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Madrid, 1997, Pág. 61

⁶ Este principio significa que sólo puede responder por los hechos propios y por ninguna razón por hechos ajenos, comúnmente a este principio se le a vinculado a principio de culpabilidad y responsabilidad subjetiva, pero realmente significa a la exigencia de un auténtico injusto típico de realización personal. Por tal razón es una confirmación de este principio y solo supuestas y ficticias excepciones, la exigencia de responsabilidad por omisión de impedir determinados delitos de riesgos, o por otras omisiones quizá culposas, incluidos deberes de vigilancia o de control, o de responsabilidad de personas físicas en los que han intervenido o a los representantes.

paradigmas que caracterizan al pensamiento penal contemporáneo⁷. Así, en el orden numérico de las diversas figuras delictivas ubicadas en la Parte Especial del CPp, han adquirido positividad delitos como por ej. que atentan contra los derechos intelectuales (Título VII); delitos contra el patrimonio cultural (Título VIII); delitos contra el orden económico (Título IX); delitos contra el orden financiero y monetario (Título X); delitos contra la ecología (Título XIII); delitos tributarios contemplado en una ley especial (Dec. Leg. N°813), entre otros. En el Código Penal de España, por ejemplo se tipifican nuevas infracciones penales como los delitos de riesgos tecnológicos, o delitos contra la seguridad colectiva. Pero una temática importante y excluyente en el Derecho penal del riesgo es la “extensión” hacia la responsabilidad por el producto, que no es más que una respuesta dogmática a esta real demanda de la sociedad. Los conocidos casos de la jurisprudencia alemana del *Contergan*, *Holtzschutzmittel* y *Ledersprays*, y en el Derecho español, el caso del aceite de colza, así lo demuestran.

Algunos puntos característicos del moderno Derecho penal, y siguiendo a Rodríguez Montañés⁸ presentan dificultades en los criterios de imputación tradicionales, y son los siguientes:

En primer lugar, están los supuestos de la *constatación de cursos causales no verificables* entre los resultados lesivos (muertes, lesiones...) y la actuación de los sujetos intervinientes. Ello se debe a la complejidad del proceso productivo, con múltiples factores cocausantes cuyos efectos no pueden aislarse empíricamente, como por el deficiente conocimiento científico-naturalístico de los procesos causales en cuestión.

⁷ En lo que sigue, daremos un breve repaso a lo que a mi juicio son los nuevos paradigmas del Derecho Penal moderno:

Retirada del tradicional y vetusto delito de “resultado lesivo”, como modificación externa-naturalística del objeto de protección, pues es ha caído en desuso como modelo de descripción de injustos típicos, pues la tendencia en la actualidad es la creación de **delitos de peligro** -sobre todo de tipo abstracto- visible en todas las legislaciones comparadas, concebidas principalmente para la protección de bienes jurídicos colectivos. Sin embargo, los delitos de peligro dificulta considerablemente la vigencia del principio de ofensividad o lesividad (*nullum crimen sine iniuria*) y los planteos de relación de causalidad.

Tópicos conexos como puede ser la delimitación entre delito y contravención -o sancionador administrativo-; la intensa utilización de las leyes penales en blanco, etc. que conlleva inevitablemente a la “administrativización del Derecho Penal”.

Se observa un renacimiento posicional y progresivo de la víctima, olvidada por el Derecho penal (material y procesal) y la Criminología, la misma que se canaliza a través de una disciplina científica llamada **victimología**. BERISTAIN, Antonio; *Derechos Humanos de las víctimas del delito. Especial consideración de los torturados y aterrorizados*, en: ADPCP, 1986, Pág. 733 sostiene que: “No se pretende, recordando a G. Radbruch, mejorar el Derecho penal tradicional; sino que se pretende cambiar el Derecho penal tradicional para algo mejor que él. Así como la empresa de relojería suiza, o la reconversión industrial en general, no pretenden hacer unas industrias y unos relojes distintos y mejores, de modo semejante, la moderna victimología pretende (al menos en algunos de sus sectores) lograr “inventar” (sin olvidar a nuestro Dorado Montero) algo mejor que el Derecho penal, quizá un derecho asistencial para la víctima del delito. Que el Derecho penal, vuelva, en parte, a ser derecho *privado*; y vuelva un poco, aunque en otra altura, a lo que ha sido durante siglos en algunos países, para (entre otros fines) evitar que el Leviatán del Estado se meta tanto en la relación “privada”, personal, entre el delincuente y su víctima, y para otros fines”. Para estos estudios puede consultarse: NEUMAN, Elías; *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Buenos Aires, 1994. El mismo: *Victimología y control social. Las víctimas en el sistema penal*, Buenos Aires, 1994. Por otro lado, los avances de los estudios victimológicos han alcanzado ribetes impredecibles, como es encontrar en el comportamiento de la víctima una categoría dogmática que implicaría considerarla dentro de la teoría sistemática del delito. Esta situación engloba lo que en doctrina se llama la **victimodogmática**, que trata de examinar hasta que punto el reconocimiento de la víctima en el hecho delictivo puede conducir a afirmar que estos son co-responsables del mismo (contribución con él a través de actos dolosos o culposos). Asimismo de qué manera influyan en sentido atenuativo o incluso eximente en la responsabilidad penal de su autor, en otras palabras, se pasaría de una *teoría del delito actoral* hacia una *teoría del delito victimal*; ejemplos palpables de estos pueden ser entre otros legítima defensa: por la agresión ilegítima; el consentimiento de la víctima, estafa, concurrencia de culpa, autopuesta en peligro entre otros.

⁸ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa; *Consideraciones generales acerca del desarrollo actual de la teoría del delito, a propósito del problema de la responsabilidad penal por el producto*, en: Debate Penal, Junio, Lima, 1997, Pág. 84.

En segundo lugar, es lo concerniente a determinar *quién* es el responsable del fallo y *en qué consiste su infracción del deber penal* de conducta que fundamenta su responsabilidad. En materia ambiental, el proceso de producción puede –y de hecho es así– acarrear contaminaciones ambientales, por ello resulta coherente que se pretenda controlar penalmente las fuentes generadoras de esos riesgos existentes (una de ellas es las organizaciones empresariales), que en principio están permitidas su actividad de riesgo social. En el momento actual, el tema en el debate social no es la criminalidad de los desposeídos, *leit-motiv* de la doctrina penal durante todo el siglo XIX y buena parte del siglo XX, sino, sobre todo, la criminalidad de los poderosos y de las empresas (*crimes of the powerful, corporate and business crime*)⁹. Dado que la empresa moderna es un engranaje presidido por la división de trabajo y el reparto de competencias funcionales, en el que el producto final es el resultado de actuaciones complementarias de distintos sujetos.

El principal agente de riesgo para los bienes jurídicos -no solamente colectivos sino también fundamentales como la vida, la salud- de nuestras días es la empresa. La empresa es una organización generadora de riesgos que se desarrollan en tres momentos¹⁰: a) En el propio proceso de producción: es el caso de los accidentes laborales. El trabajador al estar en contacto con la máquina y realizar actividades peligrosas en el desenvolvimiento de sus labores, pone en riesgo su vida y su salud. b) Con los bienes producidos por la actividad industrial. La producción masiva de productos y alimentos en grandes escalas, su comercialización por grandes cadenas dificultan la determinación de los procesos causales que intervienen desde que el producto empieza a elaborarse hasta que llega al consumidor. De ahí la complejidad de la determinación de la responsabilidad por productos defectuosos. c) Con los desechos industriales. Los desechos de la actividad industrial pueden ser generadores de riesgos constitutivos de delitos. La emisión de humos, emisión de gases tóxicos, productos radiactivos, etc. Muchos de ellos podrían producir delitos contra el ambiente, patrimonio artístico, etc.

Por último, también plantea graves problemas en el ámbito de la *imputación subjetiva y de la culpabilidad*. Dada la complejidad de la situación objetiva, resulta muy difícil determinar cuál es el objeto de referencia del dolo, cuál es el grado de conocimiento exigible, y por tanto, cuándo podemos afirmar su existencia.

2. INCURSIÓN DE LAS ORGANIZACIONES EMPRESARIALES EN EL SISTEMA DOGMÁTICO PENAL ESPECIAL MENCION A LAS INFRACCIONES PENALES AMBIENTALES.

2.1. Planteo de un caso concreto.

Los denominados delitos empresariales, pueden dividirse, según Schünemann, en: criminalidad desde la Empresa y criminalidad en la Empresa. La mayor problemática hasta el momento la genera la primera, porque encuentra en la empresa un posible centro de imputación. Ella no es sólo el lugar “donde” o “por donde” la criminalidad económica se puede desencadenar, ella es fundamentalmente la cumbre que la criminalidad económica puede alcanzar¹¹. Ahora bien, siguiendo a Silvina Bacigalupo¹² podemos decir que la criminalidad de la, o desde la empresa en la práctica se encuentran relacionadas, fundamentalmente, con cuatro grupos principales de casos, en los cuales puede ser relevante la sanción de la responsabilidad de la empresa: a) peligros

⁹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, cit., Pág. 41

¹⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; *La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido*, en: www.lexstricta.com

¹¹ DE FARIA COSTA, José; “*La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos. (o una reflexión sobre la alteridad en las personas colectivas a la luz del Derecho penal)*”, traducción de Alejandro Freeland López Lecube, en: Silva Sánchez / Schünemann / De Figueiredo Dias, *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*. Barcelona, 1995, Pág.430

¹² BACIGALUPO, Silvina; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid, 1998, Pág. 27

contra el medio ambiente; b) peligros dentro de la empresa; c) peligros del producto y d) peligros en el ámbito del transporte. En la presente investigación desarrollaremos nuestra problemática y a la vez fijaremos nuestro ámbito de delimitación a aquellas circunstancias específicas que generan riesgos en el ámbito del medio ambiente. Para una mejor comprensión describiremos a continuación un caso de delito ambiental donde esta involucrado una persona jurídica:

“La Cámara Federal de San Martín, Sala I (inst.), de fecha: 27-2-96 “Molina, Miguel Angel”, causa 1245, Secr. Penal Nro. 1, reg. Nro. 3853, “Las limitaciones que provienen del principio de legalidad permiten fundar la responsabilidad en los casos de contaminación ambiental sólo cuando existe una relación de dominio sobre la causa del resultado, lo que puede tener diferente extensión. Así, cada uno de los integrantes de una estructura funcional será responsable según la parte de dominio que tenga sobre los acontecimientos. El autor es responsable en la medida de su control de los hechos. Si bien la posición de garante que surge del señorío sobre las cosas y los procedimientos materiales peligrosos recae siempre en primer lugar sobre el titular de la custodia, la delegación material de esa custodia no puede resultar en una renuncia al deber de controlar al delegado en su uso, razón por la cual corresponde imputar al procesado su omisión en las tareas de coordinación y control, toda vez que si los hechos sucedieran del modo en que lo hicieron, ello fue porque con su actitud facilitó la manera de hacerlo, máxime si, como ocurre en autos, no existe elemento alguno que permita suponer que no pudo cumplir con las obligaciones a los que estaba sujeto por haber encontrado obstáculos para hacerlo. La magnitud y gravedad de las irregularidades detectadas impiden aceptar la ignorancia de las circunstancias atinentes al lugar y forma de disposición final de los residuos hospitalarios no patológicos, sin perjuicio de que no se han arrojado elementos de cargo que permitan entrever su conocimiento en cuanto al contenido de los mismo. Tal situación lleva al resultado de que no sólo resulten sancionables quienes materialmente actuaron en los hechos, sino también los que por no desempeñar plenamente su cometido, coadyuvaron por omisión a que se configuraran los comportamientos que reprime el art. 56 de la ley 24.051 –que recepta la forma de punibilidad culposa-”¹³.

Como podemos observar la persona jurídica o, mejor dicho, la empresa se encuentra en la mayoría de veces inmerso dentro del contexto delictivo que comprende los daños ambientales, es decir, que no es producido por aventureros, ni reincidentes, ni grupos marginales con pautas individuales, sino por el propio sistema o modelo económico, pero de una manera indirecta que impulsa su política decisiva en la inversión privada que obviamente traerá como consecuencia la aparición de la moderna sociedad industrial, que se sitúa en el marco de una colosal pauta de comportamiento colectivo. Los problemas de imputación quizá no tendrían mayor relevancia si se reconociera la responsabilidad penal de forma directa de las personas jurídicas. Zaffaroni ha dicho que los “...mas graves delitos ecológicos son cometidos por el propio poder económico planetario por la globalización. Nada hay que detenga la destrucción acelerada de las condiciones de vida planetaria. La conferencia de Río 92 lo demuestra, no habiendo pasado de una expresión de buena voluntad. El poder económico se halla en manos de personas que no tienen otra alternativa que procurar mayores rentas en el menor tiempo, porque de lo contrario pierde la clientela que busca esas rentas y que se desplaza a otros operadores. Uno de los mayores costos de esa rentabilidad es la degradación progresiva e ilimitada del medio ambiente. Los propios operadores se ocupan de calmar a la opinión contratando científicos que subestiman los efectos de la depredación descontrolada...”¹⁴. Por tal razón, esta nueva criminalización de comportamiento que reviste delictuosidad en el campo ambiental pertenece, como lo hace algún sector de la doctrina, a la gran “familia” de la delincuencia económica y, por consiguiente, a lo que criminológicamente se denomina los delitos de cuello blanco¹⁵.

¹³ Extraída de: Revista Derecho Penal, Buenos Aires, 2002, Pág. 483 y 484

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; “La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal”, en: NDP, Buenos Aires, 1999-A, Pág. XI

¹⁵ Por todos Vid. FOY VALENCIA, Pierre; “Aproximación al estudio de la criminalidad y al Derecho penal ambiental” en: Derecho, Revista de la Facultad de Derecho, PUCP, N° 46, Lima 1992, Pág. 268 y 269, quien afirma que “es necesario desde el campo de las ciencias jurídico-penal y ambiental, así como de la moderna criminología, contribuir a la elaboración de una teoría y un modelo consistente de análisis sistémico de la

2.2. La división de trabajo y competencia como necesidad y problema en la actividad empresarial.

El principio de división de trabajo se muestra en la actualidad como una necesidad impostergable en el ejercicio de cualquier actividad de la vida en relación, de tal modo que cada miembro, de acuerdo a su competencia, colabora en la obtención de los fines comunes. En la actividad empresarial como todo proceso productivo dicha división puede ser vertical u horizontal. La primera supone una relación de especialidad y de complementariedad en la que cada sujeto realiza una aportación necesaria en el contexto del plan común de la institución. La segunda implica la existencia de sujetos regidos bajo el principio de jerarquización dentro de sus respectivas actividades, las aportaciones están sometidas a una común dirección, que pueden ser aceptadas o rechazadas.

criminalidad ambiental, en tanto, modalidad, según algunos, de la denominada *delincuencia económica* o de *"cuello blanco"*. Esta tipología delictiva fueron vertidas por Edwing SUTHERLAND criminólogo americano que el año 1939 con su famoso discurso que impuso en todo el mundo, por primera vez, el concepto de *delito de cuello blanco* "White Collar Crime". El mismo SUTHERLAND definió a la *"delincuencia de cuello blanco"* como, *"la violación de la ley penal por una persona de alto nivel socio-económico en el desarrollo de su actividad profesional"*. El enfoque analítico de la delincuencia económica o de cuello blanco ha merecido el estudio por parte del pensamiento criminológico a raíz de la superación del "paradigma etiológico" o "causal-explicativo" de la criminalidad, característico de la criminología positivista de Lombroso, Ferri, entre otros, por el enfoque de los procesos de criminalización (denominado "paradigma de control") aparecido a partir de la "teoría de la reacción social" o del "etiquetamiento" (o *labelling approach*) y profundizado por la Criminología Crítica o Radical, en otras palabras se centra de estudio por qué algunos son considerados delincuentes y otros no. La delincuencia económica se caracteriza por tres exigencias: la comisión del delito, que el autor tenga buen nivel social y/o económico y vinculación entre el delito y la actividad profesional. En ese sentido: ABANTO VÁSQUEZ, 1997, Pág. 145, sostiene que "actualmente ya no se pone acento en el autor del delito económico, sino en el modus operandi y en el objetivo de su comportamiento. En la dogmática penal esto se refleja en el estudio del bien jurídico tutelado".

La fenomenología de la criminalidad de cuello blanco y, por lo tanto de criminalidad ambiental, por desarrollarse dentro de un marco de una actividad económica cumple las exigencias arriba mencionadas. Nótese que esta tipología delictiva tiene un origen principalmente socio-económica y no criminal, es decir los empresarios no tienen una imagen estereotipada de "criminal" frente a la sociedad, porque no es un desadaptado y aparentemente no constituye un peligro para la sociedad. Dichas aportaciones provienen desde el campo extrapenal (criminológico) que sin duda constituye los primeros análisis y de mayor desarrollo de este "fenómeno" socio-económico delictivo también llamada "megacriminalidad difusa"; en la cual no ha sido suficientemente aprehendido por el Derecho penal el desarrollo producido en el campo criminológico, de ahí que se conciba un trato legislativo indulgente en estos delitos. En los delitos contra el ambiente existe, definitivamente existe un trasfondo económico pues, al no cumplir con las normas jurídicas para la protección del ambiente, el resultado es una gran ventaja económica por ejemplo la empresa que utilizan productos químicos y que al momento de deshacerse de ellos no incumplen con los procedimientos establecidos para su reciclaje, obteniendo así una ventaja económica sobre aquellas empresas que sí cumplen con estas disposiciones.

