

# **BREVES REFLEXIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL PERUANO\***

**Percy André Sota Sánchez\***

## **RESUMEN:**

El autor mediante un lenguaje claro analiza las posiciones dogmáticas existentes sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica para hacer énfasis en las consecuencias accesorias que se aplican a éstas en el ordenamiento jurídico penal peruano. Para tal fin, analiza las diversas tesis existentes sobre la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias, concluyendo que por su operatividad y presupuestos son auténticas penas. Finalmente, el autor analiza los tipos de consecuencias accesorias reguladas en el artículo 105º del Código penal y sus presupuestos de su aplicación.

## **ABSTRACT**

The author using clear language analyzes the existing dogmatic positions on criminal liability of the legal entity to emphasize ancillary consequences that apply to them in the Peruvian criminal law. To this end, existing analyzes the various theses on the legal nature of the ancillary consequences, concluding that by its operation and budgets are real penalties. Finally, the author discusses the types of ancillary consequences regulated in Article 105 of the Criminal Code and its application budgets.

## **PALABRAS CLAVES:**

Responsabilidad penal de la empresa; Consecuencias accesorias; Criminalidad de empresa; Desarrollo empresarial defectuoso; Defectuosa administración de riesgos; Penas; Medidas de seguridad; Sanciones penales especiales; Bienes jurídicos colectivos; Sanción administrativa; Multa; Clausura

---

\*Este artículo fue publicado en: Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 34, Abril, 2012.

\*Integrante del Centro de Investigación de Derecho Penal de la Universidad de San Martín de Porres.

de locales; Disolución de la empresa; Suspensión de actividades; Prohibición de realizar actividades.

## **SUMARIO**

I. Introducción. II. Respuesta político criminal del Estado ante la criminalidad de empresa. Necesidad de protección de bienes jurídicos colectivos y la insuficiencia de las Sanciones Administrativas. III. Naturaleza Jurídico – Penal de las Consecuencias Accesorias en el ordenamiento jurídico nacional. 1. Las Consecuencias Accesorias como Medidas de Seguridad. 2. Las Consecuencias Accesorias y las Penas. 3. Las Consecuencias Accesorias como un nuevo y tercer tipo de Sanción Penal. 4. Toma de Posición. IV. Tipos de Consecuencias Accesorias aplicables en nuestro ordenamiento jurídico. 1. La clausura de los locales o establecimientos de la persona jurídica. 2. Disolución y liquidación de la persona jurídica, sea una Sociedad, Asociación, Fundación, Cooperativa o Comité. 3. La suspensión de actividades de la sociedad, fundación, cooperativa o comité. 4. La prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades de la misma clase de aquellas en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito. V. A modo de conclusión.

## **I. Introducción a las Consecuencias Accesorias**

En la dogmática jurídico-penal suscita debate la consideración de la Persona Jurídica, ente moral, como sujeto penalmente responsable de acuerdo a la Teoría del Delito.

Diversas propuestas dogmáticas se han elaborado, desde quienes plantean la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sea modificando el concepto tradicional del delito hacia un injusto basado en la propia culpabilidad de la empresa, o quienes fijan la responsabilidad del ente moral a través del injusto de resultado cometido por una persona natural; hasta quienes rotundamente niegan la responsabilidad penal de la empresa sobre la base del aforismo <<*Societas Delinquere Non Potest*>>.

Sin embargo, debemos reconocer que, aunque no exista una posición dominante en los planteamientos dogmáticos, la realidad empírica nos demuestra que cada vez más Estados están considerando en sus legislaciones a la Persona Jurídica como sujeto penalmente responsable, pudiendo imponerse consecuencias jurídicas sobre estas a título de "Consecuencias Accesorias".

El Acuerdo Plenario N° 7 – 2009/CJ – 116, estableció como doctrina legal que las consecuencias accesorias tienen el carácter de sanciones penales especiales. Por tal motivo, a nuestro criterio, concibe a las medidas aplicables a las Personas Jurídicas como un tipo especial de sanción penal, distinta a las clásicas penas y medidas de seguridad.

A pesar que la Corte Suprema de Justicia ya dejó sentada posición y estableció una doctrina legal a través del mencionado Acuerdo Plenario, nada impide que se pueda debatir la posición adoptada por el Supremo Tribunal, e incluso refutarla. En este sentido, la presente investigación

tendrá por objeto sustentar nuestra posición en torno a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias en nuestro ordenamiento jurídico, pudiendo o no coincidir con el criterio del Supremo Tribunal.

## **II. Respuesta político criminal del Estado ante la criminalidad de empresa. Necesidad de protección de bienes jurídicos colectivos y la insuficiencia de las Sanciones Administrativas.**

Las investigaciones criminológicas de las últimas décadas del siglo XX, impulsadas por el norteamericano Donald Sutherland, han dedicado especial interés a los delitos económicos. Con ello hace su aparición el Derecho penal económico, subdisciplina del Derecho penal, dentro del cual se analiza un grupo de delitos estrechamente vinculado con el funcionamiento del sistema económico. Debido a la inevitable interrelación entre Derecho penal y el extrapenal (los distintos Derechos relacionados con temas económicos), resultó inevitable también que se comenzara a analizar a la empresa, o sea al ente colectivo<sup>1</sup>.

En la actualidad, la mayoría de delitos, sobre todo en materia económica, laboral y ambiental son cometidos en sede de personas jurídicas: la mayoría de ellas están constituidas como empresas<sup>2</sup>.

El legislador penal, ante el incremento de la actividad delictiva cometida a través de las personas jurídicas reguló en el artículo 105° del Código penal una serie consecuencias jurídicas para dar fin con esta nueva forma de criminalidad. Las medidas reguladas son aplicables directamente a la persona jurídica, con independencia de la sanción que pueda ser aplicable a la persona que actuó dirigiéndola, bajo la figura del “actuar en nombre de otro” regulada en el artículo 27° del Código Penal.

Se asuma la responsabilidad de las personas jurídicas o se niegue esta, este hecho en modo alguno ha sido obstáculo tradicionalmente para la previsión por parte del Código Penal y de las leyes penales especiales de un conjunto de “consecuencias” a aplicar en el supuesto de que los hechos punibles hayan sido cometidos en el seno de la persona jurídica o utilizándola como instrumento<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> ABANTO Vásquez, Manuel (2011). “Responsabilidad penal de los entes colectivos: Estado actual y reflexiones preliminares”. *Dogmática Penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann*. Lima, Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, página 29.

<sup>2</sup> BERAÚN Sánchez, David (2003). “El problema de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”. *Actualidad Jurídica*. Lima, Tomo 119, Octubre, páginas. 9 – 30.

<sup>3</sup> DE LA CUESTA Arzamendi, José Luis (2001). “Personas Jurídicas, Consecuencias Accesorias y Responsabilidad Penal”. En ARROYO Zapatero, Luis / BERDUGO De la Torre, Ignacio (Dir.). *Homenaje al Dr. Mario Barbero Santos in memoriam*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, páginas 967 – 991.

El Derecho Penal tradicional, sustentado en la noción de protección de bienes jurídicos individuales, a modo de ejemplo: la vida, el cuerpo y la salud; el honor; entre otros; es actualmente ineficiente para dar respuesta a la criminalidad cometida a gran escala a través de las personas jurídicas. Piénsese, por ejemplo, en los delitos contra el Orden Monetario y Financiero, en los delitos Tributarios e, incluso, en los delitos Ambientales, en los que al protegerse bienes jurídicos colectivos se requiere una idónea protección por parte del Estado, manifestada, claro está, a través de su *ius Punendi*.

Por lo tanto, el Derecho en general está legitimado para intervenir, pues a pesar de consagrar la libertad de empresa y facilitar los medios que permitan el máximo desarrollo industrial, científico y tecnológico debe regular las situaciones de riesgo estableciendo los límites tolerables, tutelando bienes individuales y sociales que son indispensables para el desarrollo del hombre de la sociedad en su conjunto<sup>4</sup>. Y es que el sistema punitivo no ha alcanzado, en la misma medida, la evolución que está sufriendo la sociedad, pues continúa defendiendo el principio romano *societas delinquere non potest*, que era válido para ese tiempo, pero no para hoy<sup>5</sup>.

Los diferentes puntos de vista de la política criminal actual parten de una realidad delictiva casi idéntica en muchos países; sobre todo tratándose de países industrializados, pero también en buena parte de países en vía de desarrollo. La desde hace tiempo conocida y creciente división del trabajo conduce, de un lado, a un debilitamiento de la responsabilidad individual y, de otro lado, a que las entidades colectivas sean consideradas, en base a diversos fundamentos, responsables (también en el orden fiscal y civil), en lugar de las personas individuales<sup>6</sup>.

