



**UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



TESIS:

**Sistema restrictivo de autoría en la responsabilidad penal de personas
jurídicas como garantía de un Estado Constitucional de Derecho – Perú**

Autor:

Bach. Bermeo Pérez, Osman Jimmy

Asesor:

Abg. Vargas Rodríguez, Cesar

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Fecha de sustentación: 18 de julio de 2023

LAMBAYEQUE, 2023

Tesis denominada “Sistema restrictivo de autoría en la responsabilidad penal de personas jurídicas como garantía de un Estado Constitucional de Derecho – Perú”,
presentada para optar el TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO, por:



Bach. Bermeo Pérez Osman Jimmy
Autor

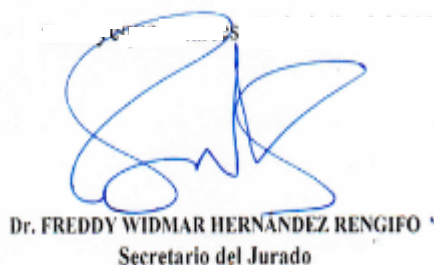


Abog. CÉSAR VARGAS RODRÍGUEZ
Asesor

APROBADO POR:



Abog. CARLOS MANUEL MARTÍNEZ OBLITAS
Presidente del Jurado



Dr. FREDDY WIDMAR HERNÁNDEZ RENGIFO
Secretario del Jurado



Dr. AMADOR MONDOÑEDO VALLE
Vocal del Jurado.

DEDICATORIA

A Dios.

A mis padres, esposa e hija.

AGRADECIMIENTO

*A mi alma mater,
por formarme para la vida profesional.*



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
UNIDAD DE INVESTIGACION



ACTA DE SUSTENTACIÓN
ACTA DE SUSTENTACIÓN PRESENCIAL N° 36-2023-UI-FDCP

Sustentación para optar el Título de ABOGADO de: **Osman Jimmy Bermeo Perez.**

Siendo las 12:00 m. del día martes 18 de julio del 2023 se reunieron vía Sala de sustentaciones de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo", los miembros del jurado evaluador de la tesis titulada: "**SISTEMA RESTRICTIVO DE AUTORÍA EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS COMO GARANTÍA DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO - PERÚ**", designados por Decreto N° 102-2020-VIRTUAL-UI-FDCP-UNPRG de fecha 12 de noviembre del 2020, con la finalidad Evaluar y Calificar la sustentación de la tesis antes mencionada, por parte de los Señores Catedráticos:

PRESIDENTE : Abog. **CARLOS MANUEL MARTÍNEZ OBLITAS.**
SECRETARIO : Dr. **FREDDY WIDMAR HERNÁNDEZ RENGIFO.**
VOCAL : Dr. **AMADOR MONDOÑEDO VALLE**

La tesis fue asesorada por Abog. CESAR VARGAS RODRÍGUEZ, nombrada por Decreto N°102-2020-VIRTUAL-UI-FDCP-UNPRG de fecha 12 de noviembre del 2020.

El acto de sustentación fue autorizado por Resolución N°304-2023-FDCP-VIRTUAL de fecha 07 de julio del 2023.

La tesis fue presentada y sustentada por el bachiller **Osman Jimmy Bermeo Perez** y tuvo una duración de 30 minutos. Después de la sustentación y absueltas las preguntas y observaciones de los miembros del jurado; se procedió a la calificación respectiva, obteniendo el siguiente resultado: **APROBADA con la nota de 17 (diecisiete) en la escala vigesimal, mención de BUENO.**

Por lo que queda APTO para obtener el Título Profesional de **ABOGADO**, de acuerdo con la Ley Universitaria 30220 y la normatividad vigente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, y la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Siendo las 13 :00.m., del mismo día, se da por concluido el acto académico tomando la juramentación respectiva y suscribiendo el Acta los miembros del jurado.

Abog. **CARLOS MANUEL MARTÍNEZ OBLITAS**
Presidente del Jurado

Lambayeque, martes 18 de julio del 2023

Dr. **FREDDY WIDMAR HERNANDEZ RENGIFO**
Secretario del Jurado

Dr. **AMADOR MONDOÑEDO VALLE**
Vocal del Jurado.

Certificación: *El Director de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, certifica la veracidad del contenido del Acta de sustentación de tesis Virtual N° 36-2023-UI-FDCP correspondiente a Osman Jimmy Bermeo Perez, evento que se ha realizado de manera presencial el día martes 18 de julio del 2023 y aparece registrada en el archivo correspondiente.*

Lambayeque, 20 de julio del 2023

UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA

Dr. Rafael Hernández Canelo
Director De La Unidad De Investigación

CONSTANCIA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS

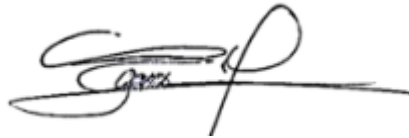
Yo, Abog. CESAR VARGAS RODRÍGUEZ, Docente/ Asesor de tesis/ Revisor del trabajo de investigación del bachiller en DERECHO Osman Jimmy Bermeo Perez, Titulada SISTEMA RESTRICTIVO DE AUTORÍA EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS COMO GARANTÍA DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO - PERÚ, luego de la revisión exhaustiva del documento constato que la misma tiene un índice de similitud de 14% verificable en el reporte de similitud del programa Turnitin.

El suscrito analizó dicho reporte y concluyó que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Lambayeque, 01 de marzo del 2023



Abog. CÉSAR VARGAS RODRÍGUEZ
D.N.I. 16484422
ASESOR



Bach. Osman Jimmy Bermeo Perez

DNI: 46035313

Autor

Sistema restrictivo de autoría en la responsabilidad penal de personas jurídicas como garantía de un Estado Constitucional De Derecho - Perú

INFORME DE ORIGINALIDAD

14%

INDICE DE SIMILITUD

12%

FUENTES DE INTERNET

8%

PUBLICACIONES

8%

TRABAJS DEL
ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	Submitted to Universidad Cesar Vallejo Trabajo del estudiante	5%
2	vsip.info Fuente de Internet	2%
3	repositorio.ucam.edu Fuente de Internet	1%
4	qdoc.tips Fuente de Internet	1%
5	www.tdx.cat Fuente de Internet	1%
6	www.educacion.gob.es Fuente de Internet	1%
7	Submitted to Universidad Internacional de la Rioja Trabajo del estudiante	1%
8	dokumen.pub Fuente de Internet	<1%


Abog. CÉSAR VARGAS RODRÍGUEZ
D.N.I. 26484422
ASESOR

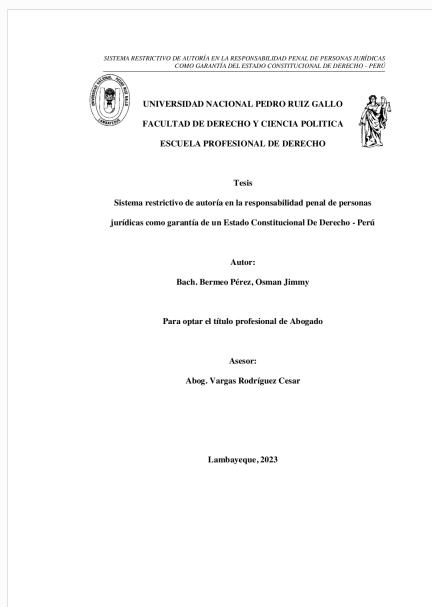


Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por Turnitin. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega: Osman Jimmy Bermeo Perez
Título del ejercicio: REVISION DE TESIS
Título de la entrega: Sistema restrictivo de autoría en la responsabilidad penal d...
Nombre del archivo: como_garant_a_de_un_Estado_Constitucional_De_Derecho_-_...
Tamaño del archivo: 1.58M
Total páginas: 316
Total de palabras: 84,377
Total de caracteres: 486,173
Fecha de entrega: 01-mar.-2023 08:34a. m. (UTC-0500)
Identificador de la entrega: 2026125460



Derechos de autor 2023 Turnitin. Todos los derechos reservados.


Abog. CÉSAR VARGAS RODRÍGUEZ
D.N.I. 26484422
ASESOR

INDICE

DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTO	4
RESUMEN.....	20
ABSTRAC	21
INTRODUCCIÓN	22
Capítulo I: Aspectos Metodológicos.....	25
1. Realidad Problemática	26
1.1. Planteamiento Del Problema.....	26
1.2. Formulación Del Problema	28
1.3. Justificación E Importancia del Problema	28
1.3.1. Justificación del estudio	28
1.3.2. Importancia del estudio	29
1.4. Objetivos	29
1.4.1. General	29
1.4.2. Específicos	29
1.5. Hipótesis.....	30
1.6. Variables	30
1.6.1. Variable independiente	30
1.6.2. Variable dependiente	30
1.7. Métodos, Técnicas E Instrumentos De Recolección De Datos..	30

1.7.1. Métodos	30
Métodos generales	30
El Método Inductivo.	30
El Método Deductivo.....	30
El Método Dialéctico	31
El Método Histórico	31
Métodos Específicos	31
El Método Estadístico.....	31
1.7.2. Técnicas	31
Documentales	31
1.7.3. Instrumentos.	31
Fichaje.....	31
Capítulo II: Estado Constitucional de Derecho Y Derecho Penal De Las Personas Físicas.....	32
Subcapítulo I: Estado Constitucional De Derecho.....	33
1. Introducción	33
2. Evolución.....	34
Edad Antigua.....	34
Edad Media.	35
Inglaterra.	36
Francia.....	37

Estados Unidos de Norteamérica..	38
Estado Liberal de Derecho.....	38
Estado Social de Derecho..	39
Estado Constitucional de Derecho..	39
3. Concepto	40
4. Características e Importancia.....	40
5. Relaciones con el Derecho Penal.....	41
Subcapítulo II: Principios Del Derecho Penal y Procesal Penal	43
1. Concepción	43
2. Principios Del Derecho Penal.....	43
Principio de Legalidad..	43
Principio de Ley Escrita (Scripta).....	43
Principio de Ley Previa (Praevia).....	44
Principio de Ley Cierta (Certa).....	44
Principio de Ley Estricta (Stricta).	44
Principio de Intervención Mínima.	45
Subsidiariedad.....	45
Fragmentariedad.	45
Principio De Lesividad.....	46
Principio De Proporcionalidad.....	47
Idoneidad.	48

Necesidad.....	49
Ponderación.	49
Finalmente, coincidimos con	50
Principio De Culpabilidad.....	50
Principio de Dolo o Culpa.	50
Principio de Imputación Personal	51
Principio de Responsabilidad por el Hecho.....	51
3. Principios Del Derecho Procesal penal	51
Principio de “Ne Bis In Ídem” o de Interdicción de la Persecución Múltiple.....	51
Principio de Presunción de Inocencia.	52
Derecho De Defensa.	54
Debido Proceso.	54
Subcapítulo III: Autoría y Participación en el Derecho Penal de las	
Personas Físicas.....	56
1. Funcionalismo moderado (teleológico-valorativo) de Claus Roxin y funcionalismo radical (normativo) de Günther Jakobs.....	56
2. Teoría del dominio del hecho	56
2.1. Autoría en los Delitos de Dominio	59
Autoría inmediata, directa o personal.	59
Autoría mediata.....	59

Concepto.	59
Clases.	60
Autoría mediata por aparatos organizados de poder.	61
Coautoría.	63
2.2. Autoría en los Delitos de Infracción del Deber	65
Teoría de infracción del deber.	65
Formas de autoría y participación.	66
2.3. Autoría en los delitos de omisión (dolosos)	67
2.4. Participación	68
2.4.1. Teorías que Fundamentan la Participación.	68
Teoría de la Participación en la Culpabilidad o de la Corrupción.	68
Teoría Pura de la Causación.....	69
Teoría de la Causación Orientada a la Accesoriedad.....	69
Teoría de la Participación como Ataque Accesorio al Bien Jurídico.	70
2.4.2. Principios Elementales	70
Principio de Convergencia.	70
Principio de Accesoriedad.	70
Principio de Exterioridad.	70
Principio de Incomunicabilidad.	71

2.4.3. Instigación.....	71
2.4.4. Complicidad.....	72
3. Teoría normativa de la participación.....	73
Noción.....	73
Autoría en los delitos de dominio (acción) y de infracción del deber... ..	75
Capítulo III: Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas.....	80
Subcapítulo I: Teorías Sobre La responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas.....	81
1. Introducción.....	81
2. La “Responsabilidad Penal” de las Personas Jurídicas en el Perú:	83
2.1. Las consecuencias accesorias.....	83
2.1.1. Naturaleza	83
Como sanciones penales.	83
Como sanciones administrativas.....	85
2.2. Régimen de la Ley N° 30424 – Responsabilidad administrativa propia de las personas jurídicas	85
3. La Persona Jurídica Como Sujeto de Derecho Penal	86
3.1. Introducción.	86
3.2. Evolución Histórica.....	87