A nivel de la criminalización secundaria se destaca principalmente los factores que limitan la persecución penal, entre ellas, se destaca los factores de carácter social: los autores pertenecen a una clase política, lo mismo que le da prestigio social, (el efecto no estigmatizante de las sanciones), los factores de carácter jurídico-formal (conductas realizadas a través de entes colectivos donde hay una cadena de mandos que dificulta la aplicación del Derecho penal pensado para conductas individuales); o de naturaleza económica (mejores defensas, posibilidad de ejercer presiones sobre las partes involucradas). En resumen, el que contamina ríos con los residuos de su industria, quema bosques para la obtener recalificaciones de terrenos y poder hacer solares y construir, el que infecta el aire con pestilencias de su industria, es un delincuente de cuello blanco. Este actúa motivado también por el fin cultural "éxito económico". En este sentido, es preciso que cualquier alternativa sancionadora tenga en cuenta las peculiaridades del sujeto activo. Un sujeto que, como todo delincuente de cuello blanco, no es un marginado menesteroso. Las sanciones sólo pueden ser idóneas si tienen en cuenta este dato. FOY VALENCIA, Pierre; "Consideraciones sobre la criminalidad ambiental y empresa", en: Gaceta Jurídica, Tomo 43, Junio, Lima, 1997, Pág. 67-a, define a la criminalidad ambiental como "... al conjunto de conductas de los diversos agentes empresariales que de manera irresponsable, no advierten ni acatan las exigencias ambientales en relación con las diversas etapas del proceso productivo, incluyendo la del consumo y la eliminación racional de los desechos"

Empero, esta situación es fuente de problemas, en orden a establecer la competencia y responsabilidad de cada uno de sus componentes del ente colectivo. Más aún, cuando es característico del capitalismo moderno (como consecuencia del mercado liberal sumamente exigente), la concentración de grandes capitales a través de fusiones y absorciones de empresas que operan en distintos países, a éstos usualmente se les llaman: “grupos de empresas”, “conglomerados económicos”, “holdings”, donde el proceso de producción, distribución y comercialización se realiza en diferentes empresas, habiendo normalmente una “madre” y “filiales”, aunque cada una mantiene su propia personería jurídica. Así, el proceso de la conducta descrita en el tipo penal sufre irremediamente una especie de escisión de los elementos del mismo, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, en la que cada sujeto realiza una parte descrita del tipo penal correspondiente de tal manera que la consumación del ilícito penal aparece como el resultado de la suma de una pluralidad de acciones o omisiones que se efectúan individualmente diversos miembros que laboran en dicha empresa que cumplen distintos roles, como consecuencia del principio de división de trabajo. Esta complejidad de la moderna empresa en una sociedad reinada por el mercado globalizado, trae como consecuencia, que actualmente la división de trabajo no sea ya desde una perspectiva vertical y horizontal como tradicionalmente lo ha sido, sino que ahora se organiza en redes multidireccionales, la mayoría de las veces vinculadas a una gran empresa, donde las estructuras son altamente descentralizadas y muy flexibles de acuerdo a la flexibilidad de los mercados ¹⁶.

Esta forma de organización conduce sencillamente, en un contexto de imputación individual a una “*organizada irresponsabilidad*”¹⁷ es decir, cuando resulta imposible probar la responsabilidad de alguna persona. La disociación entre las personas que actúan y el sujeto de imputación que caracteriza a la persona jurídica se resuelve en el Derecho privado con la teoría de la representación según la cual, las actuaciones que realiza su representante vinculan a la persona jurídica como sujeto de responsabilidad. En cambio, en el ámbito de Derecho penal, por imposición del principio de responsabilidad personal, de imputación subjetiva (dolo y culpa), el representante responderá si él personalmente realiza el delito con conciencia y voluntad o con negligencia. Esta característica de escisión entre acción y responsabilidad en la empresa moderna provoca en muchas ocasiones que el órgano que actúe y realiza un hecho relevante penalmente no sea, sin embargo, responsable¹⁸. En consecuencia, en el seno de la organización puede conducir hacia

¹⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido”, cit., en: www.lexstricta.com

¹⁷ SCHÜNEMANN “La punibilidad de las ...” Cit. Pág. 91

¹⁸ Cfr. MARTINEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos; Ob. Cit. Pág.194. GRACIA MARTÍN, Luis; “Instrumentos de imputación jurídica penal en la criminalidad de empresa y reforma penal”, en: Actualidad Penal, N 16-19. 1993, Pág.223; agrega el mismo autor: “La división del trabajo determina que el sujeto en el ejercicio de una “competencia” que es sólo fragmentaria con respecto a la actividad total de la empresa. Por esta razón, cada acto parcial se muestra a menudo atípico para el Derecho penal, sea por que no realiza por sí sólo el tipo objetivo, sea por que su autor desconoce que su acto está precisamente implicado en una más amplia actividad criminal de la empresa y entonces no realiza el tipo subjetivo; o bien, finalmente, porque el o los concretos sujetos que han realizado la acción típica (objetiva y subjetivamente) carecen personalmente de la cualidad constitutiva del elemento objetivo de la autoría requerido por el tipo”. Pág. 214; En otro trabajo GRACIA MARTÍN, Luis; “La responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”, en :RPCP, N° 4, Lima, 1994, Pág. 275. Refiriéndose a estos aspectos dice que debe distinguirse entre “sujeto de la acción” y el “sujeto de imputación”. Uno y otro no tienen por qué coincidir. Pueden coincidir, en el caso de la persona natural, pues ésta posee, precisamente, las cualidades existenciales de producir por sí misma los efectos que luego le pueden ser jurídicamente imputados. En el caso de personas jurídicas, en cambio, sujeto de imputación y sujeto de la acción no van a coincidir, pues aquéllas sólo pueden actuar a través de sus órganos y representantes, es decir de personas naturales (sujetos de acción). Ahora bien –sigue el Autor- aquello que es imputado inmediatamente a la persona jurídica son, en primer término, los efectos jurídicos producidos por la acción del órgano o del representante, por ejemplo los efectos jurídicos-civiles del contrato celebrado inmediatamente por la persona física que representa a l jurídica, lo que tal vez pueda coincidir en sus elementos naturalísticos con la descripción del tipo objetivo del hecho punible. Pero el elemento portador de la posibilidad de imputación jurídico-penal es en cualquier caso sólo el ejercicio de la voluntad, en sentido psicológico y el proceso de su formación” y en la cita respectiva alude a que en Derecho penal “sujeto de la imputación es el hombre”, si y en la medida en que actúa responsablemente.

una “irresponsabilidad individual de carácter estructural”, donde se agrega los temibles procedimientos de encubrimientos, la inducción al error y generar así las famosas lagunas de competencia que reina al interior de toda empresa.

2.3. Aproximación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El problema fundamentalmente se presenta en el marco de los delitos económicos o socio-económicos¹⁹ en los casos en los que la infracción penal proviene de una decisión tomada por un órgano colegiado y es ejecutada por miembros de la empresa de inferior jerarquía que sólo cumplen órdenes de sus superiores; con lo cual se evidencia hoy por hoy, que asistimos innegablemente a un progresivo crecimiento de las personas jurídicas²⁰ en hechos delictivos. La discusión en el terreno jurídico-penal, como se verá más adelante, no ha girado en función a las teorías sobre las personas jurídicas (si es una ficción o una realidad), sino principalmente a consideraciones político-criminales y dogmáticas. Así, en Alemania de la década de los setenta, el 75 por ciento de los casos más graves de delincuencia económica se realizaron a través de estos colectivos²¹. En ese sentido, hay dificultad en aquellos hechos punibles que se realizan en el marco de una actividad empresarial, principalmente en una empresa societaria, que tiene, entre sus fines, “abarcarse el mercado y dominarlo” caracterizada por lograr, entre otras cosas, la mayor ganancia al menor costo posible, eliminar las competencias del ramos, adquirir el dominio comercial de los

¹⁹ Así, MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos; *Derecho Penal Económico. Parte General*. Valencia, Pág.193 sostiene que en dicha materia emerge a un primer plano la tensión existente entre el Derecho penal clásico o nuclear y el Derecho penal “moderno” o accesorio, en la medida en que, quizá más que en cualquier otro ámbito de la teoría del delito, resulta aquí particularmente sentida la necesidad de matizar las reglas clásicas de imputación y aun la de crear, en su caso, nuevos principios de imputación jurídico-penal diferentes a los tradicionales.

²⁰ La discusión en torno a la naturaleza jurídica de los entes colectivos, ha girado en torno a dos teorías fundamentales: La **teoría de la ficción** (iniciada por Savigni y sus orígenes datan desde principios de la Edad Media, en la dogmática del Derecho romano y canónico), dominante en la primera mitad del siglo XIX, manifiesta que las personas jurídicas es una creación metafísica del Derecho, y por lo tanto los entes colectivos necesitan valerse de una pluralidad de personas físicas que van a integrar los órganos colegiados de gobierno para que desarrollen, a través de un acuerdo conjunto las “actuaciones” propias de las actividades de la persona jurídica. Es decir, que no se reconoce sin tipo de sanción –ni siquiera una responsabilidad civil o administrativa- a los entes colectivos. La otra teoría es de la **realidad o de la personalidad real**, dicha tesis sostiene que las personas colectivas son entes reales, y que el Derecho debe reconocerle esa realidad “dada”; las personas colectivas piensan a través de sus órganos y representantes, y actúan por intermedio de sus agentes, las acciones prohibidas provenientes de las sociedades pueden ser evitadas sancionando a los integrantes de las mismas. Las teorías orgánicas de Gierke tuvieron una gran tendencia después de la primera guerra mundial por dos factores: a) El desbordamiento del Derecho económico-social. La situación económico-social obligó al legislador a regular minuciosamente la producción, distribución y consumo de productos, los precios, la utilización de los servicios, etc., y a prever para ser incumplimiento cada más numerosas sanciones represivas. b) Las sociedades comerciales o industriales, cuyo número y poder no dejaba de crecer, eran las principales infractoras de esta reglamentación. Por otro lado, las personas jurídicas pueden ser de Derecho público y de Derecho privado. Las de Derecho público pueden ser de carácter externo (intervinientes en la Comunidad Internacional como la OEA, ONU, los propios Estados, la Cruz Roja Internacional, etc.) así como de carácter interno (las Municipalidades, el propio Estado, etc.). Las personas jurídicas de Derecho privado pueden ser las asociaciones, las fundaciones, los comités, las comunidades, nativas y las sociedades de carácter civil y comercial, etc. Todas estas personas tienen existencia legal y por ende capacidad para ser parte material en un proceso, pero no tienen capacidad para comparecer directamente en un proceso, pues por su carácter abstracto o ficticio, deben actuar en el ejercicio de sus derechos sustantivos y procesales, mediante sus representantes señalados por la constitución, la ley de su creación o el respectivo estatuto, o escritura o documento de constitución.

²¹ Así, SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón; “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: Themis N°35, Lima, 1997, Pág.129. Por su parte, ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura; “Las consecuencias penales de los hechos cometidos por entes colectivos: de la responsabilidad individual a la responsabilidad colectiva”, en: II Congreso Internacional de Derecho Penal, Lima, 1997, Pág.351 demuestra que un estudio hecho por el Instituto Max Plank de Friburgo (Alemania) mostró que el 80% de los delitos conocidos en los últimos tiempos en Alemania se habían realizado en el seno de una empresa.

territorios abarcados por los competidores, imponer la mayor cantidad de condiciones beneficiosas para la Empresa. Sin perjuicio de que en la administración pública también se pueden encontrar con las mismas o peores dificultades de atribución delictiva²². Asimismo en otro tipo de agrupaciones sociales: como partidos políticos, sindicatos, asociaciones civiles, etc., donde también existe una distribución enmarcado dentro de una descentralización vertical de competencias, y consecuentemente de responsabilidades, que desde el punto de vista jurídico tiene el efecto de que las conductas activas adecuadas a los tipos penales, son realizadas frecuentemente por los niveles más bajos de la organización que se dan dentro de cada organización, mientras que los dirigentes responsables observan inactivos como se produce el delito.

A mi juicio, creo que el debate se inicia cuando nos preguntamos: ¿la persona natural o física será acaso la única capaz de vulnerar bienes jurídicos penalmente protegidos?. Visto así la situación pareciera que la pregunta ha de ser negativa, puesto que la persona física (entiéndase como sinónimo de libertad o voluntad en sentido antropológico, psicológico, social, etc.), ahora ingresa al tráfico jurídico, envuelto en un engranaje colectivo de individuos con objetivos específicos para su subsistencia dentro de dicho tráfico. La persona jurídica tiene un efecto corporativo opuesto a las actividades particulares. Se trata de una composición, con pluralidades de personas, con un determinado fin común. En otras palabras, esos grupos de individuos unidos por un vínculo contractual asociativo que regula sus relaciones, a quienes se le reconoce como sujetos de relaciones jurídicas, se denominan personas jurídicas. Negarse a dicha realidad es negarse, en cierto modo, a un modelo que responda al desarrollo, pero también debe tenerse en claro, que el

²² En este punto puede traerse a colación el caso de contaminación ambiental sucedido en las costas de España a través del barco petrolero "Prestige", donde se muestra en toda su dimensión el problema de la división de trabajo y jerarquización de funciones en el sector público con incidencias en sectores privados. Los hechos fueron publicados los días 23, 24 y 25 de Febrero 2003, en el Diario "El País", y para muestra damos a conocer el capítulo primero, el mismo que sucedió así:

"El petrolero "Prestige", cargado con 77.033 toneladas de fuel, sufrió una grieta en uno de sus costados el 13 de noviembre pasado. Desde que el capitán pidió auxilio al centro de salvamento de Finisterre hasta 24 horas después, cuando, tirado por un remolcador, el barco inició su alejamiento de la costa gallega, las autoridades públicas tomaron varias cruciales". Los hechos más resaltantes pueden resumirse en: "A las ocho de la mañana, se recibe una llamada, casi un saludo, del petrolero *Prestige*, que navega por la zona vigilada por la torre de control. El barco sigue un rumbo 210 (suroeste) a una velocidad de ocho nudos (15 kilómetros por hora)...". "Siete horas y 15 minutos después (tres y cuarto de la tarde) salta la alerta. El centro de Finisterre recibe una llamada entrecortada de socorro. Procede del vetusto petrolero. "Nos estamos escorando demasiado, estamos a punto de zozobrar. Vamos a hundirnos. Esperamos salvamento". Luego de comunicar la emergencia a todo el personal competente, y movilizar las vías de rescate, entre los que se encontraba el remolcador *Ria de Vigo*, *Remolcanosa*, entre otros. "A las 16.50, Miguel Margretis, director de operaciones de *Universe Maritime*, el armador del *Prestige*, recibe una llamada en **Atenas** de *Apostolos Mangouras*. El capitán del petrolero siniestrado le notifica el accidente sufrido por el barco a las 15.10. Margretis, representante del dueño del barco, se entera del desastre muchos después que las empresas privadas de rescate. La holandesa *Smit Tak* ya había ofrecido 20 minutos antes a *Remolcanosa* que formara parte del contrato de salvamento privado que quería discutir después con el armador del *Prestige*. "El estruendo de las negociaciones secretas en los despachos sobre el auxilio a un petrolero que navega a la deriva y que pierde fuel en alta mar, a sólo unas millas de la costa gallega, llega a la máxima autoridad marítima, el director general de Marina Mercante, José Luis López Sors, que a esa hora, seis de la tarde, todavía está en **Madrid**". A la 21.09 se suscita lo siguiente: "A partir de esa hora, cesa la actividad de los faxes y comienza al del remolcador. La primera anotación que hace el *Ria de Vigo* tras haber llegado supuestamente a las 18.00 al costado del *Prestige* es la siguiente: "21.05: comienzo del intento de dar remolque por cabo con retorno". El primer intento de remolque anotado por el remolcador público en su parte oficial y en su informe a *Smit Tak* coincide, al minuto, con la hora en la que *Smit* confirma telefónicamente a *Remolcanosa* que *Uribe* (*Sasemar*) le ha dado *luz verde* para usar el *Ria de Vigo*. "Tres horas largas de negociaciones en los despachos ante las barbas de la administración pública. Tres horas, 18.00 a 21.00, de las que se le acusará formalmente al capitán del petrolero de haberse resistido a dar remolque y, con todo ello, haber agravado el estado de un barco herido de muerte, y propiciado el vertido. Horas que despiden suficientes hilillos para que la Administración olfatee y frene la farsa de un remolcage/salvamento que no dirige. Tres horas, en las que el director general de Marina Mercante llama al dueño de los remolcadores para recordarle que no puede ceder su barco a empresas privadas en tal emergencia marítima; y sus subordinados reciben faxes y presiones de *Smit* para utilizar el *Ria de Vigo*. Y lo consigue".

hecho de ser una herramienta indispensable, no puede dejar de tener límites precisos²³. Entonces, el Derecho penal no podría permanecer indiferente porque esa misma persona, ahora “colectiva” podrá ser catalogada como sujeto activo de un evento delictivo, o mejor dicho, si podrá ser sujeto de imputación. La persona jurídica lleva ese nombre tan sólo porque el ordenamiento reconoce la personalidad jurídica a ciertas organizaciones estructuradas para el cumplimiento de los fines que requieren una capacidad jurídica determinada²⁴. Esta situación se agrava en sistemas jurídicos tributarios o pertenecientes al sistema románico-germánico donde reza aquel apotegma: *societas delinquere non potest* y la persistencia en reclamar sujetos individuales para la imputación penal.

Fueron los romanos quienes primeros se ocuparon del tema de los entes colectivos, y está demostrado que ya entonces existían poderosas sociedades como “sociedades capitalistas de publicanos” (*societatis publicanorum*), a las cuales el Estado arrendaba la recaudación de los impuestos en los tiempos de la República. Entre ellos regían el *societas*.²⁵ Es decir, desde entonces, la cuestión de la punibilidad a los entes colectivos estaba negada y todo ello repercutió en la elaboración de la sistemática del hecho punible, -desde su aparición en el Derecho alemán como causalismo-positivista- donde la cuestión radica en la dificultad que se presenta para aplicar a los entes colectivos un sistema de imputación pensado y estructurado para imputar a personas naturales²⁶.

Antes bien, la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe ser ubicado en el terreno del Derecho penal de la Empresa pues el común denominador tiene su origen en la actuación de un sujeto individual para una empresa²⁷ y éste Derecho penal de la empresa pertenece a su vez a un universo mucho más grande cual es el Derecho penal económico. Frente a este panorama de los entes colectivos en ámbito penal generalmente se superponen tres planos que tendrá que separarse para su análisis²⁸: así de un lado el Derecho positivo para indagar sobre la existencia de las sanciones jurídicas. De otro lado, en el plano dogmático en donde se discute si tienen capacidad penal de acuerdo a las categorías del delito, y por último el aspecto político criminal donde se cuestiona la idoneidad de la imposición de las penas u otras sanciones a los entes colectivos.