Tradicionalmente, el Estado peruano ha tratado de poner fin a las conductas antijurídicas cometidas a través de las personas jurídicas con la imposición de determinadas sanciones administrativas. Sin embargo, podemos afirmar, *prima facie*, que estas son ineficaces. En el derecho comparado nos encontramos ante una situación similar. Así, en Alemania, la responsabilidad es impuesta sobre corporaciones por las autoridades estatales solo por ilícitos administrativos. Hay mucho debate acerca de si tales sanciones deben ser consideradas sanciones criminales o contravenciones administrativas moralmente neutras. El Derecho Alemán de *Ordnungswidrigkeit* (contravenciones administrativas) autoriza a las autoridades administrativas así como a las cortes criminales a imponer

---

<sup>4</sup> BERAÚN Sánchez, David (2003). Óp. cit. página 15.

<sup>5</sup> Íbidem.

<sup>6</sup> TIEDEMANN, Klaus (1996). "Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas". *Anuario de Derecho Penal*. Lima, Editorial Grijley, página 102.

multas administrativas (*Geldbuben*) sobre personas naturales y compañías<sup>7</sup>.

A modo de ejemplo, podríamos plantear la insuficiencia de una sanción administrativa y la necesidad de una sanción de carácter penal (no necesariamente una pena) en la situación establecida por la Ley N° 28611<sup>8</sup> “Ley General del Ambiente”, el Decreto Supremo N° 016-93-EM<sup>9</sup> “Reglamento de Protección del Medio Ambiente”, donde se establece que en el caso una empresa adscrita al sector Minero genere efluentes de contaminación ambiental por encima de los límites máximos permisibles, será sujeto de sanción administrativa por hasta 8000 Unidades Impositivas Tributarias<sup>10</sup>. Es evidente que la cuantía de la sanción administrativa es exorbitante, empero estamos ante un supuesto que fácilmente se podría entender como *pago por contaminación ambiental*, dejándose de lado que el goce de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida es un derecho fundamental regulado en el art. 2° inc. 22 de nuestra Constitución Política.

El hecho mismo de la persistencia en la comisión de graves contravenciones parece dar a entender que el Derecho contravencional carecería de efectos preventivos. No solamente se trata de la falta de reproche “ético-social” en la multa contravencional, sino de algo más: la concepción misma del sistema contravencional (y del administrativo sancionador) está basada en el control, es un sistema reactivo, no tiene en cuenta la naturaleza de los entes colectivos y, por ello, no inciden en la organización misma<sup>11</sup>.

Hechos como el expuesto nos llevan a afirmar que es sorprendente, con independencia de la gravedad de los hechos y de las sanciones que se imponga, que todo esto haya venido sucediendo tradicionalmente ante autoridades administrativas y absolutamente al margen del Derecho Penal y de los Tribunales Penales. Esta situación se ha venido justificando, no obstante, en base a la supuesta vigencia en nuestro Derecho Penal del principio “*societas delinquere non potest*”<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> HEFENDEHL, Roland (2005). “La responsabilidad penal corporativa: Artículo 2.07 del Código Penal modelo y el desarrollo en los sistemas legales occidentales”. *Nuevas Tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Lima, ARA Editores, página 422.

<sup>8</sup> Publicada en el diario oficial El Peruano en fecha 13 de octubre de 2005.

<sup>9</sup> Publicado en el diario oficial El Peruano en fecha 28 de abril de 1993.

<sup>10</sup> Ver: Cuadro de Tipificación de Infracciones Ambientales en la Actividad Minera respecto de labores de explotación, beneficio, transporte y depósito de almacenamiento de concentrados de mineral y escala de multas y sanciones. En: [http://www.oefa.gob.pe/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=251&Itemid=251&lang=es](http://www.oefa.gob.pe/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=251&Itemid=251&lang=es)

<sup>11</sup> ABANTO Vásquez, Manuel (2011). Ob. cit., páginas 87 – 88.

<sup>12</sup> ZUGALDÍA Espinar, José Miguel. *La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas (Problemas generales y su tratamiento en el Derecho Penal Español tras la reforma operada por la L.O 5/2010, de 22 de junio)*. Universidad de Granada.

Y es que ante la insuficiencia de la sanción administrativa y la necesaria protección de bienes jurídicos colectivos que se ven puestos en peligro o lesionados a través de la criminalidad de empresa, a gran escala, se justifica la necesidad de la intervención estatal a través del *ius Punendi*; lo cual no afecta el principio de Derecho penal como *última ratio*. Sobre la base de esta consideración, es menester sentar las bases para determinar en qué medida se debe manifestar esta intervención penal estatal.

Queda claro que al hacer uso del *ius Punendi*, el Estado intervendrá a regular estas situaciones a través de medidas de carácter penal. Por tal motivo, al ser las consecuencias accesorias la manifestación del *ius Punendi* estatal debemos identificar su naturaleza jurídica; es decir, si estamos ante penas, o medidas de seguridad e incluso si estamos ante una categoría especial de sanción penal.

### **III. Naturaleza Jurídico – Penal de las Consecuencias Accesorias en el ordenamiento jurídico nacional.**

El mayor inconveniente al intentar definir la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias es la discusión sobre capacidad de Acción y de Culpabilidad de las Personas Jurídicas, pues la conclusión a la cual se arribe implica una concepción a favor o en contra de la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas. Quizá por ello, a más de 18 años de vigencia del Código penal el desarrollo jurisprudencial producido en torno a las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas no ha resultado relevante ni satisfactorio. Efectivamente, la imposición judicial y concreta de estas sanciones ha permanecido, todo este tiempo ignorada o muy alejada de la praxis funcional de la judicatura penal en todas las instancias<sup>13</sup>. En la praxis judicial tan solo hemos hallado que en una ocasión se ha interpuesto consecuencias accesorias a una persona jurídica, específicamente la Disolución de la Sociedad, en la sentencia emitida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el EXP. N° 99–09 (527–99), en el conocido caso de la empresa “Business Track Sociedad Anónima Cerrada”.

En el Acuerdo Plenario N° 7 – 2009/CJ – 116, las Salas Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República estableció que las consecuencias accesorias tienen el carácter de sanciones penales especiales. Así pues, entendemos que se adhiere a la tesis que considera a las consecuencias accesorias como un tipo especial de sanción penal.

---

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116. “Las Personas Jurídicas y Consecuencias Accesorias”. página 2.

Lo que no se dijo en el Acuerdo Plenario en mención, pero que creemos que se dejó entendido e implícito en el análisis, es que en nuestro ordenamiento jurídico nacional cada vez es mayor la tendencia a reconocer la capacidad de la Persona Jurídica de ser autora de un delito. Y es que al establecerse que las consecuencias accesorias tienen carácter penal, estas se aplican sobre un injusto cometido por la persona jurídica. En resumen, se ha reconocido a partir de este Acuerdo Plenario que la Persona Jurídica puede cometer un Injusto Penal así como tiene capacidad de culpabilidad.

Son tres las principales tesis que definen la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias que se aplican sobre las Personas Jurídicas, aquella que las conciben como medidas de seguridad, la tesis que las concibe como auténticas penas y, finalmente, la tesis que las concibe como un nuevo tipo de sanción de carácter penal (distinto a las medidas de seguridad, distinta a las penas).

### **1. Las Consecuencias Accesorias como Medidas de Seguridad.**

Tradicionalmente se suele reconocer que la función que cumpla la pena y medida de seguridad en una determinada sociedad, va a ser la función del Derecho penal que, por política criminal, haya establecido el Estado.

Las medidas de seguridad aparecieron hacia mediados del siglo XIX de la mano del pensamiento positivista como una alternativa a la pena, sanción propia del derecho penal liberal inspirado en el pensamiento ilustrado. Si para este derecho penal liberal, el fundamento del castigo radicaba en la culpabilidad y ésta se sostenía desde el libre albedrío, para el positivismo el castigo debía fundamentarse en la peligrosidad social de ciertos sujetos determinados a la realización de conductas desviadas. Esta determinación de ciertas personas a la realización de conductas contrarias al orden social podía provenir de defectos del individuo, bien sea de carácter biológico o bien en los procesos de socialización<sup>14</sup>.

La función inmediata que persiguen las medidas de seguridad es poner fin a una fuente potencial de peligro, volverlo inocuo, a través de la prevención; es decir, cumple una función que puede entenderse como prevención especial. La consecuencia de las medidas de seguridad es que terminan convirtiéndose en un Derecho penal de autor y no de hecho delictivo.