Roma-Glosadores-Canónicos-Post Glosadores.	87
Teoría de la Ficción.	89
Flexibilización de la teoría de la ficción jurídica.....	90
Teoría de los derechos sin sujetos.	90
Teoría del ilícito objetivo.....	91
Teoría orgánica y adecuaciones.....	91
Teoría pura del Derecho.	92
4. Ámbito de Aplicación de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas	93
4.1. Conceptos previos	93
4.2. Ámbito de aplicación.	94
Personas jurídicas de Derecho privado.....	95
Asociaciones y Fundaciones.....	95
Organizaciones No Gubernamentales.....	96
Comités no inscritos.	96
Sociedades irregulares.	96
Entidades que administran patrimonios autónomos.	96
Empresas del Estado o sociedades de economía mixta.	97
5. Teoría del Delito.....	98
5.1. Introducción.	98
5.2. Modelos de responsabilidad penal	99

5.2.1. Modelo de heterorresponsabilidad.....	99
5.2.2. Modelo de autorresponsabilidad.....	100
5.2.2.1. Acción.....	102
5.2.2.2. Injusto.	106
Tipo objetivo: Imputación objetiva.	108
Tipo subjetivo: Dolo e imprudencia.	110
5.2.2.3. Culpabilidad.....	113
5.2.3. Modelo mixto.....	114
6. Normativa Nacional y Comparada	116
Proyecto del Nuevo Código Penal del Perú:	116
Ley N° 30424 y modificatorias:	117
Código Penal de España:.....	119
7. Catálogo de Delitos	125
Capítulo IV: Autoría Y Participación En La Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas En La Dogmática Penal Y Jurisprudencia Nacional Y Extranjera	128
1. Introducción	129
2. Grupos Empresariales	131
2.1. Nociones.....	131
2.2. Caracteres.....	133
Subordinación o Control.	133

Unidad de Propósito y Dirección.	134
2.3. Tipología	134
2.4. Grupos Económicos que Operan en Perú	135
2.4.1. Intercorp Perú.....	135
2.4.2. Romero.....	136
2.4.3. Falabella	137
2.4.4. Beca.	137
2.4.5. BBVA Perú	138
2.4.6. AENZA	138
2.4.7. Cencosud.....	138
2.4.8. Aje Perú.....	138
2.5. Estructura	139
2.6. Otras Agrupaciones Empresariales	139
3. Sistemas de Autoría	140
3.1. Introducción	140
3.2. Concepto Unitario de Autor	141
3.3. Concepto Extensivo de Autor (‘Interpretación Extensiva de los Preceptos Penales’)	144
3.4.. Concepto Restrictivo de Autor (‘Interpretación Restrictiva de los Preceptos Penales’)	147
3.5. Casuística y Accesoriedad	149

4. Desarrollos Dogmáticos Sobre Autoría y Participación de las Personas Jurídicas.....	158
4.1. Gómez-Jara Diez: Teoría Normativa de la Autoría y Participación	159
4.2. Teoría de Manuel Gómez Tomillo: “Teoría del Dominio del Hecho” (Delitos de Acción) y “Posición de Garante” (Delitos de Omisión)	163
4.3. Gunter Heine: Teoría del Dominio Funcional-Sistémico de la Organización	167
4.4. Teoría de la participación.....	167
4.5. Teoría del tipo penal especial.....	169
4.6. El Derecho Estadounidense	170
5. Jurisprudencia: Extranjera (España, EE.UU. e Italia) y Nacional	171
5.1. Primer Grupo de Casos:	171
5.1.1. Jurisprudencia estadounidense.....	171
Casos: “préstamos pequeños” (Commonwealth versus Beneficial Finance Company, Household Finance Corporation, Liberty Loan Corporation, Local Finance Corporation y otros)	171
5.1.2. Jurisprudencia italiana.....	175
Caso: “Incendio en la planta de producción de acero TKAST, Turín - Italia” (Casación Penal N° 38343, Secciones Unidas, 18 de septiembre de 2014)	175

5.1.3. Jurisprudencia española	177
Caso 1 (C1): Estafa (SAP 558-2018 – STS 36-2022)	177
CASO 2 (C2): Estafa (STS 183-2021)	179
Caso 3 (C3): Estafa procesal (STS 165-2020).....	181
5.1.4. Jurisprudencia peruana.....	182
Caso 4 (C4): Homicidio, lesiones graves y otro (Caso “Utopía”) ...	182
Caso 5 (C5): Interceptación telefónica, violación de la correspondencia y asociación ilícita para delinquir (Caso “Business Track”)	185
5.2. Segundo grupo de casos: Delitos especial y de tendencia unitaria.	187
5.2.1. Jurisprudencia española: Delitos especiales	188
Caso 1 (C1a): Estafa continuada – empresas Anés (STS 742/2018 – SAP 141-2017).....	188
Caso 2 (C2a): Defraudación tributaria – empresas Lito (STS 123/2019 – SAP 29/2021).....	190
Caso 3 (C3a): contra la Seguridad Social (STS 833-2021)	192
5.2.2. Jurisprudencia peruana: Delitos especiales.....	193
Caso 4 (C4a): Peculado, corrupción activa y asociación ilícita para delinquir (Caso “Canal 4”).....	193
5.2.3. Jurisprudencia española: Delitos de tendencia unitaria	195

Caso 5 (C5a): Tráfico ilícito de drogas (STS 154/2016 -TID) y	
Blanqueo de capitales (SAN 29/2016 – STS 583/2017).....	195
Caso 6 (C6a): Blanqueo de capitales (STS 483-2020)	199
5.3. Tercer grupo de casos: Grupos empresariales y afines	201
5.3.1. Jurisprudencia estadounidense	201
Casos “préstamos pequeños” (Commonwealth versus Beneficial Finance Company, Household Finance Corporation, Liberty Loan Corporation, Local Finance Corporation y otros)	201
Caso “Monopolio” (EE.UU vs. Corporación Johns-Manville, Keasbey & Mattison Company y otros).....	202
5.3.2. Jurisprudencia italiana.....	203
Caso “Incendio en la planta de producción de acero TKAST, Turín – Italia” (Casación Penal N° 38343., Secciones Unidas, 18 de septiembre de 2014)	203
Caso “Manipulación del mercado bursátil italiano - Unipol” (Casación Penal N° 4324, Sección 5, 29 de enero de 2013)	205
Caso “Corrupción en el sector salud italiano” (Casación Penal, Sección 5, 20 de junio de 2011, n. 24583)	206
Caso “Estafa contra el Estado italiano” (Casación N° 52316, sección segunda, 27 septiembre 2016 - 9 diciembre 2016)	208
5.3.3. Jurisprudencia peruana.....	210

Caso “Club de la construcción” (Odebrecht, Graña y Montero y otros)	210
6. Análisis.....	212
6.1. Introducción	212
6.2. Sujeto de Imputación y Régimen Especial: Persona jurídica, Sociedades “Unipersonales” y Sociedades Pantalla e Instrumentales 222	
6.3. Comportamiento Delictivo y Delito Imputable a la Persona Jurídica: Acción u Omisión, Dolo o Imprudencia, Unidad de Delito o Ruptura	228
6.4. Relaciones de Autoría y Participación	234
6.4.1. Delitos comunes	234
Adecuación de la Teoría del dominio del hecho.	234
Adecuación de la Teoría normativa de la participación.	236
Teoría del Dominio Funcional-Sistémico de la Organización (Gunter Heine).	239
Teorías de la participación.	240
Postura del Tribunal Supremo Español.	241
6.4.2. Coautoría, delitos especiales y delitos de tendencia unitaria	243
Coautoría:	243
Delitos especiales.....	247
Delitos de tendencia unitaria.	251

6.4.3. Participación en estricto sentido y tentativa.....	253
6.4.4. Delitos culposos y participación	255
6.4.5. Delitos cometidos en el marco de grupos empresariales	256
Responsabilidad de la matriz en EE.UU.....	256
Responsabilidad de la matriz en Italia.	259
Responsabilidad de la persona jurídica en los grupos empresariales en Perú.	260
6.4.6. Comentario al Proyecto de Ley N° 676-2021 – modificatoria de la Ley N° 30424	264
Capítulo V: Análisis Y Resultados	269
Jurisprudencia Española.....	270
Jurisprudencia Italiana	271
Jurisprudencia Estadounidense	272
Jurisprudencia Peruana	272
Comparación: Semejanzas y Diferencias	274
Capítulo VI: Contrastación De Hipótesis - El sistema Restrictivo De Autoría En La Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas Como Garantía De Un Estado Constitucional De Derecho - Perú	276
CConclusiones	293
Conclusión General.....	293
Conclusiones Específicas	293

*SISTEMA RESTRICTIVO DE AUTORÍA EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS
COMO GARANTÍA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO - PERÚ*

Recomendaciones.....296

Referencias Bibliográficas297

RESUMEN

Mediante el presente trabajo de investigación se llevó a cabo un estudio sobre la autoría y participación en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su adecuación a un modelo de Estado Constitucional de Derecho, propósito para el cual se ha acudido a la dogmática penal y en especial a la jurisprudencia nacional y extranjera desarrollada sobre la materia, utilizando para ello diversos métodos (inductivo, deductivo, analítico, sintético, dialéctico y comparativo, entre otros); motivado por el escaso desarrollo que sobre la materia de autoría y participación se tiene hoy en día en el concreto ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en comparación al marco legal, jurisprudencial y dogmático penal al existente para las personas físicas que ya cuenta con un anclaje más desarrollado y estable; investigación científica en la cual se ha arribado a la conclusión conforme a la cual resulta preferible adoptar un concepto restrictivo de autoría en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas porque cautela mejor los principios del Derecho penal propios del modelo de Estado Constitucional de Derecho, en contraste con un concepto unitario de autoría; tal y como lo veremos en el presente trabajo de investigación.

PALABRAS CLAVE: Persona jurídica, grupo empresarial, delito, modelo teórico de imputación, modelo de cumplimiento preventivo, sistemas de autoría, Estado Constitucional de Derecho, principios de Derecho Penal, Common Law, Civil Law.

ABSTRAC

Through the present research work, a study was carried out on the authorship and participation in the framework of the criminal responsibility of legal persons and its adaptation to a model of the Constitutional State of Law, purpose for which dogmatics have been used. criminal and especially the national and foreign jurisprudence developed on the matter, using various methods (inductive, deductive, analytical, synthetic, dialectical and comparative, among others); Motivated by the scant development on the matter of authorship and participation that exists today in the specific field of criminal liability of legal persons, compared to the legal, jurisprudential and dogmatic criminal framework that exists for natural persons that already counts with a more developed and stable anchorage; scientific investigation in which the conclusion has been reached according to which it is preferable to adopt a restrictive concept of authorship in the field of criminal liability of legal persons because it better protects the principles of criminal law typical of the model of Constitutional State of Law , in contrast to a unitary concept of authorship; as we will see in this research work.

KEY WORDS: legal person, business group, crime, theoretical imputation model, compliance, authorship systems, Constitutional State of Law, principles of Criminal Law, Common Law, Civil Law.

INTRODUCCIÓN

La autoría y participación delictiva es uno de las categorías más importantes de la teoría general del delito, de ineludible tratamiento en cualquier ordenamiento jurídico, cuya dogmatización ha sido producto de constantes discusiones académicas y jurisdiccionales, y por lo demás, perdurable en hasta nuestros tiempos. Esa polémica ha tenido ocasión desde la definición del sistema de autoría, restrictivo o unitario, que se debe adoptar, como de las concretas teorías que deberían regir, tales como la teoría del dominio del hecho, la teoría normativa de la participación, entre otras, y en lo que nosotros consideramos necesario, la adaptación de dichos criterios al modelo de Estado Constitucional de Derecho.

Alternamente al fenómeno del delito de la persona física, desde hace varios siglos en algunos ordenamientos jurídicos (EE.UU, Inglaterra) y en otros recientemente (España, Perú) se ha venido desarrollando otro fenómeno, el ‘delito de la persona jurídica’, a cuya admisión general le han seguido importantes objeciones dogmáticas, pero que sin embargo no han sido óbice para que diversas legislaciones extranjeras incorporen la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la imposición de la consiguientes sanciones penales, y que ha motivado el esfuerzo de la doctrina y jurisprudencia para la configuración de una teoría del delito propia de las personas jurídicas, aunque el mismo aún se encuentre inconcluso.

En ese contexto, surge como inevitable abordar la problemática de la determinación de los criterios de autoría y participación en el marco, ahora, de la responsabilidad de las personas jurídicas; temática que adolece y suma mayores

objeciones para la adopción de este tipo de responsabilidad penal por el escaso desarrollo dogmático y la abierta arbitrariedad que a ello acompaña; allí la justificación e importancia de la presente investigación.

Por ello, guiados por la misma iniciativa y esfuerzo ya realizados en el presente trabajo de investigación hemos realizado un estudio dogmático y jurisprudencial que aporte espacios de claridad en la tarea ya emprendida cuya premisa básica es la adopción de un sistema restrictivo de autoría en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como garantía de un modelo de Estado constitucional de Derecho en contraposición al sistema unitario de autoría; utilizando diversos métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos, con especial atención _además de los métodos deductivo, inductivo, analítico, sintético, entre otros_, en el uso de la muestra jurisprudencial y método estadístico, todo ello en el marco de una investigación científico-jurídica de tipo teórico-explicativa.

Las principales teorías que ha servido de base para fundamentar y desarrollar un concreto sistema de autoría en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas son, por un lado, la teoría del dominio de hecho (Roxin) y la teoría normativa de la participación (Jakobs), con las adecuaciones respectivas, por el otro, la teoría de la participación en estricto sentido, entre otras postulaciones dogmáticas.