Como es sabido, en el campo legislativo debe tenerse en cuenta las dos corrientes imperantes en el Derecho comparado, así el sistema jurídico llamado *common law* y la corriente representada por los países del sistema jurídico romano-germánico y las Repúblicas europeas, fieles a la concepción clásica del principio *societas delinquere non potest*²⁹ también conocido como *universitas delinquere nequit*. Con respecto al primer sistema jurídico, pertenecientes a los países anglosajones dentro de los cuales se encuentran Estados Unidos de América, Reino Unido, donde es ampliamente reconocida la responsabilidad penal de las personas jurídicas tanto legislativa como jurisprudencialmente, debido a consideraciones pragmáticas de mayor eficiencia. Ahora bien, algunos países europeos han entrado a la órbita de la punición directa de los entes colectivos

²³ En este sentido: BORDA, Guillermo J; *La persona jurídica y el corrimiento del velo societario*, Buenos Aires, 2000, Pág. 11

²⁴ GARCIA TEJERA, Norberto J.; *Persona jurídica. Tratamientos en los tipos civil y comercial*, Buenos Aires, 1998, Pág. 26

²⁵ SERRANO MAILLO, Alfonso; “*Las personas jurídicas frente al Derecho penal español*”, en: DP, 1991-A, Pág. 130. MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, Pág. 170 sostiene que la responsabilidad penal de las personas jurídicas “...en la **Edad Media y Moderna** se admitió. Bartolo de Sasoferrato (s. XIV) trasladó al Derecho penal la teoría de la ficción, construyendo sobre esta base una fingida capacidad delictiva de las personas jurídicas. Dicha opinión se mantuvo hasta el siglo XVIII”.

²⁶ FELLINI, Zulita; “*Problemas de imputación en el ámbito de las personas jurídicas*”, en: Revista de Derecho Penal, 2000., Buenos Aires, Pág. 582.

²⁷ MEINI MENDEZ, Iván Fabio; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lima, 1999, Pág. 67.

²⁸ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; “*Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales*”, en: Mazuelos, Julio (Comp.), *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Lima, 1996. Pág.139

²⁹ ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel; “*Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisa la fórmula tradiciona societas delinquere non potest*”, en: CPC N°11, Madrid, 1980, Pág. 71

como sucede en Holanda, Suecia, Noruega, Portugal y, recientemente Francia, que es un caso particular. Este país, lugar del pensamiento individualista del Iluminismo que se consagra en la Ley francesa del 2-17 de marzo de 1791, que suprime las "corporations" y aceptaba las concepciones de Savigni, para quien la persona jurídica era un ente de ficción, desde el primero de Marzo de 1994, contiene ahora disposiciones específicas sobre la responsabilidad directa de la personas jurídicas plasmadas en el art. 121-2 del Código Penal francés, que dispone. "las personas morales, con exclusión del Estado, son responsables, según las distinciones de los arts. 121-4 a 121-7 y en los casos previstos por la ley o el reglamento, de las infracciones cometidas por su cuenta, por sus órganos o representantes (...). La responsabilidad penal de las personas morales no excluye la de las personas físicas o cómplices de los mismo hechos". En esta línea, en materia ambiental el Derecho francés también responsabiliza a las personas jurídicas³⁰. Debemos mencionar a Dinamarca desde la reforma del Código Penal de 1996. En otro contexto, concretamente en la Unión Europea, el sistema penal comunitario es un verdadero modelo de Derecho penal económico, en la cual debe tenerse en consideración que los principales actores son las personas jurídicas. De esta forma, en la actualidad se reconoce unánimemente la necesidad de proteger coactivamente los intereses económicos de la Unión Europea, aunque sólo por medio de un modelo derecho administrativo sancionador¹.

El segundo sistema (romano-germánico), no admite la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, y tiene recepción generalmente en países como Alemania³², España³³, Austria y en países de Latinoamérica, dentro de los cuales se encuentra Argentina³⁴ y Perú³⁵. Sin embargo,

³⁰ Así, en el contexto del Derecho francés: ABOSO, Gustavo Eduardo / ABRALDES, Sandro Fabio; *Responsabilidad de las personas en el Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2000, Pág.156 nos dice que: "La Ley del 2 de marzo de 1995 responsabiliza a las personas jurídicas por algunas de las infracciones contenidas en el Libro II del Código Rural (preservación de los medios acuáticos y protección del patrimonio piscícola); otro tanto acontece con el decreto del 9 de enero de 1852, sobre la pesca marina, y la Ley del 7 de Julio de 1976 sobre la polución marina, y otra de idéntica fecha sobre la polución del mar por las operaciones de incineración (art.81).

³¹ CARO CORIA, Dino Carlos; *Derecho Penal del Ambiente. Delitos y Técnicas de Tipificación*, Lima, 1999, Pág. 184.

³² JESCHECK, Hans -Heinrich; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción y adiciones de Derecho español por Mir Puig / Muñoz Conde, Volumen Primero, Barcelona, 1981, Pág. 300 y ss. Aunque reconoce que desde hace tiempo el Derecho alemán prevé sanciones administrativas contra colectividades.

³³ Así, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; "De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas", en: ADPCP, 1981, Pág. 374. RUIZ VADILLO, Enrique; "La persona jurídica y el Derecho penal", en: ADPCP, 1981, Pág. 786. BARBERO SANTOS, Marino; ¿"Responsabilidad penal de las personas jurídicas?", en: DP, N 33 a 36, Buenos Aires, 1986, Pág. 409. Aun se mantiene esta posición en la doctrina contemporánea, así véase: BACIGALUPO, Enrique; "La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el Derecho penal europeo", en: Bacigalupo, Enrique (Director), *Derecho Penal Económico*, Buenos Aires, 2000, Pág. 78

³⁴ Así, en este sentido: GARCIA VITOR, Enrique; "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en: De las penas, Libro Homenaje a De Benedetti, Buenos Aires, 1997, Pág. 258 y 259. RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María; *El Derecho Penal en la actividad económica*. Buenos Aires, Pág. 261. VAZQUEZ, Marcelo Pablo; "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Régimen penal y contravencional. El instituto del actuar en nombre de otro incluido en la ciudad de Buenos Aires. Similitudes con España y Alemania", en: CD y JP. 2001, Pág. 481. LEIF GUARDIA, Diego; "A propósito de la responsabilidad de las personas jurídicas", en: Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, 2002-2, Pág. 615 y 616 "la situación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha ido variando a las necesidades político-criminales. Inicialmente podemos decir que en la actualidad rige el principio *societas delinquere non potest*".

³⁵ Por todos: MEINI MENDEZ, 1999, Pág. 226. CASTILLO ALVA, José Luis, "Apuntes sobre la responsabilidad penal de las empresas y las personas jurídicas", en: Normas Legales, Mayo 1999, T. N° 276, Lima, Pág. A-46. En el ámbito procesal para la apertura de instrucción penal, según el Código de Procedimientos Penales (art. 77, texto según la modificatoria establecida en el art. 1 de la Ley 24388, publicado el 06/12/85), se necesita de tres requisitos: que el hecho denunciado constituya delito, que la pena no haya prescrito y que se haya individualizado al presunto autor. Como puede verse, el procesamiento tiene una naturaleza individual, aun en el supuesto caso que el -o los- imputado se encuentre al interior de una organización empresarial o cualquier otra índole, la imputación no debe perder su carácter individual. También la jurisprudencia peruana se ha pronunciado al respecto: Véase la ejecutoria de la Sala Penal Const. N° 3963-96, Anchash, Lima, de 24 de Octubre de 1997. "...debiendo identificarse en todo caso a la persona que actuó como órgano de su

algunas excepciones se pueden encontrar en Brasil, influenciado a través de los cambios producidos en Portugal, en una legislación que tiene que ver con nuestro tema de investigación, en la Ley de Delitos Ambientales se establece expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lo mismo puede afirmarse en Venezuela, con una legislación especial, con la Ley Penal del Ambiente de 1992, que establece sanciones a la propia persona jurídica sin perjuicio de la responsabilidad penal de la persona natural que la integran.

2.4. ¿Crisis del principio “*societas delinquere non potest*” en los ordenamientos jurídicos tributarios del Derecho romano-germánico?

En aquellos países donde reinaba sin reparos la vigencia del principio *societas*, se vive, actualmente, un ambiente de zozobra, porque implícitamente se están incorporando, a través de legislaciones especiales, lugar donde comúnmente habita el Derecho penal económico, la punición de la propia persona jurídica, respondiente más bien a intereses de carácter político-criminales más que a interés técnico-dogmáticos, así que por ejemplo Franz v. Liszt artífice de la construcción dogmática-causalista del delito, desde la primera edición de su Tratado en 1881, se pronunció a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sosteniendo que “quien puede concluir contratos, también puede concluir contratos ilícitos o usuarios o incumplir los contratos de abastecimiento –StGB 2291 -concluidos-”.

Por su parte Hirsch opina que no existe ningún impedimento fundamental para admitir una capacidad penal de las personas jurídicas, en la actualidad –dice el autor- “...la verdadera cuestión ya no es *si* es de algún modo posible que las personas jurídicas tengan capacidad penal. Antes bien, aquélla reza: ¿Cómo han de ser los presupuestos de su punibilidad y el catálogo de sanciones que entran en consideración junto a la pena de multa?³⁶. Es más, un dato que nos puede llamar a la reflexión, es que dentro del marcado internacional europeo, donde está arraigada la criminalidad económica y empresarial, se recicla sumas de dinero superiores al billón de euros por año, esto es, más que el producto nacional bruto (PNB) de un tercio de la humanidad. Por eso con razón apunta Zúñiga Rodríguez, que sostener “...que las personas jurídicas no pueden ser sujetos directos de imputación penal significa realmente dejar fuera de sanciones graves a los sujetos económicos y políticos más importantes de nuestra era.”³⁷

En el Derecho positivo argentino, se puede percibir algunas normas penales que prevén sanciones directas a los entes colectivos, se puede mencionar por ejemplo Leyes 20.680, de Abastecimiento; 25, 156, de Defensa de la Competencia; 22.415, Código Aduanero; 23.554, de Defensa Nacional. Asimismo en la magistratura judicial existe una marcada tendencia a considerar procedente la imputación delictiva a un ente ideal³⁸. En el Derecho peruano, García Caveró postula por una responsabilidad penal de las personas jurídicas, basado en que esta, “...como titular de un ámbito de organización, utiliza la configuración organizativa de sus órganos y miembros, del mismo modo como ocurre en los supuestos de autoría mediata. Si la prestación del órgano trae consigo además una infracción de sus competencias, cabrá perfectamente atribuirle responsabilidad junto con la persona jurídica. Esta posibilidad de imputación confirma que la persona jurídica es titular de una esfera de organización propia y puede, por ello, hacérsele responsable directamente por los defectos de configuración negativos o positivos de su esfera de organización”³⁹.

representación, o como socio representante autorizado de ella, en vista que la persona jurídica como tal, de acuerdo al principio societas delinquere non potest, no posee capacidad de conducta, recayendo en todo caso dicho atributo sólo en las personas naturales, tal como lo prescribe el artículo veintisiete del Código Penal”,

HIRSCH, Hans Joachim; “El Derecho Penal y Procesal Penal ante los nuevos formas y técnicas de criminalidad”, traducción de M. Carmen Alastvey Dobón, en: Derecho Penal, Obras Completas, T. III, Buenos Aires, 2000, Pág. 75.

ZÚNIGA RODRÍGUEZ, “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido” en: www.lexstricta.com

Véase: ABOSO / ABR LDES; 2000, Pág. 109 y ss.

GARCÍA CAVERO, Percy; Derecho Penal Económico, Parte General, Lima, 2003, Pág. 32

En el ámbito legislativo latinoamericano el Proyecto de Nuevo Código Penal Tipo para Latinoamérica ha incorporado con ocasión del Tercer Encuentro de la Comisión Redactora celebrado en la ciudad de Panamá en octubre de 1998, en el Título referido a “De las personas penalmente responsables” el Capítulo X “De la responsabilidad penal de las personas jurídicas” y, en concreto, el art. X que refiere textualmente a que las personas jurídicas son penalmente responsables en los casos previstos en la ley⁴⁰. Quienes postulan por la punición de los entes colectivos, han seguido principalmente dos modelos de solución⁴¹: 1) La teoría de la representación o modelo de imputación (*vicarious liability*). A la persona colectiva se le imputa la culpabilidad de la persona física o de sus órganos, por lo que también se utiliza la expresión responsabilidad penal indirecta. 2) Fundamentar una culpabilidad propia de la persona jurídica o empresa distinta a la culpabilidad individual.

La disputa por el reconocimiento de la capacidad penal de los entes colectivos es casi especulativa, pues el hecho que no se habilite la reacción penal a las personas jurídicas, no significa que no se sancione a los órganos titulares y directivos que en el desempeño de sus cargos cometen delitos. En el Derecho civil, por ejemplo, desde siempre se ha aceptado la responsabilidad colectiva bajo el siguiente axioma: *quod universitas debet, singuli non debent*; así también en el Derecho administrativo, pero principalmente desde el Derecho administrativo sancionador siempre ha reaccionado contra las irregularidades que han incurrido los entes colectivos.

Empero, desde la óptica penal sólo el hombre considerado como persona individual puede ser sujeto activo de un hecho punible, es decir depositaria de los elementos que fundamentan la amenaza penal, porque ha encontrado general reconocimiento en el Derecho penal positivo el principio tradicional *societas delinquere non potest* donde poderosas razones de orden dogmático siguiendo la secuencia lógica-analítica del hecho punible así lo exigen, como son en primer término el concepto de acción⁴², entendido generalmente en cualquiera de las teorías que la fundamentan

MAZUELOS COELLO, Julio F.; “La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del “autor en lugar de otro”, en: Varios Autores, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes, Lima, 2002, Pág. 465

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; “Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y el Derecho penal peruano”, en: Varios Autores, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes, Lima, 2002, Pág. 220.

En España: LUZÓ -PEÑA, 1996, Pág. 290 y 291. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, 1998, Pág. 230. En Argentina: SOLER, Sebastián; Derecho Penal argentino, Tomo I. Actualizado por Guillermo Fierro, Buenos Aires, 1996, Pág. 330 y 331. Este autor se apoya en la subjetivización de la acción entendido en dos fases: a) a la subjetividad de la culpa, que excluye las formas de responsabilidad objetiva y b) a la individualización de la responsabilidad, en el sentido que nadie sufra pena por otros. FONTAN BALESTRA, Carlos; Derecho Penal. Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo AC Ledesma, Buenos Aires, 1998, Pág. 200. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Tratado de Derecho Penal. Parte General, T III, Buenos Aires, 1981, Pág. 55 y ss., señalando que las personas morales es incapaz de conducta, es “involuntable”. DONNA, Edgardo Alberto; Teoría del Delito y de la Pena, 2, Imputación Delictiva, Buenos Aires, 1995, Pág. 17. Este autor opina que “se excluye, en consecuencia, a los animales y a los entes colectivos, aunque como es obvio esta última proposición ha sido discutida, más por razones de política criminal, que conceptuales”. CREUS, Carlos; Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, 1999, Pág. 158. Por el contrario RUSCONI, Maximiliano; “Persona jurídica y protección penal del honor”, en: NDP, 1998, A, Pág. 285 sostiene que en “...relación con las objeciones dogmáticas a la posibilidad de que las sociedades sean punibles, se debe decir que la actual situación del sistema del hecho punible es favorable a la aceptación de un modelo de responsabilidad penal de los entes ideales”. El mismo: Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho penal moderno, Buenos Aires, 1997, Pág. 128. En la literatura peruana, los autores que niegan que las personas jurídicas poseen capacidad de acción: HURTADO POZO, José; Manual de Derecho Penal. Parte General, Lima, 1987, Pág. 339 y 340; PEÑA CABRERA, Raúl; Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General, Lima, 1994, Pág. 287; VILLAVICENCIO, Felipe; Lecciones de Derecho Penal, Lima, 1990, Pág. 115. REYNA ALFARO, Luis; Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Parte Especial, Lima, 2002, Pág. 120. MAZUELOS COELLO; “La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica... cit., Pág. 461 y 462. “En este orden de ideas, se ha de tomar en cuenta el Art. VII del Título Preliminar que proscribe toda forma de responsabilidad objetiva, por lo que el sólo hecho de ser una persona jurídica con

(causal, finalista, o social), como sinónimo de voluntariedad interna y relación psicológica –dolo y culpa-; ciertamente éste concepto no ha sido el más decisivo para fundamentar una irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, de hecho que es el concepto más próximo y preferido en autores que alegan una revisión al mismo por las contradicciones que genera⁴³. En segundo lugar, el concepto de culpabilidad⁴⁴ entendido como reproche ético-social en sentido personal por el injusto penal cometido. Otros conceptos y argumentos menos contundentes relacionados con las consecuencias jurídicas derivadas del hecho punible, concretamente con la capacidad y función de la pena, que va adherido al principio de personalidad de la pena, tienen su base también en la persona física. Además, otros argumentos colaterales como la idea de justicia y equidad, pues la sancionarse a la persona jurídica se castigaría a persona inocentes, y con ello se infraccionaría el principio *ne bis in idem*. Y concretamente, en el ámbito procesal, se afirma la incapacidad de las personas jurídicas para comparecer personalmente a juicio; entre otros, estos conceptos y argumentos imposibilitarían que las personas jurídicas puedan delinquir.

Hay que tener en consideración que la doctrina penal argentina ha mantenido su posición en torno a que las persona jurídicas no tienen capacidad penal de acción amparado en el anterior art. 43 del texto original del Código Civil que establecía: *“No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas”*. Esto es se apoyaban en la subjetividad de la acción que en el Derecho civil también era también “propietaria” la persona física. Porque en coherencia con la teoría de la ficción que consagraba la irresponsabilidad de las personas jurídicas en todo el ordenamiento jurídico, precisamente por carecer de voluntad propia capaz de exteriorizar sus decisiones y por ende no podían provocar actos dolosos ni culposos. Sin embargo, luego se modificó el mencionado art. 43 del Código Civil mediante la Ley 17.711, art. 1, inc. 6, y quedó redactado de la siguiente manera: *“Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”*. De establece el principio de la responsabilidad por daños causados por los administradores y representantes (órganos en ejercicios).