A efectos de diferenciar a las medidas de seguridad con las penas, podemos observar que las dificultades se extreman cuando se defiende que la pena, como la medida, posee la función de prevención *especial*,

---

<sup>14</sup> BUSTOS Ramírez, Juan / HORMAZABAL Malarée, Hernán (1997). *Lecciones de Derecho Penal. Volumen I*. Madrid, Editorial Trotta S.A., página 211.

puesto que es esta clase de prevención la que persiguen las medidas de seguridad<sup>15</sup>. Sin embargo, la diferencia sustancial la encontramos en sus presupuestos, ya que mientras el presupuesto fundamental de la pena es la comisión de un delito, el presupuesto esencial de las medidas de seguridad será la peligrosidad del delincuente. Este presupuesto de la peligrosidad del delincuente es un juicio de peligrosidad que se realiza a través de una <<prognosis>> de la vida del sujeto en el futuro (se toma datos del género de vida, constitución psíquica, ambiente en que vive, etc.)<sup>16</sup>.

Por peligrosidad, se entiende la probabilidad de que se produzca un resultado, en este caso, la probabilidad de que se cometa en el futuro un ilícito por parte de una determinada persona. El interés en evitar ese posible futuro delito es lo que justifica la medida de seguridad; pero como esa posibilidad se refiere a una persona determinada, la esencia de la medida de seguridad es de naturaleza preventiva-especial. El delincuente es el objeto de la medida de seguridad, bien para reeducarlo y corregirlo, bien para apartarlo de la sociedad en el caso de que aquello no sea posible<sup>17</sup>.

No cabe duda alguna de que en el derecho positivo las medidas de seguridad tienden a la prevención especial, sea inocuizando al delincuente -medidas asegurativas-, reeducándolo –medidas educativas- y curándolo -medidas terapéuticas-.

La legislación admitiría junto a la pena, también las medidas de seguridad. Culpabilidad y peligrosidad social, a pesar de ser conceptos antinómicos, convivirían y hasta en algunas ocasiones convergerían, para dar base a una reacción social. En algunas ocasiones con forma de pena y en otras con forma de medida de seguridad<sup>18</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico penal los presupuestos sobre los que se aplican las medidas de seguridad se encuentran normadas en el artículo 72° del Código Penal y son dos: que el agente haya realizado un hecho previsto como delito; y que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos”.

Estos dos presupuestos debemos entenderlos de la siguiente manera. En primer lugar, la conducta desplegada por el sujeto debe ser constitutiva de un delito, aunque por las circunstancias especiales de su situación personal, no necesariamente estaremos ante un delito. En segundo lugar, debe existir un pronóstico razonable que el agente podrá volver a cometer

---

<sup>15</sup> MIR PUIG, Santiago (2003). *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. 2<sup>da</sup> Edición, Buenos Aires, Editorial B de F, página 67.

<sup>16</sup> VILLAVICENCIO Terreros, Felipe (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Lima, Editorial Grijley, página 77.

<sup>17</sup> MUÑOZ Conde, Francisco (2001). *Introducción al Derecho Penal*. 2<sup>da</sup> Edición, Buenos Aires, Editorial B de F, página 78.

<sup>18</sup> BUSTOS Ramirez, Juan / HORMAZABAL Malarée, Hernán (1997). Ob. cit., página 212.

el hecho delictivo, o quizá cometerá otros delitos. Este pronóstico se fundamenta en la situación personal del agente.

Los tipos de medidas de seguridad expresamente establecidos por el artículo 71° del Código Penal son la Internación y el Tratamiento Ambulatorio. Las medidas de seguridad de internación suponen el ingreso y tratamiento del inimputable en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia. Nuestro Tribunal Constitucional, buscando el fundamento constitucional de esta medida, ha expresado que desde la perspectiva constitucional, la medida de seguridad de internación se justifica no sólo porque persigue evitar la comisión de futuros delitos, sino también porque su finalidad es la recuperación de la persona. Por ello, es una exigencia constitucional que, a fin de que dicha medida cumpla su finalidad, la persona sea internada en un centro hospitalario que cuente con tratamiento médico especializado y la adecuada atención profesional<sup>19</sup>. El tratamiento Ambulatorio, a diferencia de la internación, se aplica sobre un inimputable relativo, conjuntamente con la pena. Los fines son los mismos, terapéuticos o de rehabilitación.

Para un sector de la doctrina, las consecuencias accesorias son medidas de seguridad aplicadas sobre las personas jurídicas. En este sentido, Silva Sánchez afirma que cabe sostener que las legalmente denominadas consecuencias accesorias son medidas de seguridad jurídico-penales que recaen sobre las personas jurídicas en tanto que centros de imputación de lesión de una norma jurídico-penal de valoración, siendo así que, además, es previsible que continúen produciendo tal lesión en el futuro<sup>20</sup>.

Para Feijoo<sup>21</sup>, las consecuencias accesorias tienen naturaleza de ser medidas de seguridad post-delictivas en referencia al delito de la persona individual. El fundamento se encontraría, entonces, en incapacidad de las personas jurídicas para ser penalmente responsables. Se niega la capacidad de culpabilidad de las empresas.

Entienden además estos autores que el postulado tradicional “societas delinquere non potest” rechaza la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, pero no constituye obstáculo a la admisión de la posibilidad de su peligrosidad. Es más, a su juicio, existe una equivalencia entre el fundamento de las “medidas de seguridad” y el de las

---

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional. Caso Pedro Gonzalo Marroquín Soto. EXP N° 03426-2008-HC/TC, FJ. 13. Sentencia del Tribunal Constitucional. Caso Francisco Mallma Tilco. EXP N° 8815-2005-PHC/TC, FJ. 6.

<sup>20</sup> SILVA Sánchez, Jesús-María (2002). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del Art. 129 del Código penal español”. En: GARCÍA Cavero, Percy. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*. Lima, ARA Editores, páginas 191-192.

<sup>21</sup> FEIJOO Sánchez, Bernardo (2002). “Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y en el Derecho penal peruano”. En: GARCÍA Cavero, Percy. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*. Lima, ARA Editores, páginas 253-254.

consecuencias del artículo 129; éste reside en la peligrosidad de la persona jurídica, de ahí las necesidades de prevención especial<sup>22</sup>.

Entonces, si reconocemos que la peligrosidad –entendida como juicio de prognosis de la vida del sujeto en el futuro- es el presupuesto fundamental de las medidas de seguridad, estaríamos reconociendo que el fundamento de aplicar sanciones a las personas jurídicas radica en considerarlas como sujetos potencialmente peligrosos.

Así, se construyó el concepto dogmático de “peligrosidad objetiva de la cosa”. En este sentido, Bajo Fernández<sup>23</sup> concibe a las consecuencias accesorias como medidas de seguridad en función de la peligrosidad objetiva de la cosa<sup>24</sup>. Por tanto, el juicio de peligrosidad, basado tradicionalmente en consideraciones biológico–psicológicas (con respecto a inimputables, por ejemplo), se puede amoldar a un juicio sobre determinados patrimonios o estructuras que presentan una tendencia a ser utilizados para delinquir<sup>25</sup>. No se trata, a criterio del Bajo Fernández, de una pena criminal, sino de una medida más de las que autorizadamente imponen los tribunales de justicia (como multas coercitivas o las medidas de seguridad predelictuales)<sup>26</sup>.

## 2. Las Consecuencias Accesorias como Penas.

En la dogmática jurídico – penal se reconoce que la pena es la consecuencia jurídica del delito más antigua, y cuantitativa y cualitativamente es también, aun hoy, la más importante<sup>27</sup>. A nivel dogmático se han elaborado diversas teorías que tratan de explicar la función que cumple la pena, atendiendo a una determinada política criminal elaborada por un Estado. Por ello, se suele reconocer que cualquier rol que

---

<sup>22</sup> DE LA CUESTA, José Luis / PÉREZ Machío, Ana Isabel (2011). “Hacia un derecho penal de las personas jurídicas: El derecho español”. *Dogmática Penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann*. Lima, Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, página 99.

<sup>23</sup> BAJO Fernández, Miguel / BACIGALUPO, Silvina (2001). *Derecho Penal Económico*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., p. 152. Cfr. <<Esta posición es asumida únicamente por el profesor Bajo Fernández, pues la profesora Silvina Bacigalupo es parte de la doctrina que entiende a las consecuencias accesorias como penas>>.

<sup>24</sup> Cfr. ZUGALDÍA Espinar, José Miguel (2005). “La admisión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Un pilar básico del moderno Derecho penal Económico”. *Nuevas Tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Lima, ARA Editores, pág. 452. <<Zugaldía rechaza esta opinión y expresa que no es correcto considerar a las consecuencias accesorias como sanciones que privan a la persona física condenada del instrumento peligroso (peligrosidad objetiva de la cosa) que representa en sus manos la persona jurídica. Pues no correcto considerar a la persona jurídica como un objeto (paralelo a la pistola con la que se mata) ya que tiene su propia personalidad.