En ese sentido, hemos dividido la presente investigación en cuatro capítulos. El primero enfocado en la aprehensión de la noción del modelo de Estado Constitucional de Derecho en el marco del Derecho penal y las teorías predominantes que definen los criterios de autoría en la intervención delictiva de

las personas físicas. En segundo buscará dar a conocer el estado actual de cosas dogmático sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, acotando la regulación actual sobre la materia en España y Perú.

El tercer capítulo incidirá directamente y básicamente en el análisis jurisprudencial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y concretamente los criterios de autoría que viene asumiendo el Tribunal Supremo español, en relación a la jurisprudencia nacional, estadounidense e italiana. Como cuarto capítulo, finalmente, realizamos un análisis dialéctico de los resultados obtenidos en el capítulo precedente en torno a los sistemas de autoría en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Como consecuencia de la investigación jurídica llevada cabo hemos arribado a la conclusión de que la adopción de un sistema restrictivo de autoría en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas funge como una mayor garantía del modelo de Estado constitucional de Derecho en contraposición al sistema unitario de autoría, la cual se corresponde con la hipótesis formulada en el presente estudio.

Capítulo I:

Aspectos Metodológicos

1. Realidad Problemática

1.1. Planteamiento Del Problema

Previamente, cabe señalar que en el mundo rigen, principalmente, dos sistemas jurídicos, el *common law* y el *civil law*, en el primero el ordenamiento jurídico encuentra su fuente fundamental en la costumbre (jurisprudencia), el segundo en la ley (escrita); el Perú pertenece al segundo sistema, y en esa medida, se sujeta principalmente a la norma jurídica escrita, característica que se acentúa mucho más en el Derecho Punitivo; consecuentemente, se puede concluir que en nuestro país las personas jurídicas no son sujetos pasibles de atribuírseles delitos, pues no existe norma expresa alguna que les prescriba imputación de responsabilidad penal, opción legislativa de larga data que encuentra asidero, principalmente, en la doctrina de la ficción.

Sin embargo, dicha opción legislativa no soluciona el problema, solo lo posterga, pues si bien el Perú no admite expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, prescribe en cambio la figura de las “*medidas o consecuencias accesorias*” (art. 105 del Código Penal y Ley especial N° 30424), que si bien no están incluidas en el catálogo de penas _comprende solamente las penas privativa y restrictiva de libertad, limitativa de derechos y multa_, no faltan razones para ser catalogadas como verdaderas sanciones *penales*, como lo hace un sector doctrinario; situación que nos indica de una realidad jurídica peruana que admite tácitamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas pero despojada de las garantías penales propias de un Estado Constitucional de Derecho.

Este estado incierto de cosas ha llevado a que países como España, Chile, etc., modifiquen su legislación y admitan la responsabilidad penal de las personas jurídicas; el Perú no fue ajeno a esta tendencia legislativa internacional, pues en el Proyecto del Nuevo Código Penal de 2017 ya se contemplaba dicho cambio legislativo, no obstante que aquél no llegó a concretarse, y sin embargo, creemos que ello nos da cuenta de un futuro mediano en la que la responsabilidad penal de las personas jurídicas sea incorporada expresa y definitivamente.

Ahora bien, en cualesquiera de los dos escenarios descritos, un Estado Constitucional de Derecho debe procurar que el *ius puniendi* sea aplicado con estricto respeto de las garantías mínimas, por lo que sea con la actual legislación o con su reforma, es tarea del operador jurídico discernir la aplicación más racional de la norma jurídico-penal al caso concreto, para el nuestro, de aquellas que sancionan a los entes colectivos; ésta es la finalidad de la *dogmática* y dentro de éste ámbito se enmarca la naturaleza de la presente investigación.

En efecto, no es objeto de este trabajo de investigación la reforma sobre legislación de la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas en el Perú, sino, la contribución dogmática para una teoría general del delito aplicable a dichos entes que se encuentre revestida de las garantías mínimas de un Estado Constitucional de Derecho. Sin embargo, dada la amplitud de la temática, la presente investigación se concentrará en el ámbito de la intervención delictiva o también llamada teoría de la autoría y participación.

La dogmática penal ha desarrollado dos sistemas de autoría para solucionar los problemas de imputación en la teoría del delito de las personas naturales, el unitario y el restrictivo o diferenciador. El primero nos informa que

todos los sujetos intervinientes en el delito responden como autores, el segundo, como autores y partícipes. Pero ¿cuál debe regir en la responsabilidad penal de las personas jurídicas? ¿El sistema unitario? ¿El restrictivo o diferenciador?

Más allá de las direcciones dogmáticas que se puedan tomar, consideramos que en uno u otro caso deben observarse siempre los principios del Derecho penal propios de un Estado constitucional de Derecho como el principio de legalidad, mínima intervención, lesividad, proporcionalidad, etc. Sin embargo, no se trata de un mero traslado a la responsabilidad de las personas jurídicas de los postulados aplicados a la persona natural, pues la especial naturaleza de estas entidades presentan nuevos problemas de imputación que intentamos abarcar mediante la presente investigación, propios de la globalización económica reinante en la actualidad y en las que se desarrollan activamente las personas jurídicas, cuyo desarrollo científico es de mucha necesidad.

1.2. Formulación Del Problema

¿Cuál es el sistema de autoría aplicable a la responsabilidad penal de personas jurídicas que mejor garantiza la observancia de los principios del Derecho penal propios de un Estado Constitucional de Derecho?

1.3. Justificación E Importancia del Problema

1.3.1. Justificación del estudio

Determinar el sistema de autoría aplicable a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se constituye en una investigación científica de mucha necesidad dada la precariedad del desarrollo doctrinario y jurisprudencial del tópico, situación que resulta contraproducente en el marco de una tendencia legislativa que admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Es inadmisibile atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas a cualquier costo, máxime si nuestro país se enmarca en un Estado Constitucional de Derecho, que nos informa de un conjunto de principios del Derecho penal que dirigen y limitan la intervención punitiva estatal ¿Cómo deben responder las personas jurídicas que intervienen en la comisión de un delito? ¿Siempre como autoras? ¿Cómo autoras o partícipes, según el caso? Allí la necesidad de investigar.

1.3.2. Importancia del estudio

Determinar el sistema de autoría aplicable a la responsabilidad penal de las personas jurídicas es importante para contribuir en la construcción de una teoría del delito propia, independiente de la aplicable a las personas naturales, pero siempre respetuosa de los principios del Derecho penal propios de un Estado Constitucional de Derecho.

1.4. Objetivos

1.4.1. General

Determinar si la aplicación del sistema restrictivo de autoría a la responsabilidad penal de personas jurídicas garantiza la observancia de los principios del Derecho penal propios de un Estado Constitucional de Derecho.

1.4.2. Específicos

- Analizar los principios del Derecho penal propios de un Estado Constitucional de Derecho.
- Explicar la aplicación del sistema restrictivo de autoría a la responsabilidad penal de personas jurídicas bajo la luz de los principios del Derecho penal.

1.5. Hipótesis

La aplicación del sistema restrictivo de autoría a la responsabilidad penal de personas jurídicas garantiza la observancia de los principios del Derecho penal propios de un Estado Constitucional de Derecho; debido que salvaguarda de mejor manera los principios de legalidad, proporcionalidad, lesividad, entre otros.

1.6. Variables

1.6.1. Variable independiente

Aplicación del sistema restrictivo de autoría a la responsabilidad penal de personas jurídicas.

1.6.2. Variable dependiente

Observancia de los principios del Derecho penal propios de un Estado Constitucional de Derecho.

1.7. Métodos, Técnicas E Instrumentos De Recolección De Datos

1.7.1. Métodos

Métodos generales

El Método Inductivo. Será utilizado, entre otros casos, para extraer principios que fijen las relaciones de autoría y participación de las personas jurídicas intervinientes en el delito, a partir del análisis de casos concretos extraídos de la jurisprudencia.

El Método Deductivo

Será utilizado, entre otros casos, para extraer conclusiones a partir del análisis de los principios que rigen las relaciones de autoría y participación en el delito.

El Método Dialéctico

Será utilizado, entre otros supuestos, para extraer conclusiones a partir de la contrastación de postulados antitéticos, necesario en un área como el Derecho, como por ejemplo, en la contrastación de los principios que rigen, por un lado, el sistema restrictivo de autoría y el sistema unitario, por el otro.

El Método Histórico

Será aplicado, entre otros casos, para desarrollar la evolución de diversos conceptos relacionados con el tema de investigación, como de las nociones de Estado Constitucional de Derecho, persona jurídica y autoría.

Métodos Específicos

El Método Estadístico

Será utilizado dar a conocer la jurisprudencia nacional y extranjera desarrollada sobre la materia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y en concreto de la autoría y participación.

1.7.2. Técnicas

Documentales

Se utilizará fuentes de información tales como libros, revistas académicas, artículos, etc.

1.7.3. Instrumentos.

Fichaje

Durante el proceso de recopilación de información se hará uso de fichas, las cuales nos permitirán registrar información valiosa que será posteriormente incorporada al trabajo de investigación.

Capítulo II

Estado Constitucional de Derecho Y Derecho

Penal De Las Personas Físicas

Subcapítulo I: Estado Constitucional De Derecho

1. Introducción

El Derecho sancionador es una facultad exclusiva del Estado, pero su ejercicio tiene límites; esto es axiomático. Estos límites se han ido configurando hasta formar un núcleo duro irrenunciable, cuyo reconocimiento es inherente al modelo de Estado Constitucional de Derecho. Sin embargo, esta sola mención no es suficiente para entender dicho modelo y la magnitud de su importancia. Sino que para ello resulta inclusive necesario avocarnos al estudio histórico de lo que hoy conocemos con la denominación Estado, y a la par, del Derecho mismo.

En efecto, el Estado, como hoy lo conocemos, es una creación histórica a la que le precedieron otros tipos de organización; representa el momento culminante y mejor acabado del concepto organización (Rubio, 2001, p. 43), “la claridad y delimitación de sus respectivas conceptualizaciones, así como, su racional armonización, le dan un rasgo distintivo” (García Toma, 2008, p. 51).

En efecto, exponemos con naturalidad y sin cuestionamiento la existencia del Estado, vivimos en él aceptando sus reglas, sin embargo, no debemos olvidar que esa espontánea aceptación, hoy, no es a cualquier clase de Estado, sino a un Estado Constitucional de Derecho, conquista incalculable e irrenunciable alcanzada por nuestros pueblos durante siglos de existencia, por lo que dichas reglas (Derecho) deben sujetarse a los cánones esenciales que rigen nuestra sociedad, a las cuales queda vinculado el actuar del Estado (Rubio, 2001, p. 21).

Como veremos a continuación, para entender la magnitud de tal conquista, tendremos que descender desde la edad contemporánea hasta la moderna, también a la edad media, e inclusive a la edad antigua; cuyo estudio permitirá comprender

lo que hoy se conoce como Estado Constitucional de Derecho, y porque debe ser histórica y jurídicamente materia de ratificación en nuestras actuales sociedades.

2. Evolución

Edad Antigua. La edad antigua comprende desde el nacimiento de la escritura, 4,000 años antes de Cristo, y culmina en el año 476 después de Cristo. Sin embargo, las organizaciones políticas que precedieron al Estado se remontan inclusive un siglo antes (año 3,000 antes de Cristo) a Egipto (García Toma, 2008, p. 44).

En esta etapa de la historia no existió aún el Estado que hoy conocemos, lo que existió fueron ‘gobiernos’. En estos predominaba la figura del gobernante antes que del gobierno mismo, por lo que éste se ajustaba a las cualidades de aquél, como también las reglas (“Derecho”) que lo regían (Rubio, 2001, pp. 21-22). Gobernantes de este prototipo de gobiernos los encontramos en las figuras de Ciro en Persia, Teseo en Atenas y Rómulo en Roma, y el propio Moisés en Israel (Maquiavelo, 2010, p. 58-66), o también en la figura del faraón Menes o Ramsés en Egipto (García Toma, 2008, p. 44).

Aunado a ello, además de la figura sobresaliente del gobernante, los gobiernos de la época carecían de una noción de unificación. Rubio (2001) con fluida claridad lo explica así:

(...) por el Evangelio sabemos que a Cristo no lo juzga Pilatos (representante del gobierno romano); lo juzgan las autoridades judías. Esto demuestra que aun cuando Palestina era territorio sometido a Roma, la metrópoli tenía reglas según las cuales solo se ocupaba de juzgar

determinados aspectos de la vida social, dejando otros al libre albedrío de cada pueblo. (p. 22)

Así, si bien el poder de los gobernantes se extendía a extensos territorios, fácticamente solo se trataba del gobierno de ciudades (ciudades-estado), polis¹, pues las personas que habitaban en sus lejanías (ciudadanos originarios o subyugados), salvo aspectos específicos, se regían por su propio Derecho consuetudinario (Rubio, 2001, p. 22).