2.5. Toma de posición.

Después de analizar brevemente los argumentos por las cuales discurre el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su vinculación con el Derecho penal económico; ahora nos toca afirmar una posición en torno a esta cuestión, en consecuencia, me inclino por el

identidad y autonomía propia no es suficiente para afirmar su responsabilidad penal”. En contra: JAKOBS, Günther; Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Cuello Contreras, Serrano González de Murillo, Madrid, 1997, Pág. 183, quien afirma que “...en la determinación del sujeto el sistema que ha formarse deba estar compuesto siempre de los ingredientes de una persona física (mente y cuerpo) y no de los de una persona jurídica (estatutos y órganos). Más bien los estatutos y los órganos de una persona jurídica se pueden definir también como sistema, en el cual lo interno–paralelamente a la situación en la persona física- no interesa (ejemplo: el acuerdo de dos órganos para cometer un delito no es aún un actuar delictivo, a tenor del 30 StGB, de la persona jurídica), pero si interesa el output. Las actuaciones de los órganos con arreglo a sus estatutos se convierten en acciones propias de la persona jurídica”. También en este sentido: GARCIA CAVERO, 2003, Pág. 325

En este sentido: MIR PUIG, Santiago; en adiciones de Derecho español, Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Barcelona, 1981, Pág. 311, apunta que “...no deja de ser contradictorio que, por una parte, se niegue la capacidad de acción de la persona jurídica a efectos jurídico-penales y que, por otra, se respeten puntual y formalmente las consecuencias de la capacidad de acción jurídico-civil de la misma. Si lo que importa al Derecho penal son las acciones “reales” de las personas físicas, debería acaso, atender más a la relación “material” existente entre esas personas que a las meramente “jurídico-civiles” que caracterizan la posición de la persona jurídica.”

RODRIGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GOMEZ, Alfonso; Derecho Penal español. Parte General, Madrid, 1992, Pág.390

argumento a favor de la irresponsabilidad penal de las empresas – o la *societas*⁴⁵ reconociéndose sólo para las personas físicas o individuales, ésta opinión está basado en la orientación de Frankfurt de que el Derecho penal, por naturaleza, está dirigido al individuo sosteniéndose en los principios del siglo XIX –influencia de la filosofía kantiana debido a la recepción del *societas*-. Aceptar la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas sería modificar radicalmente las proposiciones básicas sobre la que descansa desde algún tiempo la sistemática jurídico-penal euro-continental, como ya cierto sector de doctrina lo ha pregonado⁴⁶. Es cierto que actualmente un sistema penal que niegue capacidad penal de los entes colectivos, el nivel de efectividad sancionatoria está ostensiblemente reducido, ya que implicaría una impunidad a los auténticos responsables que actuaron a favor de la persona jurídica.

Sin embargo, la dogmática ha encontrado alternativas de imputación individual para solucionar el problema de la delincuencia gestado en procesos complejos. Así que pueden ubicarse en este punto, el instituto del “actuar en nombre de otro” a nivel imputativo y las “consecuencias accesorias” a nivel de las consecuencias jurídicas derivadas del hecho punible. Estos conceptos muy ligados concretamente al problema de la criminalidad de empresa, son muestras palpables, una vez más, de la irresponsabilidad de dichos entes colectivos, de manera tal que las personas jurídicas no ingresan al ámbito penal de manera directa para su sancionabilidad sino de una forma accesoria, subsidiaria (recuérdese el art. 104° y 105° del CPp que afectan básicamente al patrimonio, permite hablar de medidas administrativas impuestas por un órgano penal) en la medida en que pueda haber una persona física previamente responsable ubicada en el seno de una empresa. Es decir, que la irresponsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal, no implica necesariamente que las mismas no estén sujetas a medidas preventivas y a las responsabilidades civiles que hubiere lugar.

La persona jurídica tiene existencia en la medida en que detrás de ella hay una realidad orgánica-biológica que la sustenta, para que aquella puede realizar los actos en tráfico jurídico, de ahí que exista una diferencia sustancial entre la acción de la persona concreta (el órgano o representante) y la acción de la propia persona jurídica; por eso, aquí no se trata de una relación para con el otro, sino antes bien de una relación en la que “el otro” está necesariamente presente⁴⁷. No se podría afirmar que el ente colectivo delinque por medio de sus miembros, sino que sus miembros u

En contra: TIEDEMANN, Klaus; “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: Anuario de Derecho Penal '96, Lima, 1996, Pág.101 pues, entiende que esta “colectivización” de la vida económica y social enseña que la agrupación crea un ambiente, un clima que facilita e incita a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos en beneficio de la agrupación. De ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales (que pueden cambiar y ser reemplazados), sino también, y sobre, a la agrupación misma. BUSTOS RAMIREZ, Juan; “Perspectivas actuales del Derecho penal económico”, en: RPCP N,1, 1993, Pág.74 sostiene que ha de desarrollarse una teoría de la coparticipación de la persona jurídica en el hecho delictivo, pues ésta sirve al sujeto activo, persona natural de apoyo indispensable e insustituible a través de su organización. Asimismo, ABANTO VASQUEZ; 1997, Pág.163 quien al considerar a las personas jurídicas como una realidad social esboza una sancionabilidad penal a las personas jurídicas paralela al de las personas naturales, ya que “En ausencia de un sistema contravencional o administrativo sancionatorio específicos, proponemos concretamente que se prevea una cláusula similar de “organización defectuosa” en el Código penal peruano a título de faltas como la previsión expresa de que las sanciones por faltas también son aplicables a las personas jurídicas”; Es un modelo parecido al de Alemania prescrito en su segunda Ley de lucha contra la criminalidad económica que reformó el art.30 de la OWIG (Ley de Contravenciones) según la cual se sanciona directamente a las empresas por delitos cometidos en su seno.

Así, RODRIGUEZ RAMOS, Luis; “Nuevos aspectos dogmáticos y procesales del principio *societas delinquere potest*”, en: Anuario de Derecho Penal '96', Lima, 1996, Pág.137, siguiendo a ZUGALDIA sostiene que existen dos posibles caminos para superar el arcaico principio del *societas* y ellas son: a) Cambiar los conceptos de acción y culpabilidad siguiendo el modelo ideado por Jakobs. y b) Elaborar nuevos conceptos de acción y culpabilidad sólo para personas jurídicas.

⁴⁷ DE FARIA COSTA, José; “La responsabilidad jurídica penal de la empresa y de sus órganos (o una reflexión sobre la alteridad en las personas colectivas a la luz del Derecho penal)”, en: Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal, Barcelona, 1995, Pág. 440

órganos delinquen por medio del ente que han constituido. El ente es instrumento de sus miembros⁴⁸.

Es más, entre otras razones, si partimos del criterio antropocéntrico y jurídico-constitucional del respeto de la dignidad de la persona humana es innegable que la sanción penal a los entes colectivos quede descartada desde el principio, además porque los entes colectivos no pueden ser motivados por las normas jurídicas penales y la imposibilidad de comportarse de manera distinta. Ahora bien, esto no significa que sobre los cimientos del tradicional edificio de la *societas* generalmente ceñido en nuestro ámbito a consideraciones legales y dogmáticas, debe quedar perennizada en el tiempo y que no pueda ser sometido a una inmediata revisión⁴⁹ y por que no una ulterior derogación si existe una seria decisión política y legislativa al respecto. Así como se han construido otros modelos en la cual se pueden explicar la reacción penal, esto es uno exclusivo para imputables, de inimputables adultos, de menores, no existiría razón que impida la creación de un modelo punitivo aplicable a las personas jurídicas, más aún cuando cada día las crecientes necesidades de orden político criminal que tienen su base empírica (perjuicios irreparables, las dificultades probatorias, la aptitud criminal del grupo, etc.) así lo exigen⁵⁰. Pero por el momento, si dichas exigencias no logran inclinar la balanza hacia alguna posibilidad de sanción penal directa al ente colectivo, pues no queda otro camino que buscar las vías imputación individual que ofrece cada normatividad penal ante los problemas que ofrece la convivencia social.

Las cuestiones hoy de urgente respuesta, siguiendo a Bajo Fernández⁵¹, son: 1) Si la responsabilidad (penal) de las personas jurídicas debe ser directa –lo que algunas legislaciones niegan- o derivadas de la que se imponga a las personas físicas. 2) Para el caso en que la responsabilidad de las personas jurídicas sea derivada, secundaria o subsidiaria de la de su órgano, qué clase de vinculación debe darse entre la persona física que comete el hecho y la persona jurídica. Habrá que examinar si la vinculación descrita en Alemania, España y Portugal en la regulación de la “actuación en nombre de otro” es suficiente. 3) Si la sanción a la persona jurídica es compatible –como ocurre en Derecho francés: art. 121.2 Cód. Penal y se establece en diversas normas administrativas españolas- o no con la impuesta a su órgano. 4) Cómo ha de conciliarse la responsabilidad de las personas jurídicas con los principios de culpabilidad y personalidad de las penas. 5) Las respuestas a diversas cuestiones político-criminales.

⁴⁸ En este punto: CASTILLOALVA, “Apuntes sobre la responsabilidad penal de las empresas y las personas jurídicas”, cit., Pág. A-51 para quien “Las personas jurídicas o las empresas en ocasiones sólo son un medio, un vehículo propio o un simple espectador pasivo en la comisión de esta clase de delitos”.

⁴⁹ Así, ZUGALDÍA ESPINAR: “Conveniencia político criminal y imposibilidad...”, Cit., Pág.86. BARBERO SANTOS; “¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?”, cit., Pág. 413. “Ha de quedar claro que no rechazamos que se pueda acudir al derecho penal para sancionar actuaciones de las personas jurídicas. Se manifiesta tan sólo que los principios que sirven de fundamento al derecho penal presente dificulta que pueda abarcar hoy, en los países que no siguen el sistema del *common law*, a los entes colectivos. Nada habrá que objetar si estos principios cambian”. BAJO FERNANDEZ, “Derecho Penal...”, cit., Pág.139, para quien el principio *societas delinque non potest* no entraña el reconocimiento de un valor ontológico, sino simplemente de un valor político criminal (Pág.140). El mismo: “De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, Cit. Pág. 378. BACIGALUPO, Silvina; “Crisis de la filosofía del sujeto individual?. Un problema sobre el sujeto del Derecho Penal”. cit., Pág. 37 opina que un “...estudio histórico-dogmático del principio *societas delinquere non potest* muestra que el origen del mismo no se fundamenta tanto en los conceptos mismos de la acción y de la culpabilidad, sino en la relevancia que adquiere el individuo como sujeto del Derecho en un determinado momento histórico”. CARO CORIA, “La responsabilidad de la propia persona jurídica en el Derecho penal peruano y Iberoamericano”, cit. Pág.

⁵⁰ En este sentido: BACIGALUPO, Silvina; 1998, Pág. 313. BACIGALUPO, Enrique; “La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el Derecho europeo”, cit., Pág. 66. RIGHI-FERNÁNDEZ, 1996, Pág. 135, aunque admiten que la teoría del delito tal como está elaborada, no permite hacerla extensiva a las personas jurídicas.

⁵¹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; “Hacia un nuevo Derecho penal: el de las personas jurídicas”, en CD y JP, Nro.9, 1999, Pág. 122.

II. POSIBILIDADES DOGMÁTICAS DE IMPUTACIÓN INDIVIDUAL PARA SUPUESTOS COMETIDOS DENTRO DE UNA ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL.

Es de destacar que el segundo congreso organizado por la Asociación Internacional de Derecho Penal, llevado a cabo en Bucarest, en 1929 se elaboró la siguiente conclusión: "...2) de que la imposición a la persona moral de los medios de defensa social no debe excluir la eventual responsabilidad penal individual, por la misma infracción, de las personas físicas que administran o gestionan los intereses de la persona moral, o que han cometido la infracción con medios proporcionados por éstas". Esto es, que ya se establecía que la responsabilidad penal directa a los entes colectivos corría en sentido diferente a los integrantes jerárquicos de la misma, evitándose en todo momento, que las personas naturales, en ejercicio de su actividad económica, puedan valerse de la empresa para ocultar los hechos punibles. Empero, de la misma forma, no se reconoció ninguna alternativa de imputación individual, sólo el mensaje que se evitara la impunidad de los directivos.

Posteriormente, ante los nuevos problemas que imponía la criminalidad económica, los especialistas de todo el mundo reunidos en El Cairo, en Octubre de 1984, establecieron en la Recomendación N° 13 lo siguiente: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas está reconocida en un número creciente de países como vía apropiada para controlar la delincuencia económica y empresarial. Los países que no admiten esta clase de responsabilidad podrían considerar la posibilidad de imponer otras medidas contra tales entidades". Aquí está considerando que aquellos países que no admitan la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas deberían considerar viables la adopción de otras "medidas" que bien pueden ser de naturaleza imputativa o de consecuencias jurídicas. Más adelante, en el Congreso Internacional de Derecho Penal llevado a cabo en Río de Janeiro (Brasil), en 1994, se estableció: "Cuando una persona jurídica, pública o privada, se encuentre involucrada en una actividad que plantea un serio riesgo de daño para el ambiente, debería obligarse a los directivos y a las autoridades de control de modo a prevenir la producción del daño; y deberían ser considerados penalmente responsables si se produce el daño como consecuencia de su fracaso en el adecuado cumplimiento de su responsabilidad de control"⁵². Las conclusiones asumidas en dicho congreso resulta mucho más específico y de suma importancia, en un ámbito donde sólo la persona jurídica será capaz de consumir el ilícito penal: los delitos ambientales (concretamente en supuestos de contaminación ambiental). Cuando se dice que debería obligarse a los directivos y a las autoridades de control de modo a prevenir la producción del daño, la clave está en descifrar la frase siguiente: "...debería obligarse...", lo cual debe plantearse con sumo cuidado.

La pregunta sería: ¿cuál sería el mecanismo para obligar jurídicamente a los directivos y autoridades de una empresa a prevenir la producción de un daño de naturaleza no solamente ambiental sino económica? Como es sabido, Argentina y Perú se adscriben en el sistema de imputación penal exclusivamente individualista propias de las concepciones dogmáticas del injusto personal, de manera que tales medidas a que alude el texto citado la entendemos como la utilización, imperiosa por cierto, de instrumentalizar nuevas figuras de imputación pregonadas por la doctrina, con deferentes matizaciones por cierto, y reglas por ambos ordenamientos jurídico-penales. Teniendo en consideración además, que si bien no será el único miembro de la empresa –por la pluralidad de personas que existen al interior de la misma- que responderá penalmente por los delitos cometidos en las actividades correspondientes, es el que está situado jerárquicamente por encima de todo el personal, en grados ascendentes, por tener el control máxima en lo referente a la organización, control y vigilancia de la empresa⁵³.

⁵² Ver: XV Congreso Internacional de Derecho Penal. Delitos contra el ambiente. Aplicación de la Parte General del Derecho Penal a las infracciones contra el ambiente. Celebrado en Río de Janeiro, Brasil, del 4 al 10 de Septiembre de 1994.

⁵³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español", en: Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal", Barcelona, 1995. Pág. 396. Asimismo: GARCÍA CAVERO, Percy; "El sistema funcional de imputación en la determinación de la responsabilidad penal del administrador de la empresa", en: RPDJP, Lima, Número 1; 2000. Pág. 507.

Por otro lado, las alternativas de corte individual que ofrece el Derecho penal tiene que estar precedido, a mi juicio, de aquellas personas o miembros que conforman el entre colectivo empresarial, una vez ubicados dichos miembros, en cuanto al sistema de imputación penal propiamente dicho, puede dividirse en dos partes, atendiendo al grado de complejidad que ha asumido la criminalidad empresarial: por un lado, la utilización de los instrumentos dogmáticos que llamaremos “clásicos” como por ejemplo: la teoría de la autoría y participación, el sistema de la culpa, entre otros; y por otro lado, a aquellos instrumentos dogmáticos que llamaremos “específicos” que es donde la doctrina y la jurisprudencia –ahora ya en el marco del Derecho penal económico y empresarial- se han ocupado principalmente para atribuir y sancionar a la criminalidad económica. En estos es donde nos detendremos con algún detalle más adelante.

1. SOBRE LA JERARQUÍA DE LOS INTEGRANTES DE UNA ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL Y LOS LÍMITES EN EL SISTEMA DE IMPUTACIÓN.

Habrá que plantearse la posibilidad, sobre todo a los funcionarios de la persecución penal, de hacer responsable no sólo a aquellas personas que hayan cometido materialmente el hecho delictivo, que muchas veces la conducta meramente ejecutiva del último acto del hecho delictivo realizado por un empleado de la empresa, no es siempre la más relevante. Así, entonces, cobra importancia aquellas personas que ocupan cargos de dirigencia u otros similares dentro de una persona jurídica que hayan dado la “orden” o el “permiso” (criterio doloso) para cometer la infracción o hayan tolerado en forma descuidada su comisión (criterio culposo)⁵⁴; sin perjuicio, de que pueda suceder casos en que la responsabilidad penal correspondería exclusivamente al ámbito de dominio de los subordinados o aquellos que ocupen cargos intermedios encargados de una determinada sección de producción con algunos facultades de decisión y dirección en su sección, con lo que consiguen dominar la ejecución de sus respectivas tareas, aunque no tenga un enorme y amplio poder de dirección y control sobre la totalidad de la empresa.