<sup>25</sup> FEIJOO Sánchez, Bernardo (2002). Ob. cit., páginas 255 –256.

<sup>26</sup> BAJO Fernández, Miguel / BACIGALUPO, Silvina (2001). Ob. cit., página 153.

<sup>27</sup> GRACIA Matín, Luis (1998). *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, página 27.

señale el Estado para la pena, lo señala también para el Derecho Penal. Existe una estrecha relación entre las funciones del Derecho Penal y la teoría de la pena<sup>28</sup>.

Para poder establecer qué teorías elaboradas sobre la pena son de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico penal, es menester remitirnos a las disposiciones legales elaboradas por nuestro legislador. En este sentido, nuestro Código Penal establece en el artículo I del Título Preliminar que la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora.

Nuestro Tribunal Constitucional ha entendido que en el ámbito constitucional las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática<sup>29</sup>.

En consecuencia, el Estado en ejercicio de su potestad punitiva diseña las políticas criminales que incluyen el deber de protección de la ciudadanía en general y la finalidad “resocializadora” del régimen penitenciario. Así nuestra Constitución ha establecido estos fines como principios que han de trazar la política criminal sirviendo muchas veces como límites al legislador y otras como obligaciones para hacer efectivo los derechos fundamentales de la población<sup>30</sup>.

A partir de la interpretación de la Constitución que realiza nuestro Tribunal Constitucional, entendemos que el mandato expreso constitucional es que en nuestro ordenamiento jurídico se aplique las Teorías Relativas<sup>31</sup> de la Pena, en el sentido que se aplica tanto la Prevención General Positiva así como la Prevención Especial.

---

<sup>28</sup> VILLAVICENCIO Terreros, Felipe (2006). Ob. cit., página 45.

<sup>29</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional. Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley N° 28568. EXP N° 0019–2005–PI/TC, FJ. 37.

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional. Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por Juan Carlos Díaz Montes y 8971 ciudadanos. EXP N° 00033–2007–PI/TC, FJ. 27.

<sup>31</sup> Para un mayor análisis sobre las Teorías Relativas de la pena, ver: VILLAVICENCIO Terreros, Felipe (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Lima, Editorial Grijley, páginas 54–65; BUSTOS Ramirez, Juan / HORMAZÁBAL Malarée, Hernán (1997). *Lecciones de Derecho Penal. Volumen I*. Madrid, Editorial Trotta, páginas 44–57; MIR Puig, Santiago (2003). *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Buenos Aires, Editorial B de F, páginas 52–59; MUÑOZ Conde, Francisco (2001). *Introducción al Derecho Penal*. 2<sup>da</sup>, Buenos Aires, Editorial B de F, páginas 69–76; MEZGER, Edmund (1958). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., páginas 370–380; WELZEL, Hans (1956). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Roque Depalma Editor, páginas 233–240; SERRANO–PIEDecasas Fernández, José Ramón (1999). *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal*. Lima, Gráfica Horizonte S.A., páginas 60–75.

La posibilidad de compatibilizar el concepto de pena con la organización empresarial también ha constituido, sin duda uno de los mayores escollos a la hora de institucionalizar la responsabilidad penal empresarial<sup>32</sup>.

Como bien afirma Seelman<sup>33</sup>, si se pretende finalmente sancionar a la empresa misma, ésta tendría que tener capacidad de acción y culpabilidad; es decir, este es el presupuesto. En este sentido, para quienes defienden que las consecuencias accesorias son auténticas penas, han de presuponer que las personas jurídicas tienen capacidad de acción para infringir la norma jurídica penalmente tutelada, así como la capacidad de culpabilidad suficiente para generarles un reproche de carácter penal.

Contrario sensu, Bajo Fernández<sup>34</sup> es de opinión que si las consecuencias accesorias se consideran penas hay que renunciar al principio de culpabilidad y al de personalidad de las penas, principios de corte liberal que constituyen, según criterio dominante, un logro de la civilización moderna. Por otra parte, sería imprescindible revisar toda la dogmática jurídico penal en el orden al concepto de acción, culpabilidad, teoría de la pena, eximentes, participación, concurso, etc.

Creemos que uno de los principales críticos a la tesis que considera a las Consecuencias Accesorias como auténticas penas, en la doctrina española, es el profesor Gracia Martín<sup>35</sup>. Así, expresa que por mucho que las mismas (consecuencias accesorias) consistan en privaciones y restricciones de bienes jurídicos y derechos, por mucho que la competencia para su imposición se atribuya al juez penal, y por mucho que su imposición deba figurar en el fallo de la sentencia penal, pues debería estar fuera de discusión que estos datos carecen de valor para determinar la naturaleza jurídica de una institución<sup>36</sup>.

Al fundamentar su posición expresa que si a las consecuencias accesorias se les atribuyera la naturaleza de una pena, entonces deberían de quedar sometidas de inmediato al principio de culpabilidad, de modo que solo

---

<sup>32</sup> GÓMEZ-JARA Díez, Carlos (2010). *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El modelo constructivista de autoresponsabilidad penal empresarial*. Lima: ARA Editores, p. 50.

<sup>33</sup> SEELMAN, Kurt (2002). "Punibilidad de la empresa: Causas, paradojas y consecuencias". En: GARCÍA Cavero, Percy. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*. Lima, ARA Editores, página 46.

<sup>34</sup> BAJO Fernández, Miguel (1996). "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho administrativo español". En: MIR Puig, Santiago / LUZÓN Peña, Diego-Manuel. *Responsabilidad Penal de las empresas y sus órganos y Responsabilidad por el producto*. Barcelona, Editorial Boch, página 20 – 21.

<sup>35</sup> GRACIA Martín, Luis (2011). "Sobre la naturaleza jurídica de las llamadas Consecuencias Accesorias para Personas Jurídicas en el Derecho penal español". *Dogmática Penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann*. Lima, Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, páginas 159–188. Cfr. ZUGALDÍA Espinar, José Miguel (2005). Ob. cit., página 459. <<Para Zugaldía, en relación con la opinión de Gracia Martín, no le parece metodológicamente correcto preguntarse por la capacidad de acción y culpabilidad de las personas jurídicas partiendo de un concepto de acción y culpabilidad ya dado y exclusivamente válido para personas físicas>>.

<sup>36</sup> GRACIA Martín, Luis (2011). Ob. cit., página 162.

podrán ser impuestas a sujetos que hayan sido declarados culpables. Pero entonces en los hechos que no haya ningún culpable por el hecho realizado, el fin de estas consecuencias no podrá ser cumplido pese a la necesidad existente de que se cumpla en el mismo grado y medida que cuando hay un sujeto culpable<sup>37</sup>. Este argumento es válido en la medida que el sistema de imputación de responsabilidad siga el modelo Vicarial, pero no cuando está fundamentado en el modelo de Culpabilidad de Empresa.

Para este autor, estas medidas no tienen naturaleza ni carácter sancionadores, sino que se trata de medidas preventivas de carácter asegurativo de la comunidad social frente al peligro de utilización de la persona jurídica u organización para comisión de delitos por las personas físicas que actúan para ellas, peligro puesto de manifiesto por la previa comisión de un hecho delictivo a través de ella y por la deficiente organización de la misma. Aun cuando esté reguladas en el Código penal, sean la consecuencia de un delito, y su imposición corresponda a los jueces y tribunales de la jurisdicción penal, estas medidas pertenecen propiamente al Derecho administrativo<sup>38</sup>.

En la posición contraria, uno de los principales defensores en considerar a las Consecuencias Accesorias como penas, es el profesor Zugaldía Espinar. Su tesis se fundamenta en un análisis de exclusión. Así después de rechazar con fundamento que las consecuencias accesorias pueden ser consideradas instrumentos reparatorios civiles, sanciones administrativas, sanciones penales pertenecientes a un tercer género (indistintamente de las medidas de seguridad y penas) medidas preventivo–reafirmativas desprovistas de la naturaleza de sanción, medidas que privan a la persona física del instrumento peligroso que representa en sus manos la persona jurídica, por exclusión considera que son sanciones penales<sup>39</sup>.

En relación a la asimilación de las consecuencias accesorias con los instrumentos reparatorios civiles, afirma que no pueden considerarse que pertenezcan a esta clasificación en tanto no tienden a reequilibrar patrimonios. Es más, podría entender que la aplicación de una suspensión e incluso disolución no tendría como fin reparar económicamente el daño causado a la víctima.