Ello se puede explicar si tenemos en cuenta que los ciudadanos de ese entonces carecían de un sentimiento nacionalista, cuya influencia en la configuración de los actuales Estados, como lo veremos más adelante, será trascendental (García Toma, 2008, p. 45), lo que explica además porque a pesar del enorme desarrollo alcanzado por los “Estados” antiguos como Roma, Egipto y Atenas, entre otros, no llegaron a ser Estado en el sentido actual (Rubio, M. 2001, p. 23).

Edad Media. La edad media o medioevo, explica Rubio (2001, pp. 23-24), inicia en el siglo V después de Cristo (año 476), con la caída del Imperio Romano de Occidente, y termina en el siglo XV después de Cristo, con el arribo de Cristóbal Colón a América (año 1492); época cumbre del feudalismo y que mantuvo la organización incipiente de su predecesora, tanto respecto a los territorios dominados por los señores feudales como el de los reyes, el derecho consuetudinario perduró en la vida de los vasallos, la horizontalidad predominó en los segundos (*primo inter paris*); estado de cosas que graficaba una disipación del poder que redundaba en menores posibilidades para organizarlo como lo hace

¹ Se definen como “área geográfica, social y cultural en el que se desenvolvía la vida de los griegos” (García Toma, 2008, p.45).

el Estado de hoy (García Toma, 2008, p. 47).

Sin embargo, y no obstante la reproducción de la desarticulación de su predecesora, el arraigo en la conciencia de los pueblos de su propia identidad (cultural, económica, etc.) genera su progresiva trascendencia en naciones, y pronto en Estados, para lo cual sin embargo serán necesarios otros acontecimientos (Rubio, 2001, p. 23).

Inglaterra. La noción de nación se comienza a vivir en Inglaterra a finales de la edad media, más específicamente en el siglo XIII (año 1200 después de Cristo), que se extenderá en los siglos sucesivos, y que se reflejará pronto en la formación del Estado inglés, a la par de contribuir a la historia misma.

Así, Inglaterra en el año 1215 abraza uno de los más importantes derechos humanos: el derecho a la libertad. Por éste:

“Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y por ley del reino” (cláusula 39 de la Carta Magna de 1215, del Rey Juan Sin Tierra). (Machicado, 2008, p. 2)

Precepto que viene a sustentar el reconocimiento del “principio de protección y defensa de las libertades” atribuyéndosele el origen de la garantía constitucional de habeas corpus (Rubio, 2001, pp. 25-26).

A mayor abundamiento, la integración inglesa pasaría también por la instauración de la asamblea legislativa o parlamento (Poder legislativo de hoy) durante los siglos XIII al XVII, como también de un ente ejecutivo complejo

(Poder ejecutivo hoy), que sin renunciar a su modelo monárquico, mantiene la figura del rey y a la vez incorpora un cuerpo colegiado que asume proactivamente tanto las acciones ejecutivas de gobierno y la consecuente y exclusiva responsabilidad que conlleva, un Jefe de Estado y un gabinete ministerial, respectivamente como sucede en el Perú, pero con un Jefe de Estado representada en la figura del Presidente de la República; quedando configurado el gobierno inglés como una monarquía constitucional (Rubio, 2001, pp. 25-26).

Francia. Explica Rubio (2001, pp. 27-28), Francia fue otro de aquellos pueblos que aportaron decididamente al Estado actual, cuyo conato, en medio del régimen monárquico absolutista del siglo XVII, se encontró en las ideas iluministas, principalmente, del filósofo Montesquieu (Charles Louis de Secondat, señor de la Brède) y del también filósofo Juan Jacobo Rosseau. El primero lo hizo a través de su obra “El espíritu de las leyes” (1748), que instauró el principio de separación de poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), tan difundido hoy; filósofo a quien además se le atribuye la acuñación del vocablo Estado (García Toma, 2008, p. 47).

Contemporáneamente a Montesquieu, Rosseau aportó la idea de democracia representativa en el “El contrato social” (1750). Comprende que el soberano es el pueblo y su consecuente voluntad la ley, pues ésta voluntad es la de todos los miembros del pueblo en mayoría; cuya representación, según Manuel José, Conde de Sieyes, recaería en la Asamblea Nacional (tercer Estado) elegida por el propio pueblo mediante voto universal, donándola así de facultad legislativa, así lo explica en su obra “¿Qué es el tercer Estado?” (1789), que se perpetúa primeramente en el texto legal denominado Declaración de los derechos

del hombre y del ciudadano (1789), con carácter vinculante para el Estado francés, y que constituye la precursora de las posteriores declaraciones de derechos humanos; ideas liberales que darían pie al término del régimen absolutista con el inicio de la revolución francesa (Rubio, 2001, p. 27-30).

Estados Unidos de Norteamérica. Los Estados Unidos de Norteamérica, precursor de la forma republicana de gobierno, por su parte, innovó y constituyó como jefe máximo a la figura del Presidente de la República, y ulteriormente, aportará al mundo el mecanismo del control constitucional de las leyes (Rubio, 2001, p. 31).

Estado Liberal de Derecho. El siglo XIII, como se ha visto, marcó un hito histórico en la evolución de nuestro Estado de hoy, pues empieza a consolidarse el Estado liberal y todos sus valores y principios, pero que sin embargo no contó tampoco con la noción actual de Derecho. Será recién en el siglo XIX cuando ese Estado se convierta en un Estado liberal de Derecho, uno donde se centraliza la creación, sistematización y control del Derecho en manos del Estado, como se hizo mediante el Código Civil francés de 1804, Código Napoleónico (Rubio, 2001, pp. 32-34); estado de cosas en el cual el Estado, en el marco de ideas liberales, queda sujeto al imperio de la ley (Derecho), de allí su denominación, en contraposición al aforismo antiguo *“princes solutus legisbus”* (sujeción de la ley al monarca) (García Toma, 2008, pp. 147 y 149).

Este Estado liberal de Derecho, al cual empieza a llamársele de Policía, deja a los ciudadanos la decisión de ser los únicos artífices de su fortuna restringiendo su intervención al aseguramiento de las mínimas garantías de libertad e igualdad a través de su Poder ejecutivo (Rubio, 2001, pp. 31-35).

Estado Social de Derecho. En el siglo XX el Estado liberal de Derecho muta en un modelo de Estado Social de Derecho, uno que se preocupa por el bienestar de sus ciudadanos, pues advierte que la riqueza no está distribuida a todos por igual, y en su intención de uniformizarla, busca atender sus necesidades básicas, que hoy sin embargo se funda más bien en el reconocimiento del más eminente rol del Estado: la defensa de la dignidad humana de la persona. En otras palabras, un Estado promotor de justicia social². Proactividad que por lo demás vino a consolidar el monopolio estatal de la creación del Derecho, esta vez a través del Poder ejecutivo a través de normas principalmente administrativas; a las que se sumará la generada por el Poder Judicial (jurisprudencia) (Rubio, 2001, p. 35).

Estado Constitucional de Derecho. A partir del siglo XX el Derecho continúa su sistematización, y en ese proceso, las Constituciones asumen la dirección, a la luz de los valores y principios que se ganaron a lo largo de la historia, tanto respecto a la estructura del Estado como a los derechos fundamentales, que la erige en norma suprema y permite la transición de un Estado social de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho (Rubio, 2001, pp. 36-37), que representa al supremacía del principio de constitucionalidad en detrimento del principio de legalidad como expresión del imperio de ley (García Toma, 2008, p.152).

Como se ha podido observar, el estado de cosas actual es el resultado de un complejo y largo proceso histórico. La gama de derechos con que contamos y

² García Toma (2008) representa esa justicia social en la generación de igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos, en contra de la “irracionalidad individualista burguesa y el totalitarismo populista del fascismo”. (pp. 163-165)

que hoy nos parece natural, en la antigüedad y edad media ello no era así, recién a finales de ésta y de forma progresiva e incipiente empiezan a ser reconocidos, protegidos y defendidos. El conocimiento de este proceso es vital, pues contextualiza la exigibilidad actual de la salvaguarda de los derechos fundamentales y garantías de salvaguarda, y nos recuerda que tenemos la obligación de defenderlos y protegerlos frente a todos, inclusive, ante el propio Estado y la sociedad.

3. Concepto

Con el conocimiento precedente desarrollado podemos ensayar una definición de Estado Constitucional de Derecho, al que podemos concebir como aquel *Estado vinculado por el principio de supremacía constitucional, sujeto a los valores y principios que dimanen de la norma fundamental y suprema que es la Constitución Política de cada Estado.*

4. Características e Importancia

García Toma (2008), expresa que las características del modelo de Estado Constitucional de Derecho son las siguientes: i) la vinculación al “imperio del ordenamiento jurídico”; ii) la distribución de poder entre los órganos competentes; y, iii) el núcleo duro de derechos fundamentales y sus garantías (pp. 153-588).

En efecto, fluye en primer lugar de este modelo, el carácter vinculante del ordenamiento jurídico instaurado, el cual alcanza a todos: a ciudadanos, a la sociedad en su conjunto y al propio Estado, y sobre todo a éste, pues es su fuente y ejecutor, momentos en los que se encuentra obligado a hacer prevalecer los principios y valores constitucionales. Asimismo, se caracteriza por una

distribución tripartita del poder: legislativo, ejecutivo y judicial, cada cual con sus competencias, sin perjuicio de los demás órganos que también se instauran y que redundan en el bien común (órganos constitucionales autónomos, etc.). Y finalmente, como aspecto sustancial, los derechos fundamentales de los miembros de la sociedad, atributos que les son inherentes, y que cada ciudadano respecto al otro, la sociedad y Estado, están obligados a proteger y defender.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Peruano³ explica en el mismo sentido los caracteres de este modelo de Estado, manifestando que éste exige dejar de concebir a la Constitución como una “mera norma política”, para ser considerada también y sobre todo como “norma jurídica” suprema, cuyos principios y valores constituyen un todo armónico que sientan las bases de las esferas de actuación del Estado, la sociedad y los ciudadanos; de allí su importancia.

5. Relaciones con el Derecho Penal

Como hemos visto precedentemente, la relación entre Estado y Derecho es hoy natural; esa misma relación podemos enmarcarla entre el Estado y el Derecho penal, la cual, en un modelo de Estado Constitucional de Derecho, se sujeta a los valores y principios constitucionales que rigen el ejercicio del poder punitivo del Estado, que se constituyen en límites de dicho derecho, tanto en la etapa de criminalización primaria (creación de la ley penal) como la secundaria (su aplicación), y también la terciaria (ejecución de la pena)⁴. En esos tres momentos, el Estado está vinculado a los valores y principios constitucionales en

³ Puede verse esta posición en los expedientes N° 0030-2005-AI/TC, 5854-2005-AI/TC, 2502-2005-HC/TC.

⁴ Ver Expediente N° 010-2002-AI/TC.

materia de ejercicio del poder sancionador; su vulneración convierte a dicho ejercicio en arbitrario.

Por lo tanto, el Estado, sobre todo aquellos partícipes del modelo de Estado Constitucional de Derecho como es el peruano, no puede renunciar al núcleo duro y fundamental del Derecho sancionador que está representado por los principios del Derecho Penal y Procesal Penal sin hacerlo también a todo el proceso histórico; todo lo contrario, tiene la obligación de salvaguardarlo.

Como explica el Tribunal Constitucional⁵, los derechos fundamentales tienen eficacia vertical y horizontal, pues su vinculación se extiende tanto entre ciudadanos como frente al ejercicio del poder del Estado y la propia sociedad, constituyen pues derechos subjetivos públicos e instituciones objetivas valorativas, valores supremos que los vinculan frente al ciudadano; concepción que se extiende naturalmente a los principios de Derecho penal y procesal penal, que revisaremos a continuación, con especial mención de aquellos que inciden en materia de autoría y participación.

⁵ Ver Expedientes N° 976-2001-AA/TC y N° 4223-2006-PA/TC.

Subcapítulo II: Principios Del Derecho Penal y Procesal Penal

1. Concepción

Los principios del Derecho penal, procesal y de ejecución Penal son valores que guían la interpretación y aplicación de la norma penal por parte del Estado, y que se presentan como límites ha dicho ejercicio punitivo, afirmando de esa manera la concepción del modelo de Estado Constitucional de Derecho.

2. Principios Del Derecho Penal

Principio de Legalidad. El principio de legalidad tiene su origen en el aforismo “*nullum crimen, nulla poena, sine lege*”, formulado y desarrollado por el jurista Feuerbach (Mir, 1998, p. 75), con fundamento en las ideas del Estado liberal (ilustración)⁶, aunque otros pretendan encontrarlo en la Carta Magna del Rey Jun Sin Tierra de 1215 (Jescheck, 1981, p. 177); cuyo objeto es “evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva” (Roxin, 1997, p. 137), como también respecto a la ejecución de la pena (Peña, 2011, p. 193).

Este principio es un límite innato del Estado de Derecho (Villavicencio, 2017, p. 89), insoslayable e irrenunciable, cuyo contenido desprende tres manifestaciones⁷. Veamos:

Principio de Ley Escrita (Scripta). Según esta manifestación del principio de legalidad el delito o pena a imputar o imponer debe estar sancionado expresamente en una norma jurídica con rango de ley, lo que implica no solo la

⁶ Son de la misma opinión los juristas García-Pablos De Molina, Muñoz Conde, Mir Puig, entre otros.