En consecuencia, el fenómeno “delito-empresa” resalta la imposibilidad que los representantes o directivos de una empresa hayan ejecutado en forma total y directa las infracciones penales imputadas, tales hechos se complican justamente porque sus actividades concurren, horizontal (división del trabajo) y verticalmente (jerarquización: otra modalidad de dividir el trabajo), en diversas personas, que podrían estar en situación de garantía y haber omitido su intervención. En tal sentido, para determinar la responsabilidad penal de los miembros que conforman un ente colectivo en el ámbito empresarial, habrá que saber previamente los niveles de cargo-función para luego valorar la responsabilidad jurídico-penal que le concierne a cada. Así, en la cadena de mandos y decisiones inicialmente tenemos a que quienes se encuentran en la cúspide de la organización empresarial llamados *titulares o socios* de una empresa; estas personas muchas veces no se encuentran físicamente al interior de la empresa, aunque sí en la estructura de la empresa. Cabe manifestar que sí poseen niveles de decisión, pero delegadas. Luego le seguirán aquellos que dirigen la organización empresarial con niveles de decisión permanente al interior de la misma, quienes son llamados los *directivos u órganos directivos* de la empresa; luego vendrán aquellos miembros que tiene la particularidad que confluyen dos funciones: por un lado, llevan a cabo la materialidad de las decisiones que se toman en niveles superiores, y el otro, poseen ciertas decisiones dentro del marco que le establece el directivo superior inmediato, éstos se llaman *órganos de gestión*, ámbito intermedio o gris entre los títulos y directivos no ha sido tratado por la doctrina. Por último, están quienes sí se encuentran en niveles operarios de ejecución, que no poseen competencia de decisión organizacional, éstos serán los *trabajadores* de la empresa. Estos niveles de cargos al interior de la empresa resultará relevante a la hora de determinar una responsabilidad penal, en esta línea de pensamiento, cobrará importancia también la fórmula de la delegación de facultades de decisión, que será lo veremos con detenimiento más adelante. Un

⁵⁴ DE VICENTE MARTINEZ, Rosario; *Responsabilidad penal por delitos contra el medio ambiente. (Una contribución al estudio de la responsabilidad penal omisiva de los funcionarios públicos por delitos contra el medio ambiente)*, Madrid, 1993, Pág.51.

tema no muy tratado también es aquellos miembros que conforman los llamados *órganos internos de control* de la empresa, es decir, que se circunscribe al control de todos quienes están al interior del ente colectivo. He creído conveniente describirlo al final de todo, ya que si bien no poseen una jerarquía definida dentro de la empresa, su deber (y por tanto su responsabilidad) es importante porque precisamente es controlar y vigilar desde el más arriba hasta el más abajo.

Actualmente un nuevo criterio metodológico de imputación jurídico-penal en el sentido de no buscar de entrada la responsabilidad del autor más cercano o próximo a la consumación o perfeccionamiento del delito en cuestión, sino que la imputación apunte principalmente hacia “*arriba*”⁵⁵. Como habíamos expresado, en estos cinco grupos de niveles que está conformado generalmente cualquier organización empresarial, la responsabilidad se centrará en aquel grupo de confluencia “*decisoria*”: titulares de la empresa, directivos, y órganos de gestión; dejando de lado aquellos grupos donde reside una confluencia netamente “*ejecutiva*”. Para una mejor racionalización en el Derecho penal de la Empresa, la imputación debe manejarse en función a una responsabilidad por niveles jerárquicos. Desde el punto de vista político-criminal es, por ello, mucho más importante la responsabilidad de los órganos directivos de la empresa por un insuficiente control en la actividad empresarial, lo que constituye una cuestión clave en la protección de bienes jurídicos ante la criminalidad económica, ya que un control interno en la empresa resulta mucho más seguro que cualquier control estatal y, con ello, además, se pueden evitar delitos⁵⁶.

En este punto, sobre “*personas jerárquicas*” de una empresa, me parece necesario dilucidar algunas conceptos que han quedado obsoletos. Para ello tenemos que referirnos a la actual legislación penal española, concretamente en el instituto del “*actuar en nombre de otro*” que alude en su descripción legal a ciertos órganos directivos. Así por ejemplo se ha eliminado la referencia a los “*directivos*” que ahora se ve significativamente compensada con la alusión a los “*administradores de hecho o de derecho*”, pues en el Código Penal español derogado (art. 15 *bis*), se aludía al término “*órgano*”, y éste daba lugar a considerables dificultades cuando se pretendía la imputación a sujetos que no ostentaran formalmente la condición de órgano de la persona jurídica en los términos exigidos por el Derecho civil, comercial, tributario, etc. Se discutía, con balance negativo, la inclusión de la hipótesis “*órgano fáctico*” en el derogado cuerpo legal de España. Así, en el marco de la actividad de las personas jurídicas, y concretamente de las personas naturales que se encuentran al interior de la misma, debe tenerse en cuenta el término y la función “*administrador de hecho*” que también ingresa a la órbita jurídico-penal desde la figura de la “*actuación en nombre de otro*”, desterrándose aquella visión restrictiva de las figuras funcionales como representante o administrador legal o voluntario, o administrador de derecho u otros directivos.

⁵⁵ Así, HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco; *Responsabilidad penal por el producto*, Valencia, 1995, Pág.179. En este sentido: BATISTA GONZALES, María Paz; “*La responsabilidad penal de los órganos de la empresa*”, en: Curso de Derecho Penal Económico, Madrid / Barcelona, 1998, Pág. 87 cuando afirma que: “*Más importante es, generalmente, el papel de quienes están situados jerárquicamente por encima (en grados ascendentes de la organización) hasta alcanzar a quienes detentan el control del ente colectivo. Es decir, quien es responsable del ámbito de organización por ser el legitimado para configurarlo con exclusión de otras personas o, desde otra perspectiva, porque detentan el dominio sobre la causa del resultado*”. CARO CORIA, Dino Carlos; “*La responsabilidad de la propia persona jurídica en el Derecho penal peruano e Iberoamericano*”, en: Revista Peruana de Ciencias Penales, No, Lima, 2002, Pág. . Este autor manifiesta que “*...es necesario delimitar el núcleo de autores cuyos hechos pueden permitir la imputación jurídico-penal a las personas jurídicas, observándose que la tendencia en la doctrina y en el Derecho comparado se ubica entre un modelo puramente formal que exige la actuación de órganos y/o representantes legales jurídicamente cualificados para actuar en nombre de la persona jurídica, y el modelo contrario que otorga relevancia a los actos de todo aquél que actúe en nombre de la empresa o a favor de ella*”.

⁵⁶ SCHÜNEMANN, Bernd; “*¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?*”, traducción de Teresa Rodríguez Montañés, en: Jornadas sobre “*Reforma del Derecho Penal en Alemania*”, Madrid, 1991, Pág. 40

2. CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS INSTRUMENTOS DOGMÁTICOS DE IMPUTACIÓN INDIVIDUAL “CLÁSICOS” Y “ESPECÍFICOS”.

2. 1. Instrumentos de imputación “clásicos”.

Una vez delimitados genéricamente los niveles posibles de organización jerárquica que tiene –o debe tener- toda persona jurídica, ahora mencionaremos las instituciones o figuras concretas de imputación tradicional: el Derecho penal ha acudido por ejemplo al sistema de imputación penal de la *imprudencia* o de la *culpa* para fundamentar responsabilidades de los miembros de la empresa, en el sentido que éstos no sólo responden por haber contribuido dolosamente en la realización principalmente de delitos económicos, sino también porque se infracciona determinados deberes objetivos de cuidado –sobre todo deberes de vigilancia y control-, y para complementar este objetivo imputativo, habrá que admitir una ampliación de la punibilidad en los niveles de la participación criminal en sentido estricto (inducción y complicidad) en hechos imprudentes⁵⁷, y también la posibilidad de autoría mediata⁵⁸, coautoría imprudente y autoría accesoria imprudente⁵⁹, con todo los problemas de orden técnico-dogmático que tal pretensión conlleva⁶⁰. Asimismo, en cuanto a la técnica legislativa se ha recurrido a delitos de *perigo abstracto* en el diseño de los tipos penales para facilitar la acreditación judicial principalmente de la relación causal y con ello el resultado típico en bienes jurídicos económicos en su mayoría colectivos y difusos. Por otro lado, se ha propuesto fundamentar una equivalencia especial en el tratamiento penal entre personas físicas y jurídicas, en el marco de la figura tradicional como el *actio libera in causa*, en el sentido que la persona jurídica carece de capacidad para evitar los injustos de sus representantes y dicha institución sirve para percibir la dimensión temporal de la posible responsabilidad penal de la empresa, pero no la fundamenta materialmente⁶¹.

⁵⁷ Así en este sentido: ROBLES PLANAS, Ricardo; “Participación en el delito e imprudencia”, en: Revista de Derecho, Nro. 11, Buenos Aires, 2001, Pág. 395 y ss. Asimismo en la doctrina argentina: NÚÑEZ, Ricardo C.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Actualizado por Roberto E. Spinka y Félix González, Córdoba, 1999, Pág. 242. Sin embargo señala una excepción: “...salvo en lo que atañe a la instigación que demanda que el agente de ella obre con dolo directo, nuestro derecho se limita a exigir la intervención del partícipe en la ejecución material del hecho (C.P. 45 y 46), lo que es posible respecto de la acción u omisión constitutiva de la ejecución culposa”. MAGE, Cecilia; “Algunas cuestiones sobre la autoría y participación en los delitos imprudentes”, en: Revista de Derecho Penal, Nro. 11, Buenos Aires, 2001, Pág. 369. En sentido contrario: FONTÁN BALESTRA, Carlos; *Derecho Penal. Introducción y Parte General*, Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, Decimosexta Edición, Buenos Aires, Pág. 409, éste autor señala que para decidir sobre el punto, es preciso comenzar distinguiendo la participación en hechos culposos de la participación culposa, donde en ambos casos se excluye la participación. ZAFFARONI /ALAGIA / SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2000, Pág. 757. “El tipo imprudente se integra con un resultado que no es perseguido por la finalidad, sino meramente *causado*, por lo que no es posible hablar de ningún dominio del hecho, puesto que no se condujo la causalidad finalmente hacia ese resultado, sino que sólo desembocó en él. Luego, como no hubo una conducta dirigida a ese resultado, no pudo haber ni autor ni partícipe, sino sólo *causantes*”.

⁵⁸ Así en este sentido: RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; “El autor mediato en Derecho penal español”, en: ADPCP, Madrid, Pág. 477 y ss.

⁵⁹ CUERDA RIEZU, Antonio; “Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español”, en: Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal”, Barcelona, 1995. Pág. 291.

⁶⁰ Sobre las razones de aceptar o no la participación (en sentido amplio) en los delitos culposos, a mi juicio es necesario las palabras de TERRAGNI, Marco Antonio; *El Delito Culposo*, Buenos Aires, 1998, Pág. 182 cuando dice que “...hay que advertir que resulta prácticamente imposible dar razones de más de peso a favor de una de las dos tesis haciéndolo en general, prescindiendo de una legislación positiva, pues difiere la forma de encarar el problema en los distintos ordenamientos”.

⁶¹ En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; “Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y el Derecho penal peruano”, en: Varios Autores, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes, Lima, 2002, Pág. 232, dice que se “...parte de una estructura ordinaria de imputación o de una extraordinaria, siempre hay que acudir al final a una *actio libera* o a una decisión libre del propio autor del hecho delictivo. Por tanto, al final o bien se sigue imputando a la empresa una culpabilidad ajena o se finge una acción culpable que en realidad no existe. Lo mismo cabe decir de la búsqueda de una fundamentación de las penas a través de la referencia a la

En el ámbito específico de la teoría de la autoría delictiva (dolosa), en estructuras horizontales se ha pretendido el uso de las fórmulas de la *coautoría*⁶², es decir la concurrencia de varias personas en forma inmediata y mediata, para situaciones de la responsabilidad de los decisiones de órganos colegiados. Muñoz Conde⁶³ dice que dentro de la coautoría debe distinguirse entre coautoría ejecutiva, total o parcial, y coautoría en la que alguno o algunos de los coautores, a veces lo más importantes, no están presentes en la ejecución del delito. Si el fundamento de la coautoría – agrega el autor- es el llamado *dominio funcional del hecho*, lo importante no es ya o solamente la intervención en la ejecución del delito, sino el control o dominio del hecho que un individuo tenga, aunque no esté presente en la ejecución. En cambio, en estructuras verticales se recurre a la calificación jurídica de la *autoría mediata* del superior jerárquico.

Ahora bien, en el terreno de la participación criminal, aunque la diferencia entre autor y partícipe es ante todo conceptual, por que a nivel de punibilidad tienen la misma penalidad. Empero, la repercusión más importante es que la punibilidad del partícipe depende de la actuación del autor, que es la figura central en el cual gira el tipo delictivo. Puede sostenerse la *inducción*⁶⁴ del superior sobre sus dependientes, porque entienden que éstos –ejecutores directos- en la mayoría de situaciones tienen o mantienen una cuota de responsabilidad de dominio autónomo de los sucesos, porque poseen el sistema de información. Autores como Herzberg y Köhler, quienes en los casos de dominio organizativo entienden que los delitos cometidos por los ejecutores deben imputarse a los que se encuentren en las altas esferas del poder a título de inducción. La crítica incide en que el concepto de inducción, exige muchas veces una relación directa entre inductor e inducido que no se da en este tipo de situaciones, pues es evidente que quien da la orden es quien en última instancia, domina el suceso delictivo. De manera que ésta teoría rompe con los esquemas sociales, históricos y también dogmático-jurídicos de la inducción. También Malamud Goti sostiene que como “...sucedáneo de la autoría mediata puede construirse la responsabilidad

culpabilidad por conducción de vida, ya que este tipo de fundamentación de la responsabilidad, al igual que las referencias a la *actio libera in causa*, no ha resuelto nunca el problema de la culpabilidad sino sólo lo ha desplazado convirtiendo en realidad la *actio libera* en una ficción”.

⁶² Como en cualquier actividad social, más aún cuando se tiene una decisión criminal, el hombre no actúa sólo sino que lo hace junto con otros, por eso nuestra normatividad penal ha previsto estos supuestos y los ha ubicado en el capítulo iv de la parte general. así tenemos a la coautoría que es una forma de autoría con la peculiaridad de que el dominio del hecho es común a varias personas, ello sólo es posible en delitos dolosos de comisión. En contra MIR PUIG, 1996, Pág.389 y 390, quien estima que “...en España resulta coherente reconocer también la posibilidad de coautoría en los mismos (en los delitos imprudente). El común acuerdo no podrá referirse al resultado, pero sí a la conducta imprudente, que puede ser obra conjunta de varios sujetos. El resultado aparecerá entonces como producto de esa obra común”.

La coautoría se rige por el principio de imputación recíproca, y sus requisitos son: decisión común (aporte subjetivo del hecho) que determina la conexión de las partes del hecho llevadas a cabo por distintas personas, es otras palabras, el acuerdo de voluntades. Luego tenemos la realización común (aporte objetivo del hecho) que se fundamenta en el principio de trabajo, que a su vez fundamenta en dos aspectos: a) plan común, y b) contribución objetiva a la realización del hecho. Además, cada coautor complementa con su parte en el hecho la de los demás formándose un todo unitario, realizando en la etapa de los actos de ejecución, Art.23º del CP “los que tomaran parte en la ejecución...”. Que a su vez sea indispensable, es decir sin la presencia de tal aportación no habría podido cometerse.

⁶³ MUÑOZ CONDE, Francisco; *“Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”*, en: Delincuencia organizada, Aspectos penales, procesales y criminológicos (Ferré / Anarde) Universidad de Huelva, Pág.

⁶⁴ Según el art. 24º del CP peruano, es instigador “...quien determina a otro a cometer el hecho”. Por lo tanto se necesita dos elementos: a) Objetivamente la causación imputable, mediante un influjo psíquico suficiente intensidad en otro, en relación a los medios puede ser mediante consejos, una solicitud, una provocación, etc. b) Subjetivamente, que dicha causación sea dolosa. Aquí, se discute los casos del “agente provocador” que es aquel instigador que sólo quiere que el hecho principal sólo llegue al grado de tentativa. Es preciso que el inducido realice un tipo doloso de autoría. No puede ser objeto idóneo de la instigación el que ya estaba decidido a cometer el hecho concreto. El instigador responde en la medida que el hecho principal concuerde con su dolo. El hecho al que se instiga debe ser consumado o , cuando menos, constituir una tentativa. La instigación puede cometerse en la modalidad de co-instigación y la instigación accesoria. Tienen la misma penalidad el autor e instigador.

de los funcionarios superiores como instigadores. Pero este procedimiento exige, una vez más, la existencia de dolo de los agentes, conforme al principio de accesoriedad”⁶⁵. Siguiendo con los partícipes, también se ha acudido a la fórmula de la *complicidad* ⁶⁶especialmente la primaria (cooperación necesaria), de los directivos en los hechos delictivos cometidos por los subordinados, igual, la complicidad de los trabajadores por los hechos delictivos cometidos por los órganos directivos de la empresa. La doctrina penal mayoritaria tiene lugar igualmente una conducta omisiva ⁶⁷.

Me parece conveniente advertir en este apartado que la problemática de fondo de la búsqueda de aquellas figuras dogmáticas de corte individual no radica en la dificultad para su respectiva imputación a su autor o autores, sino que el problema reside fundamentalmente como afirma Meini Mendez en que “...una vez superada la identificación de quién ha realizado la acción que lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado y consiste en establecer fórmulas de imputación para atribuir a la persona natural identificada la conducta lesiva. Es pues un problema de imputación de la conducta a un sujeto ya identificado, y no de determinación o identificación de un sujeto responsable”⁶⁸.

⁶⁵ MALAMUD GOTI, Jaime; *Política Criminal de la Empresa. Cuestiones / Alternativas*, Buenos Aires, 1983, Pág. 39

⁶⁶ La complicidad criminal tiene dos clases: **la complicidad primaria**, pasa centralmente por delimitar dos cuestiones: a) Cuándo se está frente a una complicidad primaria y cuándo a una coautoría. b) Cuándo se dice que la “colaboración” o “auxilio” es causal para la realización del hecho principal, o simplemente no es necesario. En la primera cuestión el artículo 25 del Código Penal peruano describe “...sin el cual no se hubiere perpetrado”, lo que está describiendo es que la conducta del cómplice primario, en cuanto se refiere a su aporte, tiene que evaluarse a través de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Según esta teoría, es causa de un resultado penalmente relevante la *conditio sine qua non*, vale decir, toda condición que no pueda ser eliminada mentalmente sin que desaparezca el resultado concreto. Para algunos autores, basta con que la conducta esté dirigida a favorecer o facilitar el hecho principal que tenga una mínima conexión con la ejecución de éste. Para otros, por el contrario, se requerirá además una eficacia causal concreta de esa conducta en el resultado. LÓPEZ PEREGRIN, M^a Carmen; *La complicidad en el delito*, Valencia, 1997, Pág. 223 acota que la “Sola la aplicación de los criterios de imputación objetiva a la participación permite extender a este ámbito las garantías que se derivan de la aceptación de la norma penal como norma de motivación, dirigida a la prevención a través de la prohibición de conductas peligrosas”. La conducta del cómplice, en términos de imputación objetiva, no puede ser catalogada objetivamente como peligrosa *ex ante*, por que, como es sabido, para la decidir la peligrosidad de la conducta se le suele recurrir al juicio de adecuación. Si olvidan que si bien la causalidad es un requisito indispensable en ésta temática, también lo es que no es el único requisito objetivo para hacer responsable de un resultado a un sujeto. Se tiene que plantear la diferencia entre el ámbito ontológico y el normativo de la relación causal.