Respecto a considerar a las consecuencias accesorias como sanciones administrativas, la carga argumentativa que desarrolla Zugaldía se enfoca en que estas están expresamente reguladas en el Código penal, se aplican por un juez penal, dentro de un proceso penal y tienen como fuente la comisión de un ilícito penal. Las consecuencias accesorias tampoco son consecuencias jurídicas preventivo-reafirmativas, desprovistas de toda

---

<sup>37</sup> GRACIA Martín, Luis (2011). Ob. cit., página 173.

<sup>38</sup> GRACIA Martín, Luis (2011). Ob. cit., página 179.

<sup>39</sup> Para una explicación más detallada, Vid. ZUGALDÍA Espinar, José Miguel (2005). Ob. cit., páginas 452–453.

naturaleza que implique considerarlas como sanción, porque en dicho caso -afirmar el citado autor- no cabría someterlas a las garantías constitucionales exigidas para el Derecho sancionador.

El argumento esbozado para rechazar la consideración de las consecuencias accesorias como sanciones que priven al sujeto individual del instrumento peligroso que representa las personas jurídicas, es que no podemos considerar a las personas jurídicas como un objeto porque tiene una personalidad propia y que las consecuencias accesorias no solo afectarían a la persona individual sino también a la persona jurídica.

Finalmente, en relación a las tesis que sostienen que las consecuencias accesorias pertenecen a un tercer género de sanción penal (distinto de las penas y de las medidas de seguridad), Zugaldía considera que no tiene sentido inventarse este tercer género cuando las consecuencias accesorias pueden incluirse en alguno de los dos géneros conocidos y aceptados por la legislación penal, es decir, penas o medidas de seguridad, aunque en realidad las entiende como auténticas penas.

Por ello es que manifiesta que si llamamos penas a las sanciones penales que tienen como presupuesto y límite el principio de culpabilidad (sancionan a los autores culpables) y llamamos medidas de seguridad a las sanciones penales limitadas por el principio de proporcionalidad (ya que operan en ausencia o disminución de la culpabilidad), las consecuencias accesorias del art. 129 Cp. constituyen auténticas penas ya que la sanción a una persona jurídica exige su propia acción (ya que las personas jurídicas tienen capacidad infractora de las normas) y su propia imputabilidad, reprochabilidad y culpabilidad<sup>40</sup>.

### **3. Las Consecuencias Accesorias como un nuevo y tercer tipo de Sanción Penal.**

Cuando nos referimos a que las consecuencias accesorias no son penas, tampoco medidas de seguridad, pero sí guardan relación con el derecho penal -en tanto a su naturaleza de sanción- estamos refiriéndonos a un Derecho penal de tres vías: penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias. En cambio, hablamos de un Derecho penal dualista cuando, junto a la pena, se aplican otras medidas de distinta naturaleza, a las que se llaman medidas de seguridad<sup>41</sup>.

Esta posición concibe a las consecuencias accesorias como medidas de carácter penal distintas a las penas y medidas de seguridad, el fundamento

---

<sup>40</sup> ZUGALDÍA Espinar, José Miguel (2005). Ob. cit., página 453.

<sup>41</sup> MUÑOZ Conde, Francisco (2001). *Introducción al Derecho Penal*. 2<sup>da</sup> Edición, Buenos Aires, Editorial B de F, p. 77.

de la imputación de la persona jurídica radica en la peligrosidad objetiva de esta.

Esta peligrosidad se puede definir como la probabilidad de comisión futura de hechos delictivos por determinadas personas, pero no en razón de su inclinación o predisposición subjetivas a la comisión de delitos, sino en virtud de su relación o contactos con ciertas cosas, objetos y situaciones objetivas, o en razón de su implicación y participación en la práctica de determinadas actividades<sup>42</sup>.

Si bien este criterio es similar al sostenido por las tesis que afirman que las consecuencias accesorias son medidas de seguridad, consideramos que la diferencia radica en que para quienes afirman las medidas de seguridad siguen el modelo vicarial, como lo explicamos al citar a Feijoo, mientras que esta nueva tesis atribuye un injusto directamente sobre la organización empresarial.

Para García Caveró<sup>43</sup>, las consecuencias accesorias se pueden sustentar con independencia de la posibilidad de aplicar penas a las personas jurídicas, pues su fundamento no radica en la falta de culpabilidad de la persona jurídica sino en la peligrosidad de su organización.

En conclusión, para el citado autor, en el sistema penal podrán coexistir penas a las personas jurídicas y consecuencias accesorias aplicables también a ellas, ya que se tratan de medidas de carácter preventivo que buscan eliminar la peligrosidad de la estructura social respecto de nuevos hechos delictivos<sup>44</sup>.

Por ello, la interpretación mayoritaria entiende que las consecuencias accesorias no son penas, pues no se sustentan en la culpabilidad de la persona jurídica por el hecho delictivo<sup>45</sup>. En lo que concierne a la estricta atribución de naturaleza penal a las consecuencias accesorias, la doctrina mayoritaria considera que aquella se funda en que las mismas, de igual modo que las penas y medidas de seguridad, no solo pueden tener un carácter represivo, sino sobre todo en que sirven a los fines de prevención, particularmente a los de prevención especial –y eventualmente a los de prevención general-<sup>46</sup>.

#### **4. Toma de Posición.**

---

<sup>42</sup> GRACIA Martín, Luis (2011). Ob. cit., 167.

<sup>43</sup> GARCÍA Caveró, Percy (2008). “Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas”. *La Persona Jurídica en el Derecho Penal*. Lima, Editorial Grijley, página 82. Cfr. <<Sin embargo, entendemos que la peligrosidad que afirma el autor puede llevarnos a la conclusión de admitir un derecho penal de autor y no de hecho delictivo>>.

<sup>44</sup> GARCÍA Caveró, Percy (2008). Ob. cit., página 79.

<sup>45</sup> GARCÍA Caveró, Percy (2008). Ob. cit., página 79.

<sup>46</sup> GRACIA Martín, Luis (2011). Ob. cit., página 167.

Tras exponer las principales tesis elaboradas respecto a la naturaleza jurídica que ostentan las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, es momento de establecer nuestra posición al respecto. Consideramos que, previamente a establecer la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias, debemos de analizar la responsabilidad o irresponsabilidad penal del ente colectivo que asumimos.

El tema de la irresponsabilidad penal de la persona jurídica y de su incapacidad para ser objeto de sanción penal, actualmente está siendo superado en el Derecho penal. Así, en gran parte de las legislaciones penales, tanto de América como de Europa se viene aceptando que el principio *Societas Delinquere Non Potest* ha sido superado.

En los Estados Unidos, por lo menos en la mayoría de sus jurisdicciones, la responsabilidad penal de las corporaciones es predicada por la doctrina del superior (*respondeat superior*), originada en el Derecho civil. De acuerdo a esta teoría, una corporación es responsable por los delitos de su empleado si el dependiente comete el delito dentro del ámbito de su empleo y con la intención de beneficiar a la corporación<sup>47</sup>. Esta forma de atribución de responsabilidad a la persona jurídica es asumida en los Países Bajos, en el artículo 51° del Código penal.

En Dinamarca, los mecanismos legales para imponer responsabilidad penal sobre las corporaciones y otras personas jurídicas – incluso comunidades y el Estado en sí mismo<sup>48</sup> ha sido reconocida desde hace más de setenta años.

En Bélgica e Italia<sup>49</sup> se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El sistema acogido es el Vicarial o de Transferencia de Responsabilidad. En este sentido, nada impide a las personas jurídicas accionar contra la persona física que lesionó la norma.

En Francia<sup>50</sup> a partir del Código Penal de 1994 se reconoce la responsabilidad directa del ente colectivo, bajo un número específico de delitos (*numerus clausus*).

En el ordenamiento jurídico-penal de Japón<sup>51</sup> se recoge la doctrina que establece la culpabilidad de la persona jurídica por la organización, base sobre la que se legitima la punibilidad de la empresa.

La legislación de Suiza<sup>52</sup> también acepta que la persona jurídica puede ser penalmente responsable. Así, se opta por un sistema de atribución de

---

<sup>47</sup> HEFENDEHL, Roland (2005). Ob. cit., páginas 425–426.

<sup>48</sup> HEFENDEHL, Roland (2005). Ob. cit., página 425.

<sup>49</sup> ZUGALDÍA Espinar, José Miguel (2005). Ob. cit., página 447.

<sup>50</sup> ZUGALDÍA Espinar, José Miguel (2005). Ob. cit., página 448.

<sup>51</sup> TIEDEMANN, Klaus (2009). Ob. cit., páginas 235.

responsabilidad directa y cumulativa, rechazándose los criterios de atribución subsidiarios (propios del sistema vicarial).