⁷ Ver: STC 0010-2002-AI/TC; Expediente N° 2050-2002-AA/TC; N° 2192-2004-AA/TC; N° 535-2009-AA/TC; N° 1469-2011-HC/TC; 00197-2010-PA/TC; N. ° 2289-2005-PHC/TC.

necesidad de la existencia de una ley penal (escrita) concreta sino que además haya sido emitida por la autoridad competente (reserva de ley).

Principio de Ley Previa (Praevia). Por este sub principio la ley penal es de aplicación inmediata, no es retroactiva, consecuentemente, se aplica a hechos acaecidos desde su vigencia, no pudiendo aplicarse a hechos anteriores, salvo aquella que favorezca al imputado o penado.

Principio de Ley Cierta (Certa). También llamado *principio de taxatividad o tipicidad*, con el cual se exige al legislador, explica el Tribunal Constitucional⁸, que los tipos penales, faltas, infracciones y cualquier tipo de prohibición que contenga sanciones, tenga una redacción accesible objetivamente a cualquier ciudadano de formación básica de tal manera que le sea posible comprender lo que es materia de prohibición con apercibimiento de sanción. Principio que como veremos oportunamente reviste especial trascendencia en la determinación del concepto de autoría a seguir en el marco de la intervención delictiva.

Principio de Ley Estricta (Stricta). Para comprender los alcances de este sub principio debe partirse por diferenciar entre la interpretación analógica y la analogía como método de integración, prohibidas por regla general para imputar delitos o imponer penas, salvo que favorezca al imputado o penado. Así, se prohíbe la analogía porque aquella permitiría crear nuevos tipos penales vía integración normativa; asimismo, se prohíbe la interpretación analógica porque

⁸ Ver Expediente N° 2192-2004-AA/TC.

ésta aumentaría los supuestos de hecho en que el delito o pena resultaría aplicable según el tenor de la norma jurídica⁹.

Como se advierte, sería impensable un Estado desprovisto del principio de legalidad, pues pondría a los ciudadanos a merced de la arbitrariedad estatal, un Derecho sancionador desprovisto de seguridad jurídica.

Principio de Intervención Mínima. El Derecho penal es el medio de control social más gravoso que tiene el Estado para regular una conducta determinada, de allí que su utilización deba ser subsidiaria y fragmentaria, lo cual es coherente con el Estado Constitucional de Derecho porque la facultad sancionatoria solo legitima al Estado intervenir sobre los derechos fundamentales bajo ciertos cánones, más allá de los cuales pierden legitimidad.

Subsidiariedad. El principio de intervención mínima del Derecho Penal se manifiesta, primeramente, a través del principio de subsidiariedad. García-Pablos (2009), explica que el Derecho penal es subsidiario, de ultima ratio, pues “Deberá preferirse (...) ante todo la utilización de medios de carácter no sancionatorio, como una adecuada política social” (pp. 512-513), como lo son las demás ramas del ordenamiento jurídico, civil, laboral, administrativo, etc. Solo como última medida debe acudir al Derecho penal, no así cuando sean eficaces aquellas otras medidas extrapenales.

Fragmentariedad. De forma complementaria, el principio de intervención mínima implica entender que el Derecho Penal es fragmentario. Muñoz (2000), explica que:

⁹ Ver Expediente N° 010-2002-AI/TC.

(...) no todas las acciones que atacan bienes jurídicos son prohibidas por el Derecho penal, ni tampoco todos los bienes jurídicos son protegidos por él. El Derecho penal se limita a castigar únicamente a las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes, de ahí su carácter fragmentario. (p. 88)

En conclusión, el Derecho penal solo puede intervenir cuando sea necesario ante la ineficacia de los demás mecanismos extrapenales (subsidiariedad), y siempre frente a ataques graves contra bienes jurídicos esenciales (fragmentariedad); cuestión que también permite una mejor configuración del concepto de autoría.

Principio De Lesividad. La intervención del Derecho penal solo se legitima cuando tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos, y siempre y únicamente frente a ataques que los pongan en peligro o los lesionen, y en ese sentido, el principio de lesividad permite concretizar el sentido y aplicación del principio de intervención mínima, y por tanto también respecto al concepto de autor; no obstante que pesan sobre esta tesis sendos cuestionamientos respecto a la vaguedad de su concepto, como lo explica Roxin (1997, p. 70).

Sin perjuicio de ello, podemos decir con Muñoz (2000), que bienes jurídicos son “presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad” (p. 65), lo cual es una expresión de la dignidad de la persona humana considerada individualmente como un ser con fines valiosos y por tanto defendibles y materia de protección por el Estado y la sociedad, y todos y cada uno los miembros que la integran (Alzamora. 1984, p. 20); consideración que también pone de manifiesto el modelo de Estado Constitucional de Derecho,

pues defiende y protege los derechos fundamentales y garantías mínimas del ciudadano.

Así, los individuos no podrían alcanzar sus metas si no se garantizan los bienes o elementos vitales de su existencia, como lo son la vida, integridad física, la propiedad, etc., presupuestos elementales de la dignidad humana. Concepción que sin embargo se relativiza ante ciertas construcciones dogmáticas del Derecho Penal que minimizan dicho aspecto a un nivel secundario, como se verá más adelante.

Principio De Proporcionalidad. Consideramos que el principio de proporcionalidad, como lo explica el jurista peruano Peña (2011), como se citó en Villavicencio (2017), extiende su influencia en los tres niveles de criminalización, pues:

(...) está dirigido al ejercicio del poder penal tanto del Poder Legislativo como del Poder Judicial. Con relación al primero, éste debe establecer penas proporcionadas, en abstracto, a la gravedad del delito (primaria); y con relación al segundo, las penas que impongan los jueces al autor han de ser proporcionadas a la correcta gravedad de éste (secundaria). (p. 117)

Complementariamente, el Tribunal constitucional explica que el principio de proporcionalidad se entiende inclusive a “la determinación administrativa-penitenciaria de la pena (terciaria)”¹⁰.

¹⁰ Expediente N° 010-2002-AI/TC. Comparten esta determinación el jurista español García-Pablos De Molina y el peruano García Caverro, quienes consideran que el principio de proporcionalidad no se agota en la imposición de la pena (*pena concreta*), sino que también alcanza al legislador en la configuración legislativos de tipos penal y penas.

Este principio ha sido ampliamente desarrollado por el Tribunal Constitucional¹¹ cuya contrapartida está en el principio de proscripción de la arbitrariedad, entendida ésta como como reverso de la justicia y el derecho, en sentido genérico, y como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base para toda decisión, aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo, en sentido concreto, cuya observancia exige, a criterio de órgano constitucional de control supremo, la aplicación de un triple test:

Idoneidad. Exige el análisis de una relación de causalidad idónea o adecuada entre el medio adoptado y el fin perseguido; donde el medio es la concreta forma en que se manifiesta la intervención (v.gr., la intromisión en un derecho determinado), el objetivo es ese “estado de cosas o situación jurídica que se quiere crear o conformar” con la intromisión antedicha, y la finalidad es la búsqueda de la operatividad de un derecho determinado, y que determina a la vez la justificación normativa del objetivo perseguido.

Así, se conforma un análisis de relación Medio-Objetivo, que analiza la legitimidad del objetivo en sí que se pretende alcanzar, pues solo así podrá examinarse a la vez la idoneidad del medio adoptado. Es decir, cuáles son las razones que fundamentan la necesidad de crear un estado de cosas o situación jurídica determinado; y si verificada su legitimidad, con la adopción del medio se logra tal objetivo. Asimismo, un análisis de la relación Objetivo-Finalidad, que analiza si el medio adoptado puede ser el idóneo para alcanzar el objetivo perseguido, pero éste además debe permitir la operatividad de un derecho

¹¹ Ver los expedientes N° 00535-2009 AA/TC, N° 045-2004-PI/TC, N° 579-2008-PA/TC, N° 0731-2004-HC/TC.

determinado que se constituye en el velo que recubre de fundamento normativo a la legitimidad del objetivo en sí.

Necesidad. En segundo lugar, el test de proporcionalidad exige el análisis de una relación de comparación de medios, entre el medio adoptado y el o los otros medios alternativos e hipotéticos que también pueden adoptarse en reemplazo del primero para alcanzar el fin propuesto. Pero aquí también se exige el examen de dos sub fases, debiendo precisarse que tal análisis se realiza solo en relación al objetivo del medio adoptado no con la finalidad del mismo, pues de lo que se trata es de evaluar que medio otorga mejores condiciones de existencia al derecho objeto de intromisión, determinar los medios alternativos descubrir aquel o aquellos otros medios que también resultan idóneos, y además, realizar la exclusión de intervención o en menor grado, comparando los efectos de los medios, los producidos por el medio ya optado y los hipotéticos _el medio alternativo será más idóneo si su adopción no genera intervención en el derecho constitucional que sí ha afectado el medio ya adoptado, y, si ambos per se suponen una intervención en el derecho, el medio alternativo aún será el más idóneo si el grado o nivel de intervención es de menor intensidad.

Ponderación. Por último, se debe examinar la ponderación entre los principios en juego, para cuyo efecto se tendrá en cuenta el criterio de ponderación según el cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”, es decir, debe existir una relación mínimamente equivalente entre el fin alcanzado y la afectación del derecho desmedrado.

Sin embargo, la operatividad per se de este principio puede dar lugar a entender que siempre será proporcional una medida que respete la equivalencia de ventajas-beneficios y desventajas-cosos, hasta el punto de llegar a eliminar un derecho determinado. Es por ello que el Tribunal constitucional ha concluido que ninguna evaluación de costo-beneficio puede dar lugar al trastocamiento del contenido esencial de un derecho determinado.

Finalmente, coincidimos con DE LA MATA (2007) cuando extiende el alcance de este principio más allá de la idea de ‘pena’, si bien vinculado a ella, en el sentido que el principio de proporcionalidad no solamente se restringe a la teoría de la pena (presupuestos de la pena y de su individualización), sino que también debe aplicarse a la teoría del delito en sí en cuanto ello lo suponga. Así, sería igualmente aplicable a las categorías de dolo e imprudencia, entre otras, y en cuanto al presente trabajo de investigación, a la categoría de la autoría y participación, siempre y cuando se relacione la diferenciación con la distinta pena que se debe imponer a autor y partícipe (p. 177). Especial noción del principio de proporcionalidad que por tanto también contiene importancia para la definición del concepto de autoría, como lo explicaremos más adelante.

Principio De Culpabilidad.

Principio de Dolo o Culpa. Este principio, llamado también de proscripción de la responsabilidad objetiva o por el resultado, o principio de responsabilidad subjetiva, explica Villavicencio (2017), implica afirmar que “quien quiso la causa quiso el resultado” (p. 112), es decir, que éste debe ser consecuencia de un actuar doloso o culposo del autor de hecho ilícito,

desvaneciéndose la culpabilidad cuando se comprueba que el hecho es consecuencia del caso fortuito.

Principio de Imputación Personal. Este principio, también llamado de autorresponsabilidad o responsabilidad personal, nos informa una cuestión vital, con el cual, a decir de Villavicencio, F. (2017), “se limita la responsabilidad a los autores y a los que participaron en él” (p. 113), esto es, queda proscrita la responsabilidad por el hecho de otro (ajeno), la culpabilidad se afirma únicamente frente a un hecho propio.

Principio de Responsabilidad por el Hecho. Finalmente, el Derecho penal interviene frente a hechos o actos delictivos, es un Derecho penal de acto, lo que descarta la culpabilidad por los pensamientos como por la vida del autor, y, además, en cierta medida, evoca una incipiente idea de proporcionalidad, así lo explica Villavicencio (2017, pp. 113-114).

3. Principios Del Derecho Procesal penal

Principio de “Ne Bis In Ídem” o de Interdicción de la Persecución Múltiple. El Tribunal Constitucional¹² y la Corte Suprema de Justicia¹³ se han ocupado en varias oportunidades del análisis del principio materia de comento, “Ne bis in ídem (”No dos veces por lo mismo”), que se puede definir de dos formas: nadie puede ser castigado dos veces por el mismo hecho”, es decir, no es posible imponer dos sanciones a un mismo sujeto por la misma infracción (expresión material), y a la vez, “nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos”; dualidad que puede advertirse sea porque se trate de procedimientos de igual (dos procedimientos penales o dos procedimientos

¹² Ver expedientes N° 2050-2002-AA/TC, N° 03425-2010-H/TC.

¹³ Ver Resolución vinculante N° 2090-2005, acuerdo plenario N° 1-2007/ESV-22.

administrativos) o diferente (un procedimiento administrativo y otro penal) naturaleza.

Asimismo, la legitimidad de toda decisión exige, entre otros presupuestos, que la misma haya sido expedida por el funcionario competente según ley. En ese sentido, el principio en estudio deberá presuponer que la sanción, que se haya impuesto y que pretende alegarse a efectos de hacerlo valer, haya sido expedida por funcionario competente en el momento de su imposición; pues de no ser así, no habrá afectación de tal principio, pues tal decisión precedente adolecerá de nulidad.

Finalmente, para la concreción de este principio se exigen tres requisitos, por un lado, la identidad de sujetos _solo en relación a una situación y persona en concreto, nunca en abstracto; la identidad de hechos, base sobre la que se erige la imputación, indistintamente de que al hecho se le propongan calificaciones penales alternativas; y, finalmente, identidad del bien jurídico protegido, y de ser el caso, tanto en el derecho administrativo sancionador como el derecho penal.