Por otro lado, en la complicidad primaria, el auxilio o colaboración que realice el sujeto tiene que desarrollarse (siguiendo para ello a la accesoriedad cuantitativa, la secuencia del *iter criminis externo*), en la fase de los actos preparatorios, por que si se realiza en la etapa de ejecución, los aportes del cómplice se confundirían con los aportes de los coautores, claro uno “ayuda” y cambio, el otro “ejecuta”, pero en ambos casos será esencial, y en la práctica será difícil separarlos. MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996. Pág. 406 y 407 sostiene que la cooperación necesaria del art. 28, b CP debe tener lugar en la fase preparatoria o, si es simultánea a la ejecución del hecho, no ha de constituir una parte esencial del plan global de realización del mismo, pues de otro modo daría lugar a la auténtica coautoría del art. 28, primer párrafo CP. La cooperación necesaria durante la fase ejecutiva será, pues, excepcional, ya que su carácter necesario la erigirá en principio en coautoría en sentido estricto. En cambio, no existe ninguna dificultad para que la “complicidad” del art.29 CP, pueda prestarse tanto mediante anteriores (preparatorios) como simultáneos...”

En la complicidad secundaria, se entiende que en la complicidad secundario, el aporte puede hacerse en la fase de los actos preparatorios, como en los actos ejecutivos, ya que su aporte no es esencial para efectos del plan total de cara a realizar el tipo penal. Así por ejemplo en la segunda parte el artículo 25^o del Código Penal peruano establece que la complicidad secundaria: “*de cualquier otro modo*”; esto se corrobora por ej. en el Código Penal español, que en su artículo 29^o estatuye que: “*Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos*”.

⁶⁸ GARCIA CAVERO; 2003, Pág. 346

⁶⁸ Vid. MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lima, 1999, Pág.146 y 147.

2.2. Fórmulas de imputaciones “específicas”.

Las lagunas de punibilidad que conciernen al ámbito del Derecho penal económico, no solamente se relaciona con los delitos especiales, también en los delitos comunes existirá obstáculos para la sancionabilidad, pero será posible imputar a las personas físicas que obraran en el seno de una persona jurídica, sobre la base de los criterios generales de la comisión activa y de la comisión por omisión, así como de la autoría y participación⁶⁹. Las vías dogmáticas de naturaleza individual de manera específica, que ha ido desarrollando paulatinamente el Derecho penal, fundamentalmente en el ámbito económico (ya sea en su forma legislativa, jurisprudencial y doctrinal), pueden utilizarse para imputar responsabilidades penales a los directivos u órganos representativos de una persona jurídica, con la salvedad, obviamente que puedan extenderse su aplicación a otros delitos de connotación empresarial, y además, pueden utilizarse formulaciones mixtas o combinarlas.

Como habíamos dicho, en la criminalidad económica pueden utilizarse racionalmente todas herramientas dogmáticas clásicas de imputación individual, sin embargo, ahora me centraré sucintamente en aquellas vías dogmáticas que a mi juicio son las más importantes a l' hora de decidir un nivel de atribución en estructuras complejas: en primer lugar, tenemos la “autoría mediata del titular de la empresa”; en segundo lugar, se podría afirmar una “actuación del representante en nombre de la empresa” y, finalmente, y no por ello menos importante, se podría afirmar una “posición de garantía del titular de la empresa”. Podría hablarse con razón que todo lo expuesto hasta acá, que la problemática planteada encierra una coincidencia con la autoría, es decir, a quién le pertenece el hecho delictivo y qué título de imputación le asignamos. Estas cuestiones serán tratadas genéricamente en las siguientes líneas, poniendo especial énfasis en esta última, por el tema principal de nuestra investigación.

2.2.1. La autoría mediata del directivo de la empresa.

2.2.1.a. Concepto.

No resulta problemática el hecho que el sujeto realice la conducta típica de manera individual y directa, sin intervención de nadie. La situación se complica cuando existen situaciones donde no se puede excluir el concepto de autoría por más que el sujeto activo no haya intervenido físicamente en la ejecución delictiva. Estos casos se denominan autoría mediata, la misma que se hizo particularmente sensible en Alemania antes de la Reforma introducida en el StGB por la novela de 29 de mayo de 1943, y su fundamento característico era servir como un “fenómeno tapagueros”⁷⁰. Estos supuestos de intermediación o complementación en la autoría se encuentran expresamente regulado en el CPp en el art. 45, última parte, que se refiere al que determinase a otro a cometer un delito. En el CPp se encuentra en el art. 23 cuando prescribe “...por medio de otro...”). El ejemplo que suele hacerse es que comete delito de homicidio, en autoría mediata, quien envía una bomba envuelta como regalo por medio de un mensajero (llamado instrumento) que ignora el contenido de dicho regalo.

El “instrumento” vendría hacer la utilización de un tercero que le falte uno de los presupuestos necesarios de la autoría (el dominio del hecho), y mientras él quede en quien le lleva a la acción⁷¹. Las hipótesis que pueden dar lugar a una autoría mediata son diversas,

⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ; “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español”, Cit., Pág. 130. MALAMUD GOTI, 1983, Pág. 39, señala que las construcciones de autoría mediata y omisión impropia son vías que podrían denominarse “derivadas” o “indirectas”.

⁷⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, “El autor mediato en Derecho penal español” Cit. Pág.

⁷¹ WELZEL, Hans; *Derecho Penal. Parte General*, Traducción del alemán por el Dr. Carlos Fontán B'lestra, Buenos Aires, 1956, Pág. 106

y señalamos las siguientes: Falta de concurrencia de la parte objetiva del tipo, esto es, el instrumento obra atípicamente: a) por engaño⁷²; b) por violencia⁷³, c) Por inidoneidad del instrumento para ser autor (instrumento doloso no cualificado). Es el empleo de un no calificado (extraneus) por un autor mediato (intraneus)⁷⁴. Falta de concurrencia de la parte subjetiva del tipo, existen dos supuestos posibles: d) El instrumento actúe sin dolo⁷⁵, e) el instrumento actúa sin elementos subjetivos del tipo (instrumento doloso sin intención)⁷⁶. Concurrencia de una causa de justificación⁷⁷. Instrumento que actúa sin posibilidad de imputación personal, que plantean los casos cuando alguien se sirve para la comisión de un delito: f) cuando el instrumento obra inimputablemente⁷⁸; g) miedo insuperable⁷⁹; h) error invencible de prohibición⁸⁰. Ahora bien, problemática especial constituyen: i) el instrumento que actúa dentro de un aparato organizado de poder; j) en los delitos de propia mano, los que la doctrina alemana no admite pues requiere de una realización personal (actos contrarios al pudor o delicta carnis); y k) en los delitos especiales.

En el ámbito de la autoría mediata, si bien su sistema de imputación responde de forma vertical, es decir, que posibilita que la “persona de atrás” (en nuestro caso el titular o directivo de la empresa) responda por los delitos que han cometido los órganos subordinados, teniendo aquel el dominio del hecho (dominio de la voluntad). Para la aplicación de la autoría mediata no importa si el delito es de naturaleza común o especial, siendo las únicas restricciones aquellas estructuras típicas de “propia mano” y de “intención”. Sin embargo, esta forma de autoría en su versión tradicional, enfrenta dos dificultades: a) En primer lugar, tiene que verificarse que el subordinado esté en una situación de “instrumento”, esto es, tiene que obrar en situación de error de tipo o de prohibición, en coacción, en causa de justificación (especialmente en estado de necesidad), lo cual será en la mayoría de supuestos casi imposible, desde que el subordinado tiene plenamente conciencia y voluntad, y no actúa de manera “instrumental”, en esta situación cobra importancia la figura de la coautoría y, b) En segundo lugar, tiene verificarse una conducta positiva tanto en el autor de atrás como en la sujeto adelante.

2.2.1.b. Autoría mediata (dominio de la voluntad) en virtud de estructuras de poder organizadas y su utilización en órganos empresariales.

Como bien señala Rodríguez Mourullo, una cosa es reconocer la posibilidad y necesidad del concepto de autor mediato y otra distinta indicar los límites dentro de los cuales puede ser invocada una autoría mediata⁸¹. Efectivamente, la doctrina penal ha ventilado determinados

⁷² Ej. A hace tocar a B un cable de alta tensión ocultándole esta circunstancia y produciéndole de esta forma la muerte.

⁷³ Ej. El autolesionarse es atípico.

⁷⁴ el funcionario o servidor público que valiéndose de un no funcionario o particular comete un delito especial propio en el ámbito de su competencia.

⁷⁵ Ej. Alguien introduce en el vehículo de un amigo que lo desconoce una importante cantidad de dinero, con el objeto de aprovechar el hecho de que el vehículo ha de pasar la frontera y proceder así a la ilícita evasión del capital. Ej. La enfermera inyecta al paciente una droga nociva y mortal que “discretamente” preparó el hombre de atrás”.

⁷⁶ Ej. A se hace tomar por su criado B las gallinas del corral vecino; aunque B conoce la ajeneidad de las gallinas no las toma con “ánimo de lucro” como exige el hurto.

⁷⁷ Ej. Alguien interpone una denuncia falsa en contra de un enemigo, pero rodeada de una aparente veracidad que obliga al policía a detener de buena fe al supuesto denunciado. El policía actúa amparado bajo una causa de justificación en cumplimiento de un deber o cargo (Art. 20 inc.8 del CP).

⁷⁸ alguien emborracha a otro plenamente para que decline o utiliza a un niño de corta edad para que cause un incendio

⁷⁹ Alguien causa miedo para que decline.

⁸⁰ Se da cuando alguien provoca o aprovecha la creencia en otra persona (de un extranjero) de que el hecho no afecta ningún bien jurídico.

⁸¹ RODRÍGUEZ MOURULLO; “El autor mediato en Derecho penal español” Cit. Pág. 467

supuestos donde el instrumento (humano) es dominado por la voluntad de un “hombre de arriba” ubicado en un aparato organizado de poder⁸². Esta forma de autoría mediata ya no responde sobre situaciones donde el “hombre de adelante” actúa en base a engaño o coacción, que en muchas ocasiones obra de forma plenamente responsable, esto es, ya será autor directo, sino que ahora será sobre la base de la fungibilidad del ejecutor material y sobre la dirección (dominio) de la organización.

Se trata de los denominados “autores de escritorio” que en sí mismo no colaboran en la ejecución del hecho, pero tiene propiamente el dominio del suceso, porque el disponer de la organización, cuentan también con la posibilidad de convertir las órdenes del “aparato” en la ejecución del hecho⁸³. Dichos aparatos pueden ser de organización estatal o no estatal⁸⁴. En la cadena de mandos que esta forma operativa supone que la responsabilidad se hace mayor cuando se acerca gradualmente a la fuente de poder, e inversamente menor cuando se aproxima al ejecutor material del hecho. También es posible encontrar la doctrina de autoría mediata en aparatos organizados de poder en la práctica judicial⁸⁵.

El máximo exponente lo es Claus Roxin, quien esbozó una revolucionaria tesis en este campo, como consecuencia del gobierno nacionalsocialista alemán en el período de 1943 a 1945. La tesis apuntaba a raíz del “Caso Eichmann” en el año de 1963. Adolf Eichmann, era un alto funcionario nazi que planificó y puso en marcha actos de exterminio ejecutados materialmente por otros⁸⁶. Es

⁸² En este sentido: AMBOS, Kai; “*Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones*”, en: Themis, N°37, Lima, 1998, Pág.188 afirma que “Las empresas no son criminales *per se*, sino que lo que persiguen ante todo es la obtención legal de beneficios financieros. Puede suceder que la comisión de delitos se convierta en un fenómeno acompañante de cierta estrategia de mercado”. Prosigue el autor que “Si la situación es diversa, es decir, si las “actitudes criminales” son mayoritarias, se tratará de organizaciones criminales, con lo que estaremos en el ámbito del “crimen organizado de modo similar a la mafia”, y por tanto en el grupo de casos aquí analizados. (Pág.189).

⁸³ STRATENWERTH, Günter; *Derecho Penal. Parte General, I, Hecho Punible*. Traducción de Gladys Nancy Romero de la 2da. Edición (1976), Buenos Aires, 1999, Pág. 315.

⁸⁴ Así, STRATENWERTH, 1999, Pág. 242 indica que el “...aparato de poder, sin embargo, no debe tener necesariamente carácter estatal; incluso, dentro de un sindicato de delincuentes se puede dar un dominio comparable en la organización”.

⁸⁵ En Argentina, cobró importancia, para los juzgamientos de los militares de las Juntas Militares que gobernaron dicho país entre los años 1976 y 1983, Kai Ambos cita la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, que advierte lo siguiente: “Los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque **controlaban la organización** que los produjo (...). En este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia. El **dominio** de quienes controlan el **sistema** sobre la consumación de los hechos que han ordenado es **total**, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería **automáticamente reemplazado** por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria (...). El autor directo pierde trascendencia, pues cumple un **papel secundario** en la producción del hecho. **Quien domina el sistema domina** la anónima voluntad de **todos los hombres** que la integran” (Citado por REYNA ALFARO, Luis; *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Parte Especial*, Lima, 2002, Pág. 145-146). Asimismo, existe la siguiente ejecutoria: “Es posible considerar como autor de un delito a quien, si bien no ha ejecutado directamente la figura típica correspondiente, ha mantenido total o parcialmente el dominio final de los acontecimientos mediante la utilización de una estructura organizada de poder, no siendo imprescindible que se halle en la cúspide de la estructura de poder, bastando la realización de su parte de conducta aun en una relación de subordinación- que tienda a mantener en funcionamiento la mencionada organización”, Extraída de: DONNA, Edgardo Alberto/ DE LA FUENTE, Esteban Javier / MAIZA/ PIÑA, *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*, Buenos Aires, 2003, Pág. 456

⁸⁶ El fundamento del dominio de la voluntad de las instancias superiores de Eichmann, también puede encontrarse en su defensa realizada por su abogado: “el defensor de Eichmann señalaba a su favor que de haberse negado a obedecer, ello no habría surtido efecto alguno en la ejecución del exterminio de los judíos y por eso no habría importado a sus víctimas. La maquinaria de impartir órdenes habría seguido funcionando como lo hizo después de que mataron a Heydrich. Aquí estriba la diferencia con los crímenes individuales. Frente a la orden del todopoderoso colectivo, el sacrificio carece de sentido. Aquí el crimen no es obra del

decir, dicho sujeto con sus manos no hacia nada, no mataba a nadie, se trataba del aquel “burócrata” o “autor de despacho” que fue juzgado y condenado como autor de los delitos de asesinato. En el sentido que sin haber intervenido físicamente en el ejecución de los hechos, dominaban la realización, aprovechando un aparato de poder organizado en el ámbito estatal que operaba de manera perfecta.

En cuanto a los posibles problemas concretos que ofrece la autoría y la participación en el seno de organizaciones, como en el caso Eichmann, donde el inculpado no coopera ni al principio ni al final del hecho delictivo, más que su intervención se limita a pertenecer a eslabones intermedios de los mandos decisorios de la organización. Sin lugar a dudas, esto trae a colación la figura de “autores de detrás del autor” de una larga cadena, a pesar que aquel concepto aparece en otros lugares donde se configure la autoría delictiva⁸⁷. El hombre de atrás tiene el papel y dominio principal. Lo característico de la autoría mediata es la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio de la decisión. Roxin explica que la fundamentación de la autoría mediata radica en el denominado “dominio de la voluntad”, porque, a diferencia del dominio de la acción, el autor mediato no tiene un dominio caracterizado en la ejecución inmediata y directa de una acción, sino “en el poder de la voluntad conductora”.

Planteada así las cosas, podría pensarse que la autoría mediata en estructuras jerárquicas puede admitir una coautoría, pero no debería existir ninguna contraposición entre uno y otro concepto⁸⁸. Por lo mismo, también que cada actividad del aparato que se prolongue de modo no autónomo puede tener el efecto de fundar una participación. Quien solamente actúa en función de consejo, quien proporciona medios de existencia sería cómplice. De la misma forma el denunciante que está fuera del aparato sólo es un instigador, por que él, puede influir en la decisión de otro a cometer delitos⁸⁹.

Por todo lo expuesto, es cierto que en la empresas, la estructura jerárquica facilita la autoría mediata, por lo tanto su tratamiento penal en supuestos de aparatos organizados de poder puede ser utilizado, con las peculiaridades que presenta, a una estructura empresarial⁹⁰. Puede utilizarse en aquellos supuestos concretos donde el directivo o representante de una persona jurídica instrumentaliza a un tercero que vendría a ser los agentes subordinados para cometer –al menos subjetivamente con dolo eventual- los hechos punibles. Malamud Goti sostiene que “...los funcionarios más altos de una empresa podrían ser responsabilizados por un resultado cuando éste fuera provocado por quien aparecía como instrumento de la voluntad del primero”⁹¹. A mi juicio, un dominio de la organización en la concepción concebida de Roxin, en la cual funciona solamente en espacios marginados del orden jurídico, ésta misma situación puede tener su nota homóloga en la red de grupos societarios, “cuando –dice Baigún- se tuerce la finalidad de las

individuo; el propio Estado es el autor...” (ROXIN, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Cit., Pág. 271).

⁸⁷ ROXIN, Claus; *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y Serrano González de Murillo\$ Madrid-Barcelona, 1998, Pág. 274

⁸⁸ En este sentido, SANCINETTI, Marcelo; *Teoría del delito y disvalor de Acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscrito al disvalor de acción*. Buenos Aires, 1991, Pág. 714, quien apunta que “A la *autoría mediata* se le opone la *directa*, y, a la *coautoría*, la *autoría individual*. Si el autor es *mediato*, en el sentido de que domina el aparato de poder sin intervenir en la “ejecución”, y, concurrentemente, deja en manos de otros la realización del hecho, como autores *directos*, entre éstos y aquél hay propiamente una *coautoría*, porque son *su* aporte, cada uno domina la co-realización del hecho, aunque “pierdan el control” en tiempos diferentes. Esta forma de coautoría, se podría ver así como una coautoría *vertical* (en desnivel, con autores mediatos y directos), por oposición al caso corriente de la coautoría *horizontal* (al mismo nivel)”.