Finalmente, podemos mencionar que en la legislación de Austria, Estonia, Finlandia, Islandia, Irlanda, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia, Brasil (a nivel constitucional), Argentina, Chile, Cuba, Panamá, Venezuela, Honduras y México<sup>53</sup> se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Sobre la base de estas consideraciones podemos afirmar que la regulación establecida en el artículo 105° del Código penal unido a la interpretación llevada a cabo por la Corte Suprema de Justicia a través del Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 que está plenamente aceptado en nuestro ordenamiento jurídico la Responsabilidad Penal de la persona jurídica y que, prima facie, las consecuencias accesorias aplicables a estas tienen la calidad de sanciones penales de carácter especial.

En la doctrina se ha elaborado diversas teorías que intentan fundamentar la responsabilidad penal del ente colectivo a través de un injusto propio de la organización empresarial, mientras que otras atribuyen un injusto de resultado a la persona jurídica. En un excelente análisis crítico, Nieto<sup>54</sup> nos explica algunos modelos de imputación de responsabilidad penal al ente colectivo. Así tenemos, entre otros, los siguientes:

- a. Sistema Vicarial o de Transferencia de Responsabilidad<sup>55</sup>.- En virtud del sistema vicarial, la culpabilidad de la persona natural se transferirá a la persona jurídica. Es un mecanismo de transferencia de responsabilidad.

Este modelo implica, a nuestro criterio, negar capacidad a la persona jurídica de poder cometer un propio injusto penal. Así mismo, este modelo de imputación ha sido acogido implícitamente en el Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116, al establecer expresamente que el juez podrá imponer las consecuencias accesorias cuando haya verificado cuando menos, entre otros, que se ha condenado penalmente al autor físico y específico del delito. Asimismo, este parece haber sido el criterio asumido en la legislación española<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> ROBLES Planas, Ricardo (2006). “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la ley austriaca de las agrupaciones por hechos delictivos”. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN 1698-739X, N°. 2.

<sup>53</sup> Para una explicación más detallada, Vid. ZUGALDÍA Espinar, José Miguel. *La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas (Problemas generales y su tratamiento en el Derecho Penal Español tras la reforma operada por la L.O 5/2010, de 22 de junio)*. Universidad de Granada.

<sup>54</sup> NIETO Martín, Adán. “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Esquema de un Modelo de Responsabilidad Penal”. En: *Nueva doctrina penal*, ISSN 1850-9118, N°. 1, 2008 , páginas 125–159 .

<sup>55</sup> A favor del sistema vicarial se encuentra el profesor Zugaldía Espinar. Vid. ZUGALDÍA Espinar, José Miguel (2005). Ob. cit., página 456.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

- b. Sistema de Culpabilidad de Empresa.- Este sistema busca fundamentar la responsabilidad penal del ente colectivo a través de factores que tienen que ver con la propia corporación. Es decir, fundamento un injusto de la propia persona jurídica. Para los partidarios<sup>57</sup> de este sistema, a grandes rasgos, la persona jurídica tiene capacidad de acción y culpabilidad.
- c. El Sistema Mixto<sup>58</sup>.- Este sistema de imputación reúne los aspectos más importantes de los sistemas anteriores. Así, del sistema vicarial recoge la transferencia de responsabilidad y, posteriormente gradúa la pena a imponerse sobre la base del grado de culpabilidad de la empresa.

Los sistemas de imputación expuestos encierran, a grandes rasgos, las distintas teorías que se plantean al respecto de reconocer la responsabilidad penal del ente colectivo. Por ejemplo, para García Cavero<sup>59</sup>, la individualidad y la socialidad de la persona jurídica permiten atribuirle el estatus de ciudadano en sentido jurídico-penal, de manera que están en plena capacidad de realizar culpablemente hechos delictivos. Culpabilidad jurídico-penal en las personas jurídicas, o mejor dicho imputación personal, significa haber manifestado socialmente una autoorganización en infracción de los roles que socialmente les corresponde a las personas jurídicas por su participación en el tráfico económico patrimonial.

Una de las tesis más brillantes en este campo es la propuesta del profesor Gómez-Jara Díez. Su tesis tiene como fuente el constructivismo operativo, corriente epistemológica de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos<sup>60</sup>. Así, desde la perspectiva operativo-constructivista son varios los sistemas que gozan de una especial autorreferencialidad; en concreto, de la capacidad de reproducirse autopoieticamente (reproducirse a sí mismos partir de sus propios productos). Esta cualidad se observa tanto en la organización empresarial, como en el ser humano, como en el Derecho. En este sentido, la organización empresarial es un sistema social organizativo que se reproduce sobre la base de decisiones<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> Siguen el fin de este sistema, aunque con distinto fundamento, entre otros, los profesores Gómez Jara, García Cavero. Vid. GÓMEZ-JARA Díez, Carlos (2010). Ob. cit., página 40; GARCÍA Cavero, Percy (2008). Ob. cit., página 55.

<sup>58</sup> Este sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica es seguido, entre otros, por el profesor Nieto Martín. Vide. NIETO Martín, Adán. "La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Esquema de un Modelo de Responsabilidad Penal". En: *Nueva doctrina penal*, ISSN 1850-9118, Nº. 1, 2008 , páginas 125-159 .

<sup>59</sup> GARCÍA Cavero, Percy (2008). Ob. cit., página 55.

<sup>60</sup> GÓMEZ-JARA Díez, Carlos (2010). *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El modelo constructivista de autoresponsabilidad penal empresarial*. Lima, ARA Editores, página 22.

<sup>61</sup> GÓMEZ-JARA Díez, Carlos (2010). Ob. cit., página 24.

Su modelo constructivista de autorresponsabilidad empresarial también toma como base teórica a la ciudadanía empresarial. En este sentido, desarrolla un concepto de ciudadano corporativo fiel al derecho, en cuya vertiente formal se hace referencia a la empresa que debe institucionalizar una cultura empresarial de fidelidad al Derecho y en su vertiente material se hace referencia a la empresa que participa en los asuntos públicos; es decir, que ha tenido oportunidad de participar en la producción del sentido normativo y de esta manera cuestionar legítimamente dicha norma<sup>62</sup>.

Por ello, partiendo de ciertos postulados constructivistas y de determinadas posiciones de la teoría penal moderna se logra trasladar la cuestión de la capacidad de acción a la capacidad de organización, para terminar afirmando la capacidad de autoorganización de la empresa. Uno de los aportes de su tesis constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial es que construye un modelo de culpabilidad empresarial que, si bien no es idéntico al concepto de culpabilidad individual, sí resulta ser funcionalmente equivalente<sup>63</sup>.

Así, para Gómez-Jara Díez el modelo constructivista establece una estrecha relación entre los conceptos de culpabilidad y pena. En este sentido, la culpabilidad, tanto en el Derecho penal empresarial como en el Derecho penal individual, se fundamenta en una determinada concepción de la conocida prevención general positiva – en concreto: en la retribución comunicativa-. Así, de acuerdo a la teoría de la pena basada en la retribución comunicativa, la pena cumple la función de contribuir -en el sentido de aumentar la probabilidad de éxito de la comunicación- al restablecimiento comunicativo de la norma, derivándose como prestación el reforzar la fidelidad al Derecho<sup>64</sup>.

Finalmente, para otorgar mayor solidez a los postulados en cuales se basa su tesis, afirma que no se puede emplear la teoría de los sistemas sociales autopoieticos para fundamentar la cualidad autopoietica del sistema organizativo –organización empresarial- sin asumir que también el sistema psíquico –ser humano- goza de la misma autorreferencialidad. Básicamente con esta afirmación cuestiona la tesis elaborada por Schünemann en la medida que acepta los postulados de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos para las organizaciones empresariales, pero no para los sujetos<sup>65</sup>. Un punto cuestionable que encontramos en esta afirmación elaborada por Gómez-Jara Díez es que no la fundamenta. En este sentido, debemos indicar que no compartimos este extremo de su posición.

---

<sup>62</sup> GÓMEZ-JARA Díez, Carlos (2010). Ob. cit., 27 – 33.

<sup>63</sup> GÓMEZ-JARA Díez, Carlos (2010). Ob. cit., página 34.

<sup>64</sup> GÓMEZ-JARA Díez, Carlos (2010). Ob. cit., páginas 51–52.

<sup>65</sup> GÓMEZ-JARA Díez, Carlos (2010). Ob. cit., página 25.

La responsabilidad penal de las empresas también es asumida por Tiedemann<sup>66</sup>. Así nos dice que las personas jurídicas pueden ser plenas destinatarias de normas del Derecho penal, en tanto y en cuanto ellas puedan aportar aquello que es lo jurídicamente debido.