Principio de Presunción de Inocencia. Explica el Tribunal Constitucional¹⁴, “el fundamento del derecho a la presunción de inocencia se halla tanto en el principio-derecho de dignidad humana, así como en el principio *pro hómine*”, “la libertad es la regla general, la culpabilidad es llanamente excepcional”, la primera solo puede ser restringida cuando se haya demostrado lo contrario según los presupuestos y procedimiento constitucionales. Así, ésta es la idea central que grafica el escenario que nos plantea este principio,

¹⁴ Ver expediente N° 10107-2005-PHC/TC. También el acuerdo plenario N° 2-2005-CJ-116, ejecutoria suprema N° 321-2014, N° 502-2014, N° 1689-2014.

y sobre el cual debe guiarse toda actuación o intervención sobre la libertad de la persona.

El principio de presunción de inocencia puede ser concebido ampliamente como el derecho de toda persona de ser considerada inocente en todo procedimiento sancionatorio mientras no medie pronunciamiento sancionatorio firme en contrario, o estrictamente, la misma idea en el proceso penal, no obstante, la existencia de opiniones enervantes que introducen más bien un “estado de sospecha”¹⁵.

Asimismo, en cuanto al ámbito de aplicación, podemos decir, siguiendo a la Corte Suprema de Justicia del Perú en el “Caso Fujimori”¹⁶, que el principio en comento se introduce en materia de carga de prueba, obtención de fuentes y actuación de medios de prueba, como en su valoración, con los principios que rigen dichos ámbitos.

Finalmente, este principio encuentra su complemento en el principio in dubio pro reo¹⁷, la duda favorece al reo, pues el primero es iuris tantum, admite prueba en contrario, la cual sin embargo debe ser concluyente, terminante, prueba que llegue más allá de la duda razonable.

¹⁵ Por ejemplo, en la ejecutoria suprema 2691-2013, se concluye que “...la situación jurídica de una persona, formalmente procesada, no es de inocencia absoluta, pero tampoco es la de culpable, sino la de un status intermedio, es decir, de un estado de sospecha, el mismo que se mantiene mientras dure el procedimiento...”.

¹⁶ Expediente judicial N° 19-2001-Cote Suprema.

¹⁷ Ejecutoria Suprema N° 502-2014.

Derecho De Defensa. Este principio exige¹⁸ que el justiciable se informe de la existencia del proceso penal, en atención a su derecho de conocer de forma cierta, expresa e inequívoca los cargos que pesan en su contra. De ahí que el derecho de defensa sea, entre otros, una manifestación del derecho al debido proceso, derecho irrenunciable dado que la parte no puede decidir si se le concede o no la posibilidad de defenderse; e inalienable, pues su titular no puede sustraerse a su ejercicio.

Siguiendo los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, el derecho de defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso penal, el cual puede ser analizado desde sus dos dimensiones, que a saber son: autodefensa o defensa directa (propia), expresión material; y defensa técnica jurídica (abogado), expresión formal.

Debido Proceso. Este principio contiene en su seno un puño de sub principios que lo explican, sea que suponga la exigencia de un proceso razonable y proporcional (expresión material), o de formalidades fundamentales como la del juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación¹⁹ (expresión formal)²⁰.

En conclusión, como hemos estudiado en estas páginas, el Estado Constitucional de Derecho en materia penal alude a concretos derechos y principios esenciales que funcionan como reglas orientadoras y límites del ejercicio del poder punitivo Estatal, que el Estado no solo debe respetar, sino, y

¹⁸ Ver expediente N° 6998-2006-PHC/TC. Sobre este principio ver también expediente 365-2009-PHC/TC.

¹⁹ Ver expediente N° 3238-2013-PA/TC.

²⁰ Ver expediente N° 9727-2005-HC/TC.

sobretudo, proteger y defender proactivamente, los cuales, por lo demás, ya se ha dejado dicho, constituyen baluartes de una lucha histórica de la humanidad.

Subcapítulo III: Autoría y Participación En El Derecho Penal De Las

Personas Físicas

1. *Funcionalismo moderado (teleológico-valorativo) de Claus Roxin y funcionalismo radical (normativo) de Günther Jakobs*

Trascendiendo las concepciones ontológicas, en el Derecho Penal actual predominan las teorías funcionalistas: funcionalismo moderado y funcionalismo radical, representadas por Roxin y Jakobs, respectivamente, que construyen el Derecho Penal atendiendo a la función (misión) de éste. Roxin afirma que la función del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos (prevención general positiva y negativa), Jakobs la vigencia de la norma (prevención general positiva); pensamientos afines en cuanto a su punto de partida, pero claramente divergentes en cuanto a su contenido y por tanto en sus consecuencias, entre ellas, de la participación delictiva.

2. *Teoría del dominio del hecho*

Como veremos, esta teoría es el resultado de combinar los criterios subjetivos y objetivos precedentes. Así, su origen lo encontramos en las argumentaciones de Lobe (1993), como se citó en Roxin (2014):

Lo esencial para la autoría...no es solo la concurrencia de una voluntad cuyo contenido sea cometer el hecho como propio, sino que debe además producirse la realización de esta voluntad de tal modo que se ejecute bajo su dominio, que la voluntad domine y dirija también la ejecución que sirve a su realización...En la participación falta el dominio de la acción ejecutiva que persigue la producción del resultado. (p. 76).

Posteriormente Welzel (1939), como se citó en Roxin (2014), desarrolla el concepto de “dominio final del hecho”, como sigue:

El criterio esencial del dominio del hecho no es una vaga voluntad de autor, sino el verdadero dominio final del hecho (...) corresponde el dominio del hecho a aquel que, con conciencia de la finalidad, lleva su resolución de voluntad a la realización. (p. 76)

Modernamente Roxin (2014), explica que autoría es la “realización del tipo en sentido material”, es decir, es autor quien tiene en sus manos (domina) “de alguna manera” la realización del tipo (la consumación del hecho delictivo), y es, en esa medida, el personaje calve o central (p. 75 y siguientes). O como explica Maurach, como se citó en Mir (1998), “es autor, porque tiene el dominio del hecho, quien tiene dolosamente en sus manos el curso del suceder típico” (p. 365).

Como se advierte con Hurtado (2011), la teoría del dominio del hecho “tiene como punto de partida, por un lado, la admisión del concepto restrictivo de autor propio de la teoría formal objetiva y de la conexión implícita con el tipo legal y, por otro, la constatación de la ineficacia de recurrir de manera unilateral, sea al criterio objetivo, sea al subjetivo” (p. 140), constatándose además “una cierta flexibilidad que da cabida en la autoría no solo al ejecutor material...” (Mir, 1998, 365), en consecuencia, autor ya no es solamente el que realiza de propia mano el tipo (dominio de la acción – autoría inmediata); sino también aquel que, sin intervenir de propia mano, tiene en sus manos la voluntad del ejecutor material (dominio de la voluntad – autoría mediata); pero igualmente,

también es autor, quien cumple un rol o función esencial o determinante en la realización del tipo (dominio funcional - coautoría) (Roxin, 2014, 75).

Aunado a ello, Mir (1998) precisa que “aunque el dominio del hecho supone un control final (subjetivo), no requiere solo la finalidad, sino también una posición objetiva que determine el efectivo dominio del hecho” (p. 365). En ese sentido, Hurtado (2011) también señala que “este requisito (el dominio) a pesar de basarse asimismo en el dolo, es de naturaleza objetiva: lo decisivo no es la simple ‘voluntad de dominio del hecho’, sino el ‘voluntario moldeado del hecho’. Así, la comisión del delito depende del control que tenga el agente sobre el desarrollo de la acción y de su consumación” (p. 140).

No obstante, se critica esta teoría porque no ofrece solución para todos los casos. Su máximo representante, Roxin (2014), así lo admite, explicando que su ámbito de aplicación se restringe a los delitos de acción o comisivos; descartándola en contraposición para los delitos de omisión, como aquellos de infracción del deber para los que rigen otras reglas (p. 179).

Finalmente, esta teoría es la que mejor garantiza el principio de legalidad, pues no solo conecta la autoría con el tenor del tipo penal su realización, sino que además anexa el necesario aspecto subjetivo, se trata pues de un dominio del hecho donde la configuración de éste responde a la voluntad del autor. En adición a ello, habida cuenta de la mayor claridad de esta teoría, la distinción entre autores y partícipes refuerza la garantía del principio de proporcionalidad. Siendo que, de esa manera, logran mayor realización los demás principios del derecho penal como los de intervención mínima, culpabilidad, lesividad, inclusive los de defensa, debido proceso y *ne bis in ídem*.

2.1. Autoría en los Delitos de Dominio

Autoría inmediata, directa o personal. Será autor aquel que realiza todo el tipo penal mediante su propia actividad corporal, de “propia mano” por sí mismo (personalmente), “aun cuando actúe en interés de otro”; y en ese sentido tiene dominio de la acción; constatándose una correspondencia fáctico-normativa (Roxin, 2014, 80-83). Son tipos penales de propia mano, v.gr., el delito de violación, bigamia, conducción en estado de ebriedad, falso testimonio; pues en ellos, como lo indica Peña (2011), “es el propio cuerpo del autor que se constituye en el medio de comisión del injusto” (p. 558-561)

Autoría mediata

Concepto. Es autor mediato aquel que “aprovecha o utiliza la actuación de un tercero (intermediario material) para alcanzar su fin delictuoso” (Hurtado, 2011, p. 144-145), donde “el papel fundamental, el que permite imputar el hecho al alguien como autor, deja de tenerlo el autor material para pasar a la persona de atrás” (Mir, 1998, p. 373), pues solo éste último tiene el dominio del hecho (Villavicencio, 2017, p. 470), y por ello, la realización del tipo legal objetivo debe determinarse respecto a él, “pues él es el autor” (Hurtado, 2011, p. 145); es así que se habla aquí de dominio de la voluntad. Siendo que, los límites de esta figura de autoría puede advertirse desde la configuración del intermediario, pues su intervención mínimamente debe suponer un “comportamiento humano” (una acción con relevancia penal) (Mir, 1998, p. 374), y máximo, uno exculpado (disculpado), pues “la autoría mediata termina allí donde el instrumento mismo es un autor plenamente responsable” (Peña, 2011, p. 544).

Clases. En ese orden de ideas, este tipo de autoría puede construirse mediante dos formas: i) Como autoría mediata en estricto sentido (Autor mediato – “Instrumento”), donde la autoría mediata no se corresponde con una autoría inmediata, pues al “instrumento” no se le puede calificar como autor (v.gr., error de tipo); y, ii) como un caso de “autor tras el autor (disculpado) (Autor mediato – Autor inmediato), donde la autoría mediata sí se corresponde con la autoría inmediata, porque a quien ejecuta materialmente el tipo sí se le imputa su realización en calidad de autor, aunque sea exculpado (v.gr., por inimputabilidad, caso de miedo insuperable o error de prohibición) (Roxin, 2014, p. 85 y siguientes). Veamos algunos ejemplos:

(...) a fin de ganar el campeonato, un tenista ordena a su preparador físico, bajo amenaza cierta e inminente de matarlo, de lesionar a uno de sus rivales. (...) caso del médico que con dolo induce a error a la enfermera, entregándole en lugar del medicamento una dosis de veneno. (...) el agente consigue que un guardia detenga a alguien haciéndole creer (error) que es un delincuente. Así logra mediante la actuación del policía engañado, realizar un delito contra la libertad individual (Hurtado, 2011, p. 145, 146 y 148).

Como se advierte, en el primero de los casos citados la coacción ejercida provoca un estado de miedo insuperable que limita la voluntad del intermediario y desencadena un estado de necesidad exculpatorio, mientras que en los casos de error inevitable se produce un error de tipo y de prohibición que excluyen el dolo y la culpabilidad, respectivamente, configurándose la autoría mediata en la figura del tenista, médico y el “agente”.

Autoría mediata por aparatos organizados de poder. La presente teoría fue formulada por Roxin, quien explica que también se puede dominar el hecho (dominio de voluntad) si se dispone de un aparato organizado de poder que asegure la ejecución de órdenes incluso sin fuerza o engaño, porque el aparato como tal garantiza la ejecución.

En ese sentido, las características de este tipo de autoría mediata son: La existencia de un aparato organizado de poder, y consecuentemente: De la existencia de alguien que detente el mando (autor mediato), y con ello, la capacidad para disponer de dicho aparato para la comisión de delitos, lo cual presupone ya, que para la comisión de éstos no se haga siempre necesaria la fuerza o coacción, pues en tanto aparato organizado, los ejecutores pueden hacerlo ya por estar comprometidos con los fines ilícitos de dicho aparato, pero siempre a disposición de quien detenta el mando del aparato de poder (lo que precisamente distingue a la autoría mediata de la inducción). Y también por ello, que la estructura de esta modalidad de autoría mediata es vertical o jerarquizada, pues el rol de los sujetos de atrás desde un principio queda comprometidos a una ejecución llevada a cabo completamente por mano ajena, a diferencia de la coautoría que tiene una estructura horizontal.