⁸⁹ ROXIN, Claus; “*Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados*”, trad. de Carlos Elbert, en: DP, 1985, Buenos Aires, Pág. 407

⁹⁰ Así, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; “*Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español*”, en: Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, Barcelona, 1995, Pág. 370

⁹¹ MALAMUD GOTI, 1983, Pág. 40

sociedades y se las instrumenta para la comisión de hechos punibles⁹². En esta línea, mientras la decisión se mantenga ligado a un orden jurídico que sea independiente, la orden de ejecutar acciones no sirve para fundar el dominio, porque las leyes tienen el rango mayor y por norma excluyen la ejecución de ordenes antijurídicas, y con ello, la voluntad de poder del inspirador⁹³. Asimismo, el concepto de “autor detrás del autor” puede aplicarse a una organización empresarial, pues el dominio de la cima de la organización se ve posibilitado por el hecho de que, de camino al plan delictivo de los órganos directivos, cada instancia sigue dirigiendo su cuota de decisión gradualmente, aun cuando el gerente o el representante por ejemplo, sea sólo un eslabón más de una cadena total que concluye en el primero que imparte ordenes.

Es de tener en cuenta que el recurso a la autoría mediata acaba sustituyendo la responsabilidad individual por una difusa responsabilidad colectiva. Además no se debe olvidar que en el autor mediato –no en el instrumento- también deben concurrir todos los elementos de la culpabilidad como en cualquier supuesto de imputación individual⁹⁴. Finalmente, habíamos dicho que unos de los problemas conexos que debe enfrentar la autoría mediata en estructuras jerárquicas empresariales, es cuando el instrumento humano –el subordinado- obra consciente y voluntariamente en el hecho criminal, esto nos lleva a la temática, aún no resuelto en la doctrina con claridad, de los denominados “instrumento doloso” (*doloses werkzend*)⁹⁵.

2.2.3. La actuación en nombre de otro en el marco de los directivos empresariales.

2.2.3. a. Antecedentes legislativos.

⁹² BAIGÚN, David; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Buenos Aires, 2000, Pág. 108. Agregando también que la compaginación de la autoría mediata a través de la madeja societaria puede sustentarse a través de la figura delictiva de la Asociación Ilícita, tanto en persona naturales como en las jurídicas. Y su incorporación a las legislaciones penales de la autoría mediata en virtud de organizaciones de poder –opina el autor- no sólo respondería al plano dogmático, sino también en el plano político-criminal (Pág. 108).

⁹³ ROXIN, *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados*, cit., Pág. 407

⁹⁴ FEIJOO SÁNCHEZ; “Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y el Derecho penal peruano”, cit., Pág. 234

⁹⁵ En la literatura alemana la discusión de la existencia de una autoría mediata a través de un instrumento doloso. Quedan asimismo excluidos del concepto de autoría mediata los casos en que el autor directo o mediador realiza el hecho de manera consciente y libre, se trata de aquí del **instrumento doloso**, lo que obliga a considerar, según las reglas de la dogmática penal, al hombre de atrás como un mero inductor o cómplice, pero jamás como autor mediato. En el instrumento doloso se distinguen dos situaciones: A. Si el ejecutor directo actúa con la voluntad requerida por el dolo pero sin la especial intención o elemento subjetivo distinto del dolo o del injusto que requiere el tipo penal (“**instrumento doloso sin intención**”). Son razones subjetivas que lo impiden. Para suplir esto, se propuso considerar autor mediato al instigador y cómplice al ejecutor inmediato. B. Si el ejecutor directo, actúa con pleno conocimiento, pero no concurre la cualidad personal que el tipo exige para ser autor idóneo (“**instrumento doloso no cualificado**”). Son razones objetivas. A su vez cabe distinguir dos casos: posible autoría mediata del sujeto no cualificado (*extraneus*), que se sirve de un cualificado (*intraneus*) para realizar un delito especial y posible autoría mediata del *intraneus* que se sirve del *extraneus* para realizar el delito. En el primer caso, se parte de la premisa que los delitos especiales no pueden ser cometidos por cualquier persona, vale decir quien no puede ser autor directo, no puede ser autor mediato. En delitos especiales propios, como el instrumento no realiza un hecho principal en el que fundamentar la responsabilidad del extraño no cabe acudir ni a la inducción ni a la complicidad, por la que la conducta del instigado sería impune. En los delitos especiales impropios, por el contrario, no habría problema en considerarlo autor mediato o indirecto del delito común básico que aparece conectado con el delito especial. En el segundo caso, nada impide que un sujeto cualificado utilice a otro no cualificado como instrumento para cometer un delito especial. Acá impera el principio inverso del caso anterior, quien puede cometer un delito por sí mismo, puede realizarlo a cabo también mediante un instrumento. Queda exceptuado los delitos de propia mano .

El tratamiento penal del “actuar por otro”, “en nombre de otro” o “en lugar de otro” se inicia por vez primera en el # 14 del StGB, luego lo incorporó el Código español en el art 15 *bis* y luego mediante el art. 31 del Código penal de 1995. En el Derecho español, hasta antes de la entrada en vigencia del art. 15 *bis*, el Tribunal Supremo nunca tuvo reparos en sancionar a las personas físicas en actúan en nombre de una persona jurídica, acudiendo a criterios político-criminales para salvar lagunas de punibilidad. La regulación peruana del art. 27° del Código penal inspirado bajo la redacción del antiguo y criticado art. 15 *bis* CP⁹⁶ introducido por la Ley de Reforma Parcial y urgente del Código Penal de 25 de junio de 1983, era demasiado restringida, sólo se admite para casos de representación de órganos autorizados, soslayando la admisión de una posible representación voluntaria o fáctica, además que se restringe para representar a una persona jurídica, y no para personas naturales como lo hace la legislación española, pues la regla actual, parece prescindir de criterios formales y atender, más bien, a la actuación efectiva del representante, es decir, si de facto, realizaba labores de representantes admitidas o tolerables por el representado⁹⁷.

En el CPa carece de una norma general que regule la “actuación en lugar de otro”, ante esta situación de ausencia normativa, el legislador ha optado por incorporar regulaciones de cláusulas específicas en determinados sectores para castigar a los representantes de las personas jurídicas⁹⁸, no siempre acorde con las anteriores leyes especiales⁹⁹. En este sentido, la fórmula que venimos comentando, al menos en el Derecho argentino, no es una que pertenezca exclusivamente al derecho penal económico, pues por ejemplo la Ley 23.723 (Ley de estupefacientes) en el art. 27 prevé lo siguiente: “En todos los casos en que el autor de un delito previsto en esta ley lo cometa como agente de una persona jurídica y las características requeridos por el autor no lo presente este sino la persona jurídica, será reprimido como si el autor representare esa característica”.

En materia penal tributaria se optó también por un problema político-criminal que iba acorde con la responsabilidad penal en las personas naturales y no en las jurídicas, por eso la derogada Ley 23.771 (art. 12) así lo establecía. Ahora en la legislación vigente (Ley 24.759) se consagra una mejoría en la técnica legislativa al establecerse que: “Cuando algunos de los hechos previstos en esta ley hubiese sido ejecutado en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, una mera asociación de hecho o un ente que a pesar de no tener calidad de sujeto de derecho las normas le atribuyan condición de obligado, la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros de consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible inclusive cuando el acto que hubiera servido de fundamento a la representación sea ineficaz”. En la legislación de riesgos laborales, art. 32, inc.5 Ley 24.557 se establece: “Cuando se trate de personas jurídicas la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes que hubiesen intervenido en el hecho punible”.

En la Ley de Defensa de Competencia, art. 42, inc. 2, (Ley 22.262) establece: “Cuando el hecho hubiese sido ejecutado por los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de personas de existencia ideal, con los medios o recursos facilitados por la misma u obtenidos de ella con tal fin, de manera que el hecho resulte cumplido en nombre, con la ayuda o en beneficio de la persona de existencia ideal”. En la legislación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones señala que: “Cuando el delito se hubiera cometido

⁹⁶ Así lo ha establecido la Exposición de Motivos del CPP: “El texto que establece la responsabilidad penal de las personas físicas que actúan en representación de una persona jurídica, (art. 27), ha sido tomado del artículo 15 *bis* Código Penal español”.

⁹⁷ ABANTO VÁZQUEZ, 1997, Pág. 148.

⁹⁸ VÁSQUEZ, Marcelo Pablo; “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Régimen penal y contravencional. El instituto del actuar en nombre de otro incluido en la ciudad de Buenos Aires. Similitudes con España y Alemania”, en: CD y JP. 2001, Pág. 492

⁹⁹ En este sentido: RODRÍGUEZ ESTÉVES, Juan María; *El Derecho penal en la actividad económica. Planteos del bien jurídico protegido y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires, 1998, Pág. 250 y 251

a través de una persona de existencia ideal, pública o privada, la pena de prisión se aplicará a los funcionarios públicos directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes, que hubiesen intervenido en el hecho, o que por imprudencia, negligencia o inobservancia de los deberes a su cargo hubiesen dado lugar dado a que el hecho se produjera”.

2.2.3. b. Concepto.

Uno de los autores más importantes sobre la actuación en lugar de otro, Gracia Martín¹⁰⁰, apunta que la fórmula del autor por otro, es un precepto de conexión al régimen general de la autoría que no produce ninguna modificación externa. Internamente, sin embargo, esto es, en el ámbito de los delitos especiales –y sólo por lo que se refiere al círculo de *intranei*- provoca ciertos efectos que es preciso tener en cuenta aquí. La cláusula del art. 15 bis CP (se refiere al abrogado Código español) en virtud del juicio de equivalencia implícito en ella, otorga a los actuantes en lugar de otro - formalmente *extranei*- la categoría de *intranei* .

Por su parte García Caveró¹⁰¹ dice que en “...el caso de que el *status* requerido por el tipo lo posea la empresa y no el administrador, planteándose el problema de la deficiencia de la descripción formalista de los tipos penales por la irresponsabilidad penal de las empresas. Ciertos elementos del tipo penal que delimitan concretamente la posición del autor recaerán directamente en la empresa, mientras que la concreta organización del ámbito respectivo la efectuará el administrador de la empresa. Estos casos se solucionan con las reglas del “actuar en lugar de otro” que corrigen el mencionado desajuste existente entre la realidad material en la que se producen tales hechos y la redacción formal de los tipos”.

Por ejemplo, en un delito tributario, la deudora es la empresa, y el gerente general es quien ha actuado, él personalmente ha pagado todos los impuestos, con lo cual no podría perseguirse el delito de fraude tributario, puesto que la empresa no puede ser sujeto activo del delito y tampoco el gerente, pues él no es el deudor tributario, dado que en ella no concurre la específica cualidad o condición exigida en el tipo, pero tampoco puede considerarse como autores de un paralelo delito común, al tratarse de un delito especial propio. De allí, entonces, que la figura del autor por otro, se traspaasa al gerente la calidad de deudor de la persona jurídica, con lo cual se puede configurar el tipo penal de fraude tributario.

Ante todo, es una fórmula que no tiene relación alguna con el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues como ha puesto de manifiesto Octavio de Toledo¹⁰² “la formula legal del autor en nombre de otro no se ofrece como un paliativo a los efectos indeseables del *societas delinquere non potest*, sino que, a partir del mantenimiento de este principio, lo que trata de paliar son efectos (más bien los defectos) que la despersonalización de los individuos, consecuente con la personificación de la sociedad, acarrea en el momento de particularizar la responsabilidad penal”. En estas palabras, dicha institución dogmática tiene como presupuesto relevante el de

¹⁰⁰ GRACIA MARTIN, Luis; *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal*, II, Zaragoza, 1986, Pág. 110 y 111.

¹⁰¹ GARCIA CAVERO, Percy; “*El sistema funcional de imputación en la determinación de la responsabilidad penal del administrador de la empresa*”, en: RPDJP, N° 1, Lima, 2000, Pág.512.

¹⁰² OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio; « *Las actuaciones en nombre de otro* », en: ADPCP, 1988, Pág.28. En esta misma dirección: CARO CORIA, Dino Carlos; “*La responsabilidad de la propia persona jurídica en el Derecho penal peruano e Iberoamericano*”, Cit. Pág. Cuando dice: “De este modo, la cláusula del “actuar en lugar de otro” no puede observarse como mera salida frente a un vacío de punición, sino quizás como el refuerzo necesario de la responsabilidad de las personas naturales en un sistema tributario del *societas delinquere potest*”. RODRÍGUEZ ESTEVES, 1998, Pág. 222 sostiene que “...el actuar en lugar de otro no tiene que ver sustancialmente con la cuestión de la responsabilidad penal de las personas de existencia ideal, sino con una cuestión más general...En definitiva, el actuar en lugar de otro es un problema de responsabilidad de personas individuales”. LÓPEZ CAMELO, Raúl Guillermo; “*El actuar en nombre o en lugar de otro*”, en Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, 2002, Pág. 699. “Este instituto no tiene como aspiración de resolver la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”.

solventar las situaciones de legalidad en aquellos casos donde no sea posible imputar penalmente a determinados sujetos que poseen especiales características personales, y no está diseñado para resolver problemas que plantean la comisión de hechos punibles en estructuras complejas y organizadas.

Tampoco la formula no está pensada para solucionar carencias probatorias en el marco de delitos económicos y en los empresariales¹⁰³, o incluso, a veces se les trata como contrapunto a la solución condensada en el aforismo *societas delinquere non potest*¹⁰⁴. En tal sentido, la fórmula del “actuar por otro”¹⁰⁵ debe resolverse en el ámbito de la autoría¹⁰⁶. Así las cosas, se aplica exclusivamente a *delitos especiales*, y dentro de ésta categoría se distinguen en propios e impropios, en éste último no habrá mayores inconvenientes ya que si bien sólo puede ser sujeto activo un sujeto idóneo o cualificado, en la que se puede modificar, atenuar o agravar los elementos de autoría, además que tienen una correspondencia figura típica común de la que puede ser cualquiera. El problema se presente, entonces, en los *delitos especiales propios*, esto es aquellos que pueden ser cometidos por determinadas personas que poseen “elementos objetivos” (relaciones, condiciones o cualidades especiales de autoría)¹⁰⁷, que por afectar la Parte Esencial del tipo del injusto no encuentra correlato en una figura común paralela. En consecuencia, creo necesario el recurso a dicho precepto para solventar los supuestos de impunidad, ya que por ejemplo el art. 14 del StGB está diseñado para casos concretos de delitos especiales propios (“...y hubiese actuado con base en este encargo, se aplicará entonces también a los encargados **la ley que fundamente la punibilidad con arreglo a elementos personales especiales, aunque estos elementos no concurren en él, pero sí en el titular del establecimiento**”). Asimismo, el art. 27 del

¹⁰³ MEINI MENDEZ, 1999, Pág. 145.

¹⁰⁴ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; *Autoría y Participación*, Madrid, 1996, Pág. 95.

¹⁰⁵ Las teorías de fundamentación más utilizadas de la “actuación en lugar de otro” son: **La teoría de la representación**, que es la doctrina dominante, entiende que el representante asume todas las cualidades del representado y por eso se le traspasan aquellas cualidades típicas. Esta teoría ubica a la representación no en un sentido del Derecho Civil, sino desde el punto de vista penal, esto es, determinar conforme a la estructura orgánica y funcional de la persona jurídica, si en esa conducta precisa, la persona natural actuaba por ello. Es de señalar que la teoría de representación adopta el criterio de *escisión* o de *disociación* de los elementos del tipo del delito especial. Empero, esta teoría encuentra varios obstáculos como los casos de “representación fáctica”, de “delitos de tendencias subjetivas o anímicas egoístas, o en los casos donde se requiere que el representante actúe “como tal”, es decir, el representante tiene que actuar en interés de su representado. SCHÜNEMANN, “*Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal acerca de la criminalidad de la empresa*”, cit., Pág. 543, ss. es quien a desnudado las insatisfactorias consecuencias de ésta teoría. La otra es la **teoría de la posición de garantía**, sustentada por Schünemann, quien sostiene que el ámbito de la responsabilidad penal del representante queda constituido según su propia naturaleza, por aquellos elementos especiales de autor que describen una relación de dominio sobre la causa del resultado igual a la del garante, es decir, se le puede sancionar como autor de un delito especial al que, en lugar del autor descrito en la ley, haya asumido de hecho sus actividades y ejecute la acción descrita en el supuesto de hecho típico. Por último, tenemos la **teoría de la función o “dominio social”**, que focaliza a la efectiva función que desempeñan las personas al interior de la persona jurídica, pero que puede ser demasiado amplio y afectar el principio garantista de taxatividad del Derecho Penal. Esta teoría tiene a su representante en el Prof. Gracia Martín, quien entiende que los delitos especiales son delitos de “dominio social” en el sentido de que el elemento especial de la autoría en estos delitos radica en el ejercicio de una función específica determinada de la construcción de una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente y los bienes jurídicos involucrados en la relación.

¹⁰⁶ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, 1996, Pág. 95. En el mismo sentido: MEINI MENDEZ, Iván; “*El “actuar en lugar de otro” en el derecho penal peruano*”, en: Nuevo Foro Penal, 62, Lima, 1999, Pág. 128. GARCIA CAVERO, Percy; “*El art. 27 del Código Penal: El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*”, en: Aspectos Fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano, Anuario de Derecho Penal, Lima, 2003, Pág. 468.

¹⁰⁷ Así expresamente: SILVA SÁNCHEZ, Jesús -María; “*El actuar en lugar de otro*” (artículo 31) en el nuevo Código Penal español”, en el mismo, Estudios de Derecho Penal, Lima, 2000, Pág. 126. GRACIA MARTÍN, Luis; *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, II, Zaragoza, 1986, Pág. 95. MARTINEZ-BUJAN PEREZ; 1998, Pág.214. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, 1996, Pág. 96. SCHÜNEMANN, 1988, Pág. 542. ABANTO VÁSQUEZ, 1997, Pág. 146. REYNA ALFARO, 2002, Pág. 130. MEINI MENDEZ, “*El “actuar en lugar de otro” en el derecho penal peruano*”, cit., Pág. 146. CARO CORIA, 1995, Pág. 164.