La posición que asumimos al respecto es la difundida por el profesor Günter Heine<sup>67</sup>, quien admite y fundamenta su sistema de responsabilidad penal empresarial. Y es que debemos entender que la persona jurídica una vez constituida es independiente de las personas naturales que la constituyeron; así como presenta y persigue fines propios que son distintos a los que pueden pretender cada uno de los accionistas, directores, gerentes y en general los miembros que conforman la empresa.

En la doctrina alemana, ha sido Günter Heine, quien de manera especialmente precisa y convincente ha tratado de fundamentar la responsabilidad penal de las empresas, a partir de la observación de la naturaleza de los entes colectivos y haciendo un paralelo con las categorías penales de la responsabilidad individual (“transposición análogo-funcional”). Así, la culpabilidad no constituiría en un reproche por una determinada decisión, o por un hecho concreto en un momento dado, sino por un desarrollo empresarial defectuoso que puede haber llevado muchos años en producirse (“culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial”). La acción reprochable consistiría entonces en un “management defectuoso” (la empresa como garante supervisor y poseedor de los conocimientos cualificados ha omitido medidas idóneas) de riesgos provenientes del ente colectivo. La realización concreta de este “peligro empresarial”, o sea la perturbación social como producto del management defectuoso del riesgo, o no sería más que una “condición objetiva de punibilidad”<sup>68</sup>.

En este sentido, llegamos a establecer dos conclusiones: primero, se reconoce la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica; segundo, los fundamentos de estas son distintos a la acción y culpabilidad desarrolladas para las personas individuales, toda vez que de ser tratar de hacerlos iguales entraríamos en un imposible jurídico y a la inmediata conclusión de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por esta consideración, se afirma que mientras que en el Derecho penal la ley ha previsto para, tras un proceso de subsunción, la conducta individual analizada encaje en un tipo penal determinado que describe aquella acción u omisión que, dolosa o culposamente, atenta contra determinado bien jurídico representado en un objeto determinado de la acción (vida, integridad corporal, patrimonio, etc.), en los entes colectivos ya no se trata

---

<sup>66</sup> TIEDEMANN, Klaus (2009). Ob. cit., páginas 233–234.

<sup>67</sup> HEINE, Günter (1996). “La responsabilidad penal de las empresas: Evolución internacional y consecuencias accesorias”. *Anuario de Derecho Penal*. Lima, Editorial Grijley, páginas 19 – 45.

<sup>68</sup> ABANTO Vásquez, Manuel (2011). Ob. cit., páginas 53 – 54.

de una “conducta” determinada, sino de un “desarrollo” que ha llevado a que exista una “organización” de la cual emanan conductas perjudiciales para bienes jurídicos. El reproche de la ley se tendrá que dirigir a tal “organización defectuosa” o “defectuosa administración de riesgos”, y el “daño” concreto de bienes jurídicos tendrá un lugar distinto dentro de la dogmática pertinente de este “Derecho sancionador de empresas”; p. ej. como “condición objetiva de punibilidad”<sup>69</sup>.

Podemos formularnos la siguiente interrogante: ¿Qué naturaleza jurídica ostentan las consecuencias accesorias?

Asumida una posición respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y demostrando que la imputación penal se realice directamente sobre estas y no sobre personas naturales, nuestra posición en relación a las consecuencias accesorias aplicables a estas es que son auténticas penas. En principio, hemos de partir de un concepto determinado de pena. Así entendemos a la pena como una consecuencia jurídica del delito, aplicada directamente por la violación a una disposición jurídico penal al lesionarse o ponerse en peligro un bien jurídico tutelado, impuesta únicamente por el juez penal y que consiste en la privación de bienes jurídicos al penado.

En primer lugar, porque las consecuencias accesorias son consecuencias jurídico penales aplicables tras constatarse la comisión de un delito. Este argumento refuerza aún más su naturaleza penal. En este sentido, debemos precisar que el tipo penal en específico debe precisar sobre qué delitos es aplicable una consecuencia accesoria; es decir, estamos bajo un sistema *numerus clausus*.

En segundo lugar, la aplicación de las consecuencias accesorias atiende a la culpabilidad de las empresas y no de las personas naturales, así como no son medidas accesorias sobre una pena aplicable a una persona natural. Por ello, se requiere que la empresa demuestre una defectuosa organización permanente, siendo indispensable que se genere una lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado por constituir una condición objetiva de punibilidad.

En tercer lugar, el único órgano competente para aplicar las consecuencias accesorias es el Poder Judicial, a través del juez penal. Conforme se desprende de la redacción del tipo legal del artículo 105° del Código penal, la aplicación de las consecuencias accesorias no es una atribución manifestada como posibilidad de aplicación, sino que constituye una obligación del juzgador penal al constatar el cumplimiento de los presupuestos formales y materiales para su aplicación<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> ABANTO Vásquez, Manuel (2011). Ob. cit., página 85.

<sup>70</sup> En este sentido, Vid. GARCÍA Cavero, Percy (2007). *Derecho Penal Económico. Parte General*. Tomo I. 2<sup>da</sup> Edición, Lima, Editorial Grijley, página 989.

En cuarto lugar, al aplicarse las consecuencias accesorias sobre las personas jurídicas se restringirán determinados bienes jurídicos de los que estas son titulares. Podría argumentarse en contrario que también se restringen bienes jurídicos de las personas naturales titulares de la empresa; sin embargo, no debemos olvidar que la empresa una vez constituida y operativa es independiente de sus titulares y que si bien al aplicarse determinadas penas sobre las empresas estas pueden tener efectos indirectos sobre sus titulares, este hecho también sucede en supuestos en que se aplica una pena a una persona natural, por cuanto los efectos negativos e indirectos inciden en sus familiares directos o en quienes dependen del penado; por tanto, el argumento en contra resultaría irrelevante. Esta afirmación es coherente con el reconocimiento constitucional de Derechos Fundamentales de las Personas Jurídicas.

En quinto lugar, las tesis que defienden que las consecuencias accesorias son medidas de seguridad toman como fuente a la incapacidad de culpabilidad de las personas jurídicas y la peligrosidad de esta; sin embargo, como afirma Zugaldía<sup>71</sup> no es correcto considerar a las consecuencias accesorias como sanciones que privan a la persona física del instrumento peligroso (peligrosidad objetiva de la cosa) que representa en sus manos la persona jurídica. Pues no es correcto considerar a la persona jurídica como un objeto (paralelo a la pistola con la que se mata) ya que tiene su propia personalidad.

Asimismo, no debemos de olvidar que este juicio de peligrosidad o prognosis en que se basan las medidas de seguridad son estrictamente individual (peligrosidad individual). En el mismo sentido, García Arán entiende que en cuanto a las medidas de seguridad es posible atender a la peligrosidad de la empresa, pero ello solo permite establecer una proximidad con los presupuestos de las medidas de seguridad, pero no equipararlas a las actualmente previstas en cuanto a su naturaleza, porque las medidas de seguridad son aplicables a los sujetos individuales que manifiestan una peligrosidad subjetiva basada en determinadas situaciones de inimputabilidad reguladas<sup>72</sup>. Además, rechazamos esta posición en tanto hemos establecido que las personas jurídicas tienen capacidad de acción y culpabilidad.

En sexto lugar, las tesis que defienden que las consecuencias accesorias son un nuevo y tercer tipo de sanción penal entienden que estas no se sustentan en la culpabilidad de estas, sino en la peligrosidad objetiva que representan o en la peligrosidad de su organización. Ya explicamos la

---

<sup>71</sup> ZUGALDÍA Espinar, José Miguel (2005). "La admisión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Un pilar básico del moderno Derecho penal Económico". *Nuevas Tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Lima, ARA Editores, pág. 452.

<sup>72</sup> GARCÍA Arán, Mercedes (2011). "Sanción a las personas jurídicas en el Código penal español y propuestas de reforma". *Dogmática Penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann*. Lima, Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, página135.

diferencia de este criterio con el sostenido por quienes argumentan a las consecuencias accesorias como medidas de seguridad. Rechazamos estas tesis por cuanto estaríamos haciendo referencia a un Derecho penal de autor y no de hecho delictivo y si bien es cierto que entre sus fines encontramos prevenir la continuidad de la actividad delictiva, esto no puede llegar a negar los principios básicos sobre los que se sustenta el Derecho penal. También rechazamos esta tesis por cuanto consideramos como condición objetiva de punibilidad la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, criterio que no se incluye esta tesis. Por tanto, las consecuencias accesorias se aplican sobre la base de la culpabilidad de la persona jurídica y son auténticas penas

Finalmente, es menester precisar que usualmente son las posiciones dogmáticas las que intentan explicar, adecuándose a un modelo de ordenamiento jurídico – penal orientado por la Política Criminal Estatal, la naturaleza de determinados institutos jurídicos, en este caso, de las Consecuencias Accesorias. Así, debemos precisar que nuestra posición, evidentemente normativa, es de *lege ferenda*, aunque nuestra Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 7-2009/CJ-116 afirme de *lege data* las consecuencias accesorias son sanciones penales de carácter especial.

#### **IV. Tipos de Consecuencias Accesorias aplicables en nuestro ordenamiento jurídico.**

En nuestro ordenamiento jurídico penal es a través del artículo 105° del Código penal que se establece los tipos de penas o consecuencias accesorias que se puede aplicar a una persona jurídica.

Previamente a exponer en qué consiste cada una de estas, debemos indicar que se pueden aplicar en forma individual o conjunta. Una vez que el juez penal haya decidido la consecuencia accesoria aplicable a la empresa, ordenará la intervención de esta a efectos de salvaguardar los derechos de los trabajadores y los acreedores. La orden de intervención será dirigida al órgano competente. Finalmente, en situaciones en que la empresa luego de la comisión del delito sea objeto de un cambio de razón social, personería jurídica o reorganización societaria, esta situación será irrelevante a efectos de la aplicación de la consecuencia accesoria por el delito cometido.

Es pertinente destacar que por su naturaleza sancionadora, la aplicación judicial de las consecuencias accesorias deben respetar las exigencias generales que derivan del principio de proporcionalidad concreta o de prohibición de exceso. Ello implica, pues, que excepcionalmente el Juez penal pueda decidir omitir la aplicación de tales sanciones a una persona jurídica cuando lo intrascendente del nivel de intervención o involucramiento

del ente colectivo en el hecho punible o en su facilitación o encubrimiento, hagan notoriamente desproporcionada su imposición<sup>73</sup>.

Finalmente, nuestra Corte Suprema estableció una serie de criterios a tener en consideración por el juez penal al momento de aplicar las consecuencias accesorias; criterios que valen la pena recoger:

- a. Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades directivas.
- b. La modalidad y motivación de la persona jurídica en el hecho punible.
- c. La gravedad del hecho punible realizado.
- d. La extensión del daño o peligro causado.
- e. El beneficio económico obtenido con el delito.
- f. La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible.
- g. La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.

### **1. La clausura de los locales o establecimientos de la persona jurídica.**

Esta es la primera medida que pueda adoptar el juez penal, que incide directamente sobre la empresa, en el extremo que afecta a sus locales o establecimientos que constituyen aquellos espacios físicos e inmuebles en los cuales la empresa sus actividades.

La clausura no podrá ser mayor a cinco años. Excepcionalmente podremos encontrar una clausura definitiva. Del texto legal del artículo 105° del Código penal no podemos encontrar un criterio que nos oriente a determinar cuando la clausura será temporal o definitiva. Consideramos que la aplicación de la clausura definitiva tiene que deberse a supuestos de gravedad. Asimismo, la elección de la clausura definitiva podría determinarse en función que la agrupación desarrolle actividades ilícitas desde el principio<sup>74</sup>, en donde el defecto de la organización se desarrolle muy rápido en relación al tiempo de su constitución. Esta afirmación no implica que esta consecuencia accesoria se aplique para aquellos casos donde la persona jurídica haya sido constituida exclusivamente para la comisión de delitos.

---

<sup>73</sup> Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116. "Las Personas Jurídicas y Consecuencias Accesorias". Fundamento jurídico 17°, página 6.

<sup>74</sup> BAJO Fernández, Miguel / BACIGALUPO, Silvina (2001). Ob. cit., página 168.

## **2. Disolución y liquidación de la persona jurídica, sea una Sociedad, Asociación, Fundación, Cooperativa o Comité.**

Esta podría ser catalogada como la sanción más grave que el juez penal puede aplicar y debe ser reservada exclusivamente a casos de extrema gravedad.

La disolución debe quedar reservada, entre otros casos, para aquellos donde la propia constitución, existencia y operatividad de la persona jurídica la conectan siempre con hechos punibles, situación que generalmente ocurre con las denominadas personas jurídicas de fachada o de papel. En estas empíricamente se ha detectado no un defecto de organización sino un evidente defecto de origen de la organización<sup>75</sup>.

## **3. La suspensión de actividades de la sociedad, fundación, cooperativa o comité.**

Esta es una sanción de carácter leve, por cuanto solo se procederá a suspender por un plazo relativamente a la persona jurídica, que en ningún caso podrá ser mayor a dos años.

El presupuesto para poder imponer la medida de suspensión de actividades es que la persona jurídica tenga aún una autorización para funcionar, pues si no la tiene, simplemente no le asistirá el derecho para poder realizar dichas actividades. En este sentido, la suspensión solamente se entiende en tanto la persona jurídica cuenta con la autorización legal de funcionamiento<sup>76</sup>.

El debate se debe centrar en torno a si se deben suspender todas las actividades que puede desarrollar la persona jurídica o solo alguna de ellas; es decir, si la suspensión debe ser total o parcial. A través del Acuerdo Plenario 7-2009/CJ-116 nuestra Corte Suprema nos brinda una posición coherente respecto a este problema. Así tenemos la suspensión total deberá justificarse por la absoluta naturaliza ilícita del quehacer ejercido por la persona jurídica<sup>77</sup>. Contrario sensu, cuando en el marco de sus actividades lícitas se realice, además, una o más actividades ilícitas, la suspensión deberá ser parcial.

---

<sup>75</sup> Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116. "Las Personas Jurídicas y Consecuencias Accesorias". Fundamento jurídico 15, B, página 5.

<sup>76</sup> GARCÍA Caveró, Percy (2008). Ob. cit., página 103.

<sup>77</sup> Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116. "Las Personas Jurídicas y Consecuencias Accesorias". Fundamento jurídico 15, C, página 5.

#### **4. La prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades de la misma clase de aquellas en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito.**

Esta sanción penal se aplica solo sobre determinadas actividades que realiza la persona jurídica, las cuales deber ser ilícitas. Podemos entenderla también como un supuesto de suspensión parcial de las actividades que describimos en el supuesto anterior, con la diferencia del carácter temporal que durará la sanción.

La prohibición puede ser de carácter temporal o definitivo. En caso sea temporal, el juez penal no puede disponer que sea mayor a cinco años.

Este tipo de consecuencia accesoria ha generado debate en la doctrina, toda vez que ha llevado a que algunos autores<sup>78</sup> la definan como una pena de inhabilitación<sup>79</sup>.

La posición asumida por nuestra Corte Suprema es que con esta sanción se afecta la operatividad posterior al delito del ente colectivo. Tiene, pues, un claro sentido de inhabilitación para su desempeño futuro<sup>80</sup>.

## **V. A modo de conclusión**

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es aceptada en nuestro ordenamiento jurídico penal. En este sentido, es posible entender que las personas jurídicas tienen capacidad de acción y culpabilidad.

Las personas jurídicas una vez constituidas y siendo actores en el mercado económico nacional, cobran existencia y relevancia por sí mismas y responden a fines propios, distintos de los fines e interés particulares de las personas naturales que puedan haberlas constituido.

El fundamento de la responsabilidad penal de las personas naturales y jurídicas no puede ser el mismo. Por tanto, el criterio de imputación a las personas jurídicas es la culpabilidad por la conducción de la actividad empresaria

---

<sup>78</sup> GARCÍA Cavero, Percy (2008). Ob. cit., página 104.

<sup>79</sup> BAJO Fernández, Miguel / BACIGALUPO, Silvina (2001). Ob. cit., página 170. Cfr. <<En este extremo el profesor Bajo Fernández encuentra un punto débil a su tesis que las consecuencias accesorias no son penas, pues la inhabilitación en sí misma es una pena. La salida que intentó dar es que se trata de un supuesto de un *lapsus scriptoribus* que el legislador tiene sobre el merecimiento de sanciones penales por parte de las personas jurídicas>>.

<sup>80</sup> Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116. “Las Personas Jurídicas y Consecuencias Accesorias”. Fundamento jurídico 15, C, páginas 5–6 .

De *lege ferenda* entendemos que por su estructura, presupuestos y aplicabilidad, las consecuencias accesorias son auténticas penas impuestas sobre las personas jurídicas y no sobre las personas naturales que las puedan representar.

Para la imposición de las consecuencias accesorias se debe respetar todas las garantías del debido proceso y la persona jurídica debe encontrarse representada en el Proceso Penal.