La fungibilidad, sustituibilidad o intercambiabilidad sin límites del autor inmediato, pues la individualidad o individualización del autor inmediato es indiferente para la comisión del delito ordenado, ya que si la orden o instrucción no es cumplida por uno, siempre habrá otro que lo hará; resultado siempre, por todo ello, garantizada la ejecución; y, “en tal virtud (los ejecutores) nunca tendrán el dominio del acontecer típico” (Peña, 2011, p. 566).

Los ejecutores son autores inmediatos, sin perjuicio de la exclusión de la responsabilidad que haya si se dan las condiciones. Sin embargo, en contra surge la opinión en el sentido que tratándose de aparatos organizados de poder se configura coautoría si los ejecutores son plenamente responsables, pues la figura de la autoría mediata de quebraría en dichos escenarios (Villavicencio, 2017, p. 480). Esta teoría no es aplicable en caso de empleo de especialistas no sustituibles, y por ello decisivos para el éxito del plan delictivo (Roxin, 2014, p. 111 y siguientes).

Esta teoría fue desarrollada por el autor en comentario a fin de reprimir los hechos ilícitos cometidos bajo el régimen nazi y comunista, la misma que en el Perú fue aplicada a los casos de La Cantuta, Barrios Altos y los Sótanos del SIE (Hurtado, 2011, p. 184-151), casos todos ellos, referidos a organizaciones criminales estatales. Asimismo, en el caso Abimael Guzmán (Peña, 2011, p. 567).

Aquí resulta pertinente traer a colación los tipos de organización criminal diseñadas por la CICIP²¹ y el UNICRI²², que siguiendo las notas de Prado y Hurtado Paico, son las siguientes: i) Organización criminal de jerarquía estándar (tipología 1), de carácter vertical rígido, con roles claramente definidos, en la que el órgano central se identifica con un dirigente, quien ostenta un mando y poder vertical, característico de aquellas que cometen delitos violentos (asesinato, extorsión, secuestro, etc.); ii) organización criminal de jerarquía regional (tipología 2), también de carácter vertical, cuenta con un jefe por cada región (mando intermedio o regional operativo), subordinados al dirigente de la organización criminal de jerarquía estándar; propio de la mafias italianas y

²¹ Centro para la prevención internacional del delito.

²² Centro de investigación interregional de delitos y justicia de las Naciones Unidas (*The United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute*).

estadounidenses, dedicadas al tráfico ilícito de drogas, contrabando, trata de personas, etc.; iii) organización criminal de agrupación jerárquica (tipología 3), es la unión de varios grupos criminales, las decisiones las toman en reunión de cada representante de grupo; iv) organización criminal de grupo central o flexible (tipología 4), frecuente en las organizaciones criminales modernas, con un número reducido de miembros, de carácter flexible, pues en aquellas el “órgano central” se identifica con un líder, que no actúa con mando y poder vertical, sino mediante consenso (acuerdo), por lo que su dirección es estratégica y de gestión, conduciendo, orientando y coordinando las actividades criminales de alta especialización como, por ejemplo, lavado de activos; y, v) La red criminal (tipología).

Coautoría. A decir de Mir (1998), califican como coautores “los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho” (p. 386), y en ese sentido, su configuración exige la concurrencia de dos presupuestos: i) Decisión común de cometer el hecho punible; y, ii) dominio común del hecho (Hurtado, 2011, p. 156 y siguientes).

Así, en primer lugar, para que se configure la coautoría se exige la concurrencia de una decisión común de los múltiples intervinientes hacia la comisión del delito, presupuesto que dota de unidad a la coautoría, allí su esencia y particularidad, pues solo así intervenciones diversas _que podrían ser calificadas como delitos diferentes, v.gr., coacciones o lesiones, por un lado, y hurto, por el otro _ son consideradas en conjunto para establecer la unidad del delito (robo agravado en coautoría) (Peña, 2011, p. 571), es decir, solo así “todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable (extensible) a todos los

demás”, a lo que se le denomina principio de imputación recíproca (Mir, 1998, p. 386); precisando que, a decir de Villavicencio (2011), el deslinde entre coautoría y formas de participación (complicidad e instigación) lo determina el hecho de “si la división de tareas acordadas importa o no subordinación de unos respecto a otros” (p. 484). En fin, se trata de un plan común, entendido como concierto de voluntades para realizar el plan definido

En segundo lugar, para la coautoría debe considerarse el dominio común del hecho; cada interviniente “debe ejecutar una parte de los actos necesarios en la realización de la infracción, conforme al plan establecido en común”, tomando en consideración tanto “la importancia del plan de acción y la importancia de la ejecución de los actos”, siendo que “según la importancia que tenga tal intervención en el momento de forjarse la decisión común, la participación material en la ejecución puede no darse o no ser decisiva, o viceversa”, por lo que aquella puede materializarse desde la fase de actos preparatorios hasta el agotamiento (Hurtado, 2011, p. 157 y 156), es decir, serán coautores “quienes aportan una contribución esencial para la realización del plan, comprendiendo el hecho delictivo como un todo indisoluble”, con lo que se establece un criterio delimitador de naturaleza material (Peña, 2011, p. 577), o como lo explica Mir (1998), “todos quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva. A todos ellos pertenece el hecho, que es obra inmediata de todos, los cuales comparten su realización al distribuirse los distintos actos por medio de los cuales tiene lugar” (p. 389).

Un caso especialmente discutido es el del “jefe de la banda” que no acude al lugar del hecho. Debe serlo sin duda si solo él conoce la totalidad del plan, del

que los demás no son sino piezas parciales del mismo modo que el arquitecto es el autor de la casa antes que el albañil, y también si sigue controlando el hecho a distancia y no deja en manos de otro u otros la dirección última. (Mir, 1998, p. 390)

2.2. Autoría en los Delitos de Infracción del Deber

Teoría de infracción del deber. Como es de advertir del Código Penal vigente, las reglas generales sobre autoría (autoría inmediata, mediata y coautoría) y participación (instigación y complicidad primaria y secundaria) han sido elaboradas a partir de la teoría del dominio del hecho (Salinas, 2016, p. 40). En efecto, esta teoría fue desarrollada por Roxin (2014) a fin de diferenciar entre autores y partícipes en el ámbito de los delitos comunes (delitos de dominio), en cambio, tratándose de delitos especiales (delitos de infracción del deber), la diferencia se busca en la teoría de la infracción del deber (p. 178-180).

La tipología de los delitos especiales ha sido construida a partir de la vinculación del autor a “instituciones fundamentales para la existencia de la misma sociedad” [la relación paterno filial, el matrimonio, la administración pública, etc.] (Hurtado, 2011, p. 142), en cuyo marco, de conformidad a la teoría de infracción del deber formulada por Roxin (2014), autor es sola y exclusivamente “quien infringe el deber pretípico que le incumbe y de ese modo contribuye por acción u omisión al resultado, siendo indiferente la magnitud de la participación externa o el dominio del hecho” (p. 180), v.gr., parricidio, etc. Contrario sensu, los intervinientes que no ostenten dicho deber solo pueden ser considerados partícipes.

Ahora bien, es importante precisar los alcances de la teoría en cuestión. Así, mientras para Roxin la teoría de la infracción del deber solo tiene alcances delimitadores de autoría, Jakobs ve en ella el fundamento de la imputación penal; no obstante, tanto en los delitos comunes como especiales el fundamento de la sanción es “el inicio de la lesión o puesta en peligro de determinado bien jurídico”, no bastando en consecuencia la sola infracción del deber para afirmar la imputación penal, pues aquella debe traducirse en una “realización típica” (Salinas, 2016, p. 26, 27 y 34).

Formas de autoría y participación. Por principio, diremos que no resulta problemático aceptar la autoría inmediata o directa en los delitos especiales; ello sin embargo no puede predicarse de la autoría mediata y coautoría. Así, por un lado, para Roxin (2014) es autor mediato el *intraneus* que comete el hecho ‘a través de otro’ (*extraneus*), respondiendo éste únicamente a título de cómplice al carecer del deber especial requerido. Asimismo, será coautor²³ el “*intraneus* (que) tiene el deber con otro y lo infringe con él. Si lo hace es coautor incluso sin deber prestar una contribución esencial en la fase ejecutiva, que es decisiva en los delitos de dominio” (p. 181).

En el Perú esta solución es seguida por Rojas (2007), aunque este autor hace residir el fundamento de los delitos especiales en el “dominio social del hecho”, es decir, dominio sobre la esfera de la función pública, desarrollada por Gracia Martín. Y en ese sentido, opina que el dominio del hecho sí es relevante para determinar la autoría en estos delitos, no siendo suficiente la infracción del deber (p. 89, 192-193)

²³ Ver: RN N° 3181-2009-Lima y RN N° 1320-2009-Lima; Sala Penal Permanente.

En cierto sentido la opinión de Villavicencio (2017) es similar, pues considera que ambas teorías se complementan. Así, aceptando la posibilidad de la coautoría, fundamenta en cambio respecto de la “autoría mediata” que ésta no es posible en los delitos especiales, siendo que el sujeto de atrás (*intraneus*) sería en realidad autor inmediato pues solo él tiene el “dominio de la acción de infringir el deber”, mientras que el sujeto de delante (*extraneus ejecutor*) solo posee un “dominio sobre su propia participación” (p. 491-492).

Una opinión radicalmente opuesta es la expuesta en nuestro país por Salinas (2016), quien niega la factibilidad de autoría mediata y coautoría en los delitos especiales, indicando que “el obligado especial (...) en el delito de infracción del deber ha nacido para ser autor único, o directo, y no coautor ni autor mediato”, pues los deberes en cuestión son “personalísimos”, “no pueden dividirse ni compartirse”, “y cuando el obligado infringe su deber (...) siempre lo habrá ejecutado él mismo y directamente” (p. 38 y 39).

2.3. Autoría en los delitos de omisión (dolosos)

Como contrapartida a los delitos de acción o de dominio, tenemos los delitos de omisión, en los que la realización del tipo no consiste en un “hacer”, sino en un “no hacer”, más específicamente, en la no ejecución de una conducta ordenada, por lo que no se puede hablar de dominio del hecho, sino más bien de la posibilidad de influir en él, por lo que autor será aquél que no ejerce este dominio potencial –en contra de su deber de actuar- (Villavicencio, 2017, p. 675). Al respecto Roxin (2014), coincidiendo en la inaplicabilidad del dominio del hecho en estos delitos, opina que aquí la autoría se define por “la infracción del

deber del evitar el resultado” (p. 799), convirtiéndolos así en delitos de infracción del deber.

En ese orden de ideas, respecto a la coautoría por omisión, Villavicencio (2017) opina que, tratándose *los delitos de omisión impropia* de delitos de infracción del deber, sí es posible, siempre que medie “deber común”, v.gr., cuando dos guardias conciertan permanecer impasibles ante la fuga de un interno (p. 675), aunque más allá del concierto para infringir un mismo deber, Roxin (2014) exige una “dependencia recíproca”, la cual se da aquí cuando “la acción requerida no puede ser llevada a cabo de otra manera que conjuntamente”, v.g., si la celda de un reo solo puede ser abierta de manera conjunta por los dos poseedores de sendas llaves diferentes (p. 799).

En cambio, la autoría mediata es inviable pues “el garante no utiliza al autor comisivo como un instrumento de su voluntad, sino que le deja plena libertad al autor inmediato que actúa sin ningún tipo de coacción” (Roxin, 2014, p. 799).

2.4.Participación

2.4.1. Teorías que Fundamentan la Participación. La concepción de la participación viene dada por la postura o teoría que se adopte para fundamentarla, siendo que al respecto se han planteado las siguientes:

Teoría de la Participación en la Culpabilidad o de la Corrupción. Según esta teoría el partícipe es castigado por “hacer” culpable al autor, por convertirlo “en delincuente o contribuir a hacerlo” (Mir, 1998, p. 394), por lo que la culpabilidad del partícipe es correlativa a la del autor (Villavicencio, 2017, p. 494), de tal manera que la ausencia de aquella en éste se comunica al primero.

Precisando que, sin perjuicio de ello, esta teoría considera que el injusto del partícipe es propio e independiente al del autor (Roxin, 2014, p. 210).

Teoría Pura de la Causación. Para esta teoría el castigo del partícipe se funda en cambio en la causación del resultado, en la sola “provocación producida dolosamente por él del resultado típico” (Roxin, 2014, p. 208), es decir, “no es responsable por favorecer un hecho ajeno sino por realizar su propio injusto”, independiente al del autor (Villavicencio, 2014, p. 495).

Teoría de la Causación Orientada a la Accesoriedad. También denominada teoría de la causación o promoción, o teoría de la participación en lo injusto o en lo ilícito. La presente teoría hace residir el fundamento del castigo de la participación en el hecho de “favorecer o causar una lesión no justificada de un bien jurídico por parte del autor” (Mir, 1998, p. 394), o dicho de otro modo, en la “causación mediata, producida a través de la persona del autor, del resultado típico”, se trata pues de una “causación accesoria del resultado típico”, ya que ese “injusto doloso ajeno (...) se transfiere o traslada al partícipe” (Roxin, 2014, p. 213), por lo que el contenido del injusto de éste se determina por el que corresponde al primero, pues el partícipe no infringe los tipos penales sino las normas prohibitivas generales reglas de participación (Villavicencio, 2017, p. 496), abandonándose de esa manera el carácter independiente del injusto de las teorías precedentes.

Así, el partícipe es responsable por favorecer un hecho ajeno; el injusto del autor. Precisando que dicho favorecimiento deberá venir acompañado de un doble dolo; en parte dirigido al favorecimiento, y en otra, a la causación del resultado (Roxin, 2014, p. 214).

Teoría de la Participación como Ataque Accesorio al Bien Jurídico. Esta teoría es defendida por Roxin (2014), y es considerada mixta, pues parte por fundamentar el castigo de la participación en el carácter accesorio de la causación, pero considerando a la vez la necesidad de verificar que el ataque, emprendido por el partícipe contra bien jurídico, sea autónomo (p. 207-208).

2.4.2. Principios Elementales

Los principios elementales que rigen la participación, son:

Principio de Convergencia. De acuerdo a este principio debe existir un acuerdo de voluntades entre autores y partícipes dirigido a la comisión del delito (dolo común), siendo que sin embargo en determinados casos el autor puede no conocer la colaboración que se le brinda (complicidad oculta); de tal manera que dicho concierto determina los límites de la responsabilidad asumida por cada uno de los intervinientes, de lo que cabe advertir casos de excesos cualitativos (exceso de dolo) y cuantitativos (desvío de dolo) (Villavicencio, 2017, p. 498).

Principio de Accesoriedad. Según este principio, se habla por un lado de la dependencia o accesoriedad de la participación respecto del hecho del autor, y por el otro, del grado de dependencia existente (accesoriedad cualitativa): tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad o punibilidad, donde hablamos de accesoriedad mínima, limitada, máxima e hiperaccesoriedad, respectivamente, siendo la posición dominante la segunda; por cuanto lo que resulte atípico o justificado para uno lo será también para todos, v.gr., quién induce a otro a defenderse legítimamente (Mir, 1998, p. 395-396).

Principio de Exterioridad. El principio en cuestión, también denominado de accesoriedad cuantitativa, ámbito externo de la accesoriedad, entre otras, es

una manifestación del principio de accesoriedad de la participación, pues la punibilidad de la participación se encuentra en una relación de dependencia respecto del hecho del autor, ya que aquella exige que éste dé comienzo al hecho delictivo (tentativa) (Villavicencio, 2017, p. 500).

Principio de Incomunicabilidad. Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de alguno de los autores o partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible (art. 26 CP²⁴).

2.4.3. Instigación

Instigador es aquel que influye psicológicamente sobre otro con la finalidad de hacerle cometer un hecho punible, bastando inclusive el refuerzo que disipe las dudas que impiden pasar al acto al autor (Hurtado, 2011, p. 168), en otras palabras, decidirlo a su ejecución; cualquiera sea el medio utilizado para ello, siempre que sea idóneo y eficaz (Villavicencio, 2017, p. 514, 516), para lo cual deberá tener la “suficiente intensidad para que aparezca como adecuada y pueda fundar la imputación objetiva” (Mir, 1998, p. 402), no bastando por tanto la “simple recomendación o consejo” (complicidad psíquica) (Muñoz, 2000, p. 510), ni tampoco llegar a la coacción (autoría mediata); siendo que dicho influjo debe dirigirse tanto a “crear la voluntad de cometer el delito” como a su realización (Hurtado, 2011, p. 169-170).

Ahora bien, se considera que la acción deba ser directa y personal (Peña, 2011, p. 592), lo que implica que la influencia se dirija a un hecho punible y ejecutor (inmediato) determinados (Mir, 1998, p. 402), pero, se discute, respecto a esto último, si debe admitirse por el contrario la instigación en cadena o por

²⁴ Código Penal Peruano vigente de 1991.

intermediario (mediata)²⁵ (Hurtado, 2011, p. 171). Asimismo, en esa misma línea, se admite la instigación a un grupo de personas (Peña, 2011, p. 592).

Por último, Villavicencio (2017) opina que por su propia naturaleza la instigación solo puede materializarse mediante actos positivos, descartando la modalidad omisiva. Hablamos aquí de la instigación por omisión; diferente supuesto es de la instigación activa en un delito omisivo (disuasión) (p. 516 y 676).

2.4.4. Complicidad

Cómplice es aquel que favorece al hecho principal de otro mediante actos de cooperación material (“técnico” o físico) o psíquica (intelectual), haciéndolo posible (complicidad primaria) o facilitándolo (complicidad secundaria) (Hurtado, 2011, p. 176). Al respecto, cabe precisar que la complicidad psíquica se produce cuando existe un “asesoramiento técnico” o un “reforzamiento de la voluntad delictiva debilitada en el autor” (Muñoz, 2000, p. 515), o una promesa de ayuda (Hurtado, 2011, p. 174), lo determinante es que se trate de un aporte objetivamente verificable (Peña, 2011, p. 596).

En ese mismo orden de ideas, se distingue entre complicidad primaria y secundaria, teniendo en cuenta la “importancia del aporte”, atendiendo a un juicio valorativo sobre su “naturaleza intrínseca” y circunstancias particulares, siendo algunas de las teorías a adoptar la denominada “naturaleza intercambiable de las conductas” (Rodríguez Devesa), la “teoría de los bienes escasos” (Gimbernát), entre otras, indefinición que no hace más que reafirmar la discrecionalidad con que la cuenta el juez para determinar la importancia del aporte (Hurtado, 2011, p.

²⁵ Ver casación N° 911-2018-Lambayeque, f. 13.1 y 2., en la cual se considera que dicha doctrina aún no se encuentra aceptada mayoritariamente en nuestro país.

183-187). Por lo demás, ambas formas de complicidad pueden efectuarse tanto en fase preparatoria como ejecutiva, precisando, por un lado, que para configurarse la complicidad primaria en ésta última fase el aporte “no ha de constituir una parte esencial del plan global de realización” pues de ser así se configuraría coautoría (Mir, 1998, p. 409), y por el otro, sería factible la complicidad en fase de agotamiento (Roxin, 2014, p. 307), aunque ello no sea pacífico²⁶.

Asimismo, es importante indicar la factibilidad de una complicidad por omisión (en los delitos comisivos), siempre que exista por parte del sujeto una posición de garante (Hurtado, 2011, p. 180). Diferente supuesto es el de la complicidad activa en un delito omisivo, que se trata como un caso de complicidad psíquica (Villavicencio, 2017, p. 676).

Finalmente, cabe diferenciar a esta forma de participación de la denominada participación necesaria, la cual implica “la intervención e otra persona ajena al autor (...) necesaria para la realización típica, prevista expresamente en los tipos penales, y que puede ser punible o no según los casos (Peña, 2011, p. 582).

3. *Teoría normativa de la participación*²⁷

Noción. Esta teoría fue postulada por Günther Jakobs conforme a su concepción funcionalista del Derecho Penal. Abundando en el tema, la función del Derecho Penal es la vigencia de la norma, garantizar que las “expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la

²⁶ La Corte Suprema de Justicia del Perú (Casación 363-2015-SANTA) postula ese criterio.

²⁷ Esta puede verse en su obra (1997), en especial, en los siguientes apartados: contenido y misión de la punición estatal, acción como causación del resultado individualmente evitable, complemento a la realización del tipo: la participación, e imputación los delitos de omisión. Complementariamente en otros trabajos.

exigida legalmente” mantengan su vigencia en caso sean defraudadas, con lo que aquél contribuye al mantenimiento de la configuración de la Sociedad y el Estado, erigiéndose así como bien jurídico penal a proteger la ‘vigencia de las expectativas normativas esenciales frente a su infracción’.

Singular construcción del Derecho que se formula sobre el canon de una Sociedad ‘libre’ caracterizada por la ‘libertad de actuación y responsabilidad por las consecuencias’, en virtud a lo cual las personas tienen libertad para configurar esa sociedad (ya configurada) en sus intervenciones sociales, afirmándola mediante una configuración adecuada de su organización o alterándola con una configuración prohibida, libres en esa elección, pero en el segundo caso con la correlativa asunción de las consecuencias del ejercicio de dicha libertad _imposición de pena_ como respuesta a la infracción de la expectativa normativa; de allí que la función del Derecho penal sea la vigencia de dicha expectativa y a cuya procuración se establecen deberes²⁸ negativos y positivos en el marco de los contactos sociales, los cuales se corresponden con dos tipos de roles, un rol general de ciudadano y un rol especial.

El primero _rol general de ciudadano_ se manifiesta como el deber de organizar la propia esfera de tal manera que no cause daño a otros, de cuya infracción surge la ‘competencia por el hecho’ en mérito a la libertad de organización, que da ocasión a los ‘delitos de dominio’ (o ‘en virtud de responsabilidad por organización’). El rol especial en cambio se representa como el deber de actuar en tutela de una institución cuya sola infracción genera la ‘competencia por el hecho’, pues el fundamento de dicho deber se encuentra en el

²⁸ Ver también Sessano (2006).

estatus del sujeto obligado que surge de su vinculación con una institución especial, el cual traslada los cimientos de la responsabilidad de un deber negativo a un deber positivo (deber de actuar), sin que por ello el primero desaparezca, sino que queda superpuesto bajo el deber positivo (delitos de infracción del deber derivado de competencia institucional).

Con esta formulación el criterio del ‘dominio del hecho’ decae frente al de la ‘competencia’²⁹, pues una conclusión crítica extraída del primero permitiría advertir que todos los intervinientes en el delito siempre tienen dominio sobre su comisión, aun cuando unos tengan un dominio mayor que otros, consecuentemente el ‘dominio de hecho’ no permitiría definir la autoría sino solo la magnitud del aporte de los intervinientes, y en éste último y único sentido puede conformar el criterio aquí desarrollado (García Caveró, 2012, p. 680-682). Según éste, la autoría viene definida por la competencia preferente en la configuración del delito (criterio normativo), ya no condicionada a un dominio fáctico _reducida al espacio y tiempo de la ejecución_, sino a la magnitud, importancia o relevancia del aporte en dicha configuración, el mayor dominio (normativo) _en relación al menor dominio de los partícipes_ (delitos de dominio), aunque en otro supuesto la autoría sea determinada directamente por la competencia institucional, indiferentemente del dominio ejercido (delitos de infracción del deber).

Autoría en los delitos de dominio (acción) y de infracción del deber.

Previamente, es pertinente señalar que Jakobs compone un “supraconcepto” que define la categoría de ‘conducta’ (comportamiento): ésta es la “evitabilidad de

²⁹ Así también lo explica Jiménez (2015, p. 82 y siguientes).

una diferencia de resultado”, donde acción consiste en la causación evitable del resultado y omisión en la no evitación evitable del resultado. A ambos supuestos, como se desprende de esta formulación, es inherente la categoría de la evitabilidad, que “da un buen motivo al autor leal al Derecho para utilizar su poder a fin de evitar lo prohibido”, “que se determina con la ayuda de la hipótesis de que el autor, si hubiese tenido el motivo dominante de evitar una determinada acción, la hubiese evitado” y que engloba al dolo e imprudencia.

Ahora, en el ámbito de los delitos de dominio la teoría de normativa de la participación también sigue la clasificación de la autoría formulada en la teoría del dominio del hecho (autoría inmediata, mediata y coautoría).

Así, en cuanto a la primera forma de autoría existe coincidencia, pues supone la realización del tipo de propia mano (directamente, ‘comisión por uno mismo’).

En la coautoría, se exige una ‘decisión de ajustarse’ _antes que a la decisión común_ y se excluye de plano como requisito el ‘aporte en fase de ejecución’. Esto último porque, partiendo de considerar el hecho como un “todo”, esto es, el “suceso concreto que realiza el tipo”, es coautor quien dispone de aquél, “le ha dado” “su configuración”, por ello el aporte “siempre” configura la “acción ejecutiva que realiza el tipo”, que se mide por su “influjo” en dicha configuración, y ésta puede acaecer mediante actos de organización _homogéneos por su símil importancia_ de configuración, decisión o ejecución, por lo que aún el aporte en fase actos preparatorios puede fundamentar coautoría. V.gr., “la entrega del arma del asesinato por parte de un interviniente es en sí complicidad; pero si el participe además ha conducido a la víctima hacia el autor, el autor ya no

puede desatenderse de que también él le ha dado al hecho su configuración”. Esta formulación por lo demás es más consecuente en la para calificación como autoría la intervención del “jefe de banda” que no participa en la ejecución material del delito pero cuya intervención configura el hecho.

Finalmente, es autor mediato quien “mediante instrumento (...) comete un hecho propio”. Para ello se exige “superioridad de dominio de la decisión” de parte de aquél, en el sentido que “al instrumento se le dificulta evitar la realización del tipo de un delito doloso de un modo que excluye la imputación, y de ese dificultar es responsable el autor mediato”, superioridad que “debe determinarse normativamente según su efecto en la imputación al ejecutor”, según el “rango normativo de intervención” del autor mediato. Es decir, el autor (mediato) “debe conocer las circunstancias que le hacen autor”, “saber que realiza las circunstancias que excluyen el comportamiento responsable del instrumento”, “no de la responsabilidad en sí”.

Dentro del mismo ámbito, pero abocados a