CPp está diseñado bajo esa misma lógica imputativa (“... *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, se postula una propuesta de reforma en la legislación en el sentido de ampliar la punibilidad de esta fórmula dogmática a los delitos especiales impropios, porque la lógica indica que si para un delito especial propio se construyó la fórmula del “actuar en lugar de otro” con el objetivo de que no se deje impune al sujeto no cualificado que actuó y, en definitiva se le imponga la sanción que corresponde al delito especial propio, no debe haber inconveniente en aplicar la misma *ratio* al sujeto no cualificado que realiza un hecho previsto como delito especial impropio. Con razón dice Meini que aquí no se trata de un análisis cuantitativo, sino, cualitativo, es decir, no se trata de imponer más o menos pena, sino de imponer la pena que corresponde al delito especial, sea propio, cuando se “actúa en lugar de otro”¹⁰⁸.

Asimismo también esta vía de imputación suele concentrarse en la base de la pirámide de la estructura societaria, pues la responsabilidad de los escalones más bajos de la cadena funcional quienes ejecutan las órdenes de un plan previamente concebido arriba¹⁰⁹. Es decir, que descarga la responsabilidad penal en sujetos que poseen un limitado poder de decisión, quienes son, en definitiva, sustituibles, por la que la “aptitud criminal de grupo” puede seguirse manteniendo sin problemas con otro representante. Por otro lado, se puede aplicar fórmula del “actuar en lugar de otro” al delito de omisión impropia, todo depende si se considera a la omisión impropia como delitos especiales, precisamente por la posición de garantía que ostenta el sujeto omitente. Otras de las limitaciones que pueden argumentarse a la aplicación del “actuar en lugar de otro” en los delitos omisivos lo trazan aquellos cuya propia naturaleza de estructura típica impide que se pueden cometer mediante una omisión, de todas maneras debe analizarse la naturaleza particular cada delito.

2.2.4. Posición de garante de los órganos directivos de las Empresas. Críticas y perspectivas.

2.2.4. a. Apuntes preliminares.

Una tercera vía sería ubicar la posición de garante de los órganos directivos de las Empresas, para luego seleccionar aquella conducta típica omisiva en función a las infracciones penales que cometan sus subordinados, para poder imputar ese resultado producido al titular de la empresa. Algunas legislaciones prevén expresamente esta situación. Así la Ley de Contravenciones alemana OWiG (art. 130) y la Ley de Infracciones y Sanciones Administrativas de España –Ley 30/1992 de 26 de Noviembre– también la contempla en el art. 130. Resulta interesante destacar que la responsabilidad del titular de la Empresa por los hechos delictivos cometidos por sus empleados, en los ordenamientos antes citados, sea un temática principalmente del ámbito del Derecho administrativo sancionador, pero que en cuanto a las consecuencias jurídicas pueden ser considerados como sanciones punitivas en sentido amplio. En el Código penal argentino no contempla una norma en sentido similar en la Parte General. La única posibilidad, como dice la doctrina, es recurrir a la figura de la omisión impropia –concretamente a través de la posición de garantía– tal como lo hace el Derecho español (que sí lo tienen regulado en el art. 11 del Código Penal). En el Derecho Argentino tampoco se prevé una cláusula de equivalencia en la Parte General, con lo cual el camino para construir una responsabilidad penal del titular de la empresa se hace más complicado.

¹⁰⁸ MEINI MENDEZ, “El “actuar en lugar de otro” en el derecho penal peruano”, Cit. Pág. 151

¹⁰⁹ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, “Modelos de imputación penal para sancionar la criminalidad de empresa en el CP. Español de 1995” Cit. Pág. 977. También: “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido”, en: www.lexstricta.com, quien indica la responsabilidad del representante también se denomina responsabilidad hacia abajo.

La omisión impropia se centra en función al vértice de la estructura societaria pues busca la responsabilidad del titular de la empresa¹¹⁰, por eso también se le suele llamar responsabilidad hacia arriba. En otras palabras, el titular o el órgano directivo por su posición al frente de una empresa son garantes frente al bien jurídico que están en su ámbito de protección¹¹¹. En las conclusiones del XIII Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en el Cairo (1984) se estableció que todo superior en una empresa económica tiene una posición de garante respecto a su poder de organización, y en virtud de esa posición de garante se le han de imputar las lesiones de bienes jurídicos causados por los subordinados en el ejercicio de su actividad para la empresa como si hubieran sido causadas por su propia conducta. El caso por ej. el ambiente, con lo cual tendrían que tomarse las medidas necesarias para controlar la contaminación ambiental y evitar en lo posible cualquier verificación de resultados lesivos o peligrosos.

En los Convenios de Ginebra de 1949, dentro del ámbito del Derecho internacional penal, se consideraba la problemática de la responsabilidad superior, aunque imperfectamente, avanzándose más en el Protocolo Adicional I, en el cual se alude a aquellos que incurren en “el incumplimiento de un deber de actuar”. También vale la pena destacar el “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, que fuera aprobado en esa ciudad el 17 de Julio de 1998, que contempla tres grandes rubros delictivos: genocidio, crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Si bien con respecto al delito de genocidio, no se prevé ninguna modalidad omisiva, en los crímenes de lesa humanidad –entre otras figuras descritas- es posible cometer el delito de exterminio de una población mediante la privación de alimentos, agua o medicamentos, y con relación a los crímenes de guerra, sin aplicables las reglas generales sobre responsabilidad de los jefes y otros superiores cuando las infracciones cometidas lo fueren por fuerza bajo su mando y control efectivo, y no haber ejercido el control respectivo de tales fuerzas, concretamente cuando se tenía conocimiento efectivo que las fuerzas estarían cometiendo los crímenes castigados, o estaría en plan de ejecutarlo. Esa responsabilidad –en palabras de Fierro- se extiende también cuando el superior no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la ejecución de los delitos o no pusiera el asunto en conocimiento de las autoridades competentes para que investiguen y enjuicien a los responsables.”¹¹²

En tal línea de pensamiento, Zuñiga Rodríguez sostiene que dicha vía de imputación “...se conecta con el afán prevencionistas del Derecho Penal de evitar comportamientos generadores de riesgo de bienes jurídicos sin esperar su lesión (posición *ex ante*), donde el injusto no se funda en la

¹¹⁰ Así, ZUÑIGA RODRÍGUEZ, “Modelos de imputación penal para sancionar la criminalidad de empresa en el CP español de 1995” Cit. Pág.976. FEIJOO SÁNCHEZ, “Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y el Derecho penal peruano” cit., Pág. 233, señala una fundamentación de posición de garantía de las personas jurídicas –con supuestos de delegación-, siempre y cuando se den los demás requisitos de la omisión impropia.

¹¹¹ En este sentido: MALAMUD GOTI, 1983, Pág. 42, señala que esta suerte de posición de custodia de una fuerte determinada de peligros debe quedar, sin embargo, reducida a casos muy especiales. SCHÜNEMANN, “Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento”, Cit., Pág. 40. RODAS MONSALVE, Julio César; *Protección Penal y Medio Ambiente*, Barcelona, 1994. Pág.329 y ss. SILVA SÁNCHEZ; “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español”, cit. Pág.CARO CORIA, Carlos; *Protección penal del ambiente*, Lima, 1995, Pág. 287, para el caso del delito de contaminación ambiental. MEINI MENDEZ, Iván Fabio; “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y de sus órganos de gestión. Entre la dogmática y la Política criminal”, en: *Ius Et Veritas*, Año VII N°13, Lima, 1996, Pág.210 y 211. El mismo: «Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados», en: *Revista de Derecho*, PUCP, N° 52, 1998, Lima, Pág. 883 y ss. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, 1998, Pág. 196 y ss. LIBSTER, Mauricio Héctor; *Delitos Ecológicos*, Buenos Aires, 2000, Pág. 210 y ss. REATEGUI SÁNCHEZ, 2002, Pág. 83 y ss. GARCIA CAVERO, 2003, Pág. 309, quien señala que existe “...una clara tendencia a afinar los presupuestos dogmáticos necesarios para la configuración de una omisión impropia en los delitos económicos, de manera que puede ampliarse la responsabilidad penal a sujetos cuya participación en el hecho no resulta al menos tan evidente”.

¹¹² FIERRO, Guillermo Julio; *Causalidad e imputación*, Buenos Aires, 2002, Pág. 362

lesión de un bien jurídico, sino en la contención de riesgos para bienes jurídicos”¹¹³ los legisladores deben establecer formas más precisas de sus presupuestos típicos para instrumentalizar la vía de la responsabilidad por omisión en el marco de la criminalidad de grupo, y ello dentro respetando los principios generales que pregonan la responsabilidad personal.

La jurisprudencia y la doctrina mayoritaria reconocen, en principio, la responsabilidad de garante del “titular de la unidad de producción” o del “titular del negocio” así como de su representante y de las personas encargadas de su vigilancia, no obstante, que aún se discuten los detalles para su aplicación. En el caso concreto de la construcción normativa de la omisión impropia tiene el privilegiado de armonizar los componentes (conducta –omisiva-, base la información y poder de decisión) de manera coherente con los postulados de un Derecho penal garantista. La responsabilidad del garante está relacionada con el tipo penal, es decir, exige en los delitos dolosos, el conocimiento del hecho no evitado en particular, y en los delitos imprudentes, en tanto estén previstos por el tipo¹¹⁴. Debemos resaltar que el fin político-criminal de la responsabilidad del titular de la empresa (o de sus directivos) es muy interesante: instar a los gerentes, directores y demás responsables de la empresa para que desplieguen todas las labores exigibles de cuidado con el objeto de evitar que se produzcan delitos o contravenciones por sus propios subordinados¹¹⁵.

2.2.4.c. Posición de garante y realización típica omisiva.

Antes que todo, habrá que hacer una diferenciación importante: una cosa es la construcción dogmática en base a una posición de garante que ostente el titular de la Empresa, y otra, es que esa mencionada posición de garante sea un requisito más en el juicio de imputación típica que se necesitará para la omisión impropia. Por eso el tema principal de la presente investigación será, dejar sentada nuestra posición en torno a la posición de garante, sin perjuicio, que analicemos la responsabilidad global de la omisión impropia, que comprende mucho más que la vinculación material o formal del sujeto garante con la salvaguarda de un bien jurídico.

Si no se pudiera comprobar en el caso concreto si hubo acción ejecutiva por parte de algunos de los miembros, estaría pendiente la otra alternativa de imputación conductual, esto es la omisión (impropia) ya que precisamente en la omisión no se necesitará para efectos de imputar penalmente el resultado, que el sujeto actúe positivamente hacia el resultado típico, sino que deje de hacer lo que la norma penal le exige, añadido, claro está, los otros requisitos como la posición de garante, relación de causalidad hipotética, etc. La responsabilidad penal por omisión del empresario genera a mi juicio dos tipos de situaciones:

El subordinado que materialmente, por comisión, realiza el hecho punible, no tiene porqué ofrecer mayores atenciones porque serán considerados autores directos, mediatos, coautores, siendo irrelevante además si se trata de un delito común o especial, aun cuando en éste último supuesto sea la intervención de un sujeto *extraneus* en un delito especial, pues se aplicarán las reglas de la participación (inductor o cómplice), respetándose, como lo hace la mayoría de la doctrina, el principio de la unidad del título de imputación.

Sin embargo, lo que se llama la atención en este sistema de imputación, es el relativo a la responsabilidad por omisión del titular de la empresa o del órgano superior de la empresa, por el comportamiento del órgano subordinado en el ejercicio de sus funciones. En este sentido,

¹¹³ ZUÑIGA RODRIGUEZ, “Modelos de imputación penal para sancionar la criminalidad de empresa en el CP español de 1995”, Cit. Pág.

¹¹⁴ ACHENBACH, Hans; “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán”, traducido por Ujala Joshi Jubert, en: Silva Sánchez/ Schumemann/ De Figueiredo Dias (coord.). Sistema de un sistema europeo del Derecho Penal. Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1995, Pág. 386

¹¹⁵ Así, ZUÑIGA RODRIGUEZ; “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido”, en: www.lexstricta.com,

Schünemann enseña que el delito de omisión impropia contiene la solución a este problema, pues "...no se trata aquí de una construcción jurídico-penal de la representación, sino de la trasmisión y asunción de posiciones de garante en el marco de la organización, en régimen de división de trabajo..."¹¹⁶. Como es sabido, la responsabilidad del empresario por los actos de sus dependientes responde a un sistema llamado: *vicarious liability*. Los argumentos a favor de la aplicación de los deberes de garantía de los empresarios, en Alemania, se centra en una posible ampliación de la posición de garante del directivo de impedir la comisión de delitos de sus dependientes. El empresario responde en forma refleja por los actos u omisiones de sus dependientes con sustento en la presunta falta de control de los directivos. Esta forma de imputación de hecho ajeno se consolida en forma necesaria en la conducta omisiva de los integrantes de los órganos sociales de la empresa¹¹⁷. Así, se acude en general a las figuras de cesión de asuntos peligrosos o de la designación para tareas peligrosas, y el contenido de dichas asignaciones se restringe a los cursos causales derivados de dichas fuentes de peligro.

Sin embargo, las críticas se han presentado para esta forma de imputación personal por delitos cometidos en el seno de una empresa¹¹⁸, en los siguientes términos:

Se asienta sobre bases dogmáticas poco consensuadas, cuales son los criterios de imputación de la omisión impropia.

Se corre el riesgo de "flexibilizar" los conceptos de la omisión –y con ello también los conceptos de imprudencia, de imputación objetiva y otros- para resolver supuestos complejos en los que el peso está en la salvaguarda del deber jurídico, convirtiendo la norma penal en un mero "delito de infracción del deber" (*Pflichtdelikte*) extra-penal.

No existe consenso en la doctrina penal en dónde recae la posición de garante, en el titular, en los directivos, en los administradores, en los asesores, etc., por lo que imputar responsabilidad en este campo puede conculcar el principio de culpabilidad que tanto se pretende salvaguardar.

La resistencia de sustentar una posición de garante de los órganos directivos de las empresas, sobre en delitos imprudentes, se fundamenta en el principio de autonomía humana, en el sentido que cada individuo es responsable de su cuota de actividad lesiva que realiza. Precisamente en estos delitos impropios de omisión, lo que se trata es de forzar esa autonomía.

2.2.4.d. Elección de la fuente de garantía para los directivos de la estructura empresarial: actuación precedente.

No cabe duda que los órganos directivos de las empresas por el hecho de estar ubicados en un fuente de peligro, como es la empresa, poseen una posición de garante personal frente a los bienes jurídicos –en la mayoría de veces de naturaleza colectiva- donde éste realiza su función económica. Así las cosas, quizá el mayor problema no sea tanto en la "aceptación" de la posición de garantía sino en la "elección" de qué fuente de garantía es la que mejor fundamenta la autoría delictiva en estructuras organizadas de corte empresarial.

Es decir, no solamente se tiene que tomar posición en torno a las posturas teóricas que fundamentan las posiciones de garantía –deberes formales o deberes materiales, o doctrinas exclusivamente normativas como la del profesor Jakobs-, sino que una vez obtenido dichas posiciones, tendremos que ubicar la específica determinación: asunción de específicos cuidados

¹¹⁶ SCHÜNEMANN, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", traducción de Brückner y Lascuraín, en: ADPCP (1988), Pág..... El mismo: "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea", Trad. Enrique Peñaranda Ramos y Mercedes Pérez Manzano, en: MAZUELOS, Julio (Comp.), Derecho Penal Económico y de la Empresa, Lima, 1996, Pág. 99.

¹¹⁷ ABOSO / ABRILES, 2000, Pág. 47

¹¹⁸ ZUÑIGA RODRIGUEZ; "La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido", en: www.lexstricta.com,

proveniente de la legislación, asunción voluntaria para salvamento de peligros, situaciones de confianza, actuación precedente peligroso, etc. Como podrá verse, en la presente investigación fundamentaremos una posición de garante en torno a la actuación precedente de los órganos directivos de las empresas, es decir que ante la existencia de una acción positiva culposa contrario a los deberes empresariales, el sujeto entra en una obligación de prestación positiva en busca de impedir un posible resultado típico. Además, enfrentamos un inconveniente: si es compatible en el Derecho peruano una propuesta de construcción dogmática en base a la injerencia o actuar precedente peligroso en el marco de la responsabilidad de los órganos directivos de las Empresas, por lo menos existe limitaciones jurídico-legales para su aplicación: (art. 13, inciso primero: “*si se crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo*”).

Por lo pronto, en el Proyecto de Código Penal para la República de Guatemala se incorpora en el Título bastante novedoso (VII) “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, en la cual en el art. 47 se estipula una vía de imputación penal importante, porque se puede responsabilizar comportamientos omisivos, con una descripción somero de situaciones de garantía, incluso por actuaciones precedentes o injerencia, pues precisa lo siguiente: “*También será imputable la omisión de un acto, cuando la persona jurídica estuviere legalmente obligado a hacerlo, hubiere aceptado formalmente ese deber, o dicha obligación surgiere de un acto ilícito precedente de esa misma persona o de otra vinculada a ella*”. Conteniendo como regla básica la posibilitar de dicha imputación penal siempre y “*cuando se tratase de los actos realizados por sus órganos regulares, siempre que se hallaren dentro del giro u objeto normal o aparente de sus negocios*”. Esto es, que la posición de garante del directivo respecto de las actuaciones de sus subordinados debe restringirse en función a los confines de la actividad desarrollada. Si el hecho punible del dependiente no guarda similitud con la relación de afinidad con la actividad económica desarrollada por la empresa, ni los directivos ni la propia persona jurídica responderán penalmente. Además se puede restringir aún más la posición de garante de los directivos, si se exige, a parte de la afinidad con la actividad, que la comisión del hecho punible sea dolosa o imprudente dentro de las competencias específicas asignadas a los dependientes en el marco de la división de trabajo¹¹⁹.

También es preciso manifestar dos cosas puntuales:

Que no se trata de elegir a la injerencia sin antes definir su contenido y fijar sus límites no solamente para reducir su capacidad de aplicación, sino que limitarlo con las otras fuentes de garantía; por eso creo necesario recurrir a los criterios de la imputación objetiva. Los criterios para limitar el hecho punible serían: el riesgo permitido, el principio de confianza, cuando el peligro provocado por el comportamiento precedente queda únicamente en el ámbito de la persona puesta en peligro, y

Debemos delimitar situaciones que sean ámbito de exclusivamente de competencia de la injerencia y descartar modalidades concursales (comisión antecedente y omisión subsecuente).

¹¹⁹ Así, ABOSO / ABRALES, 2000, Pág. 48 y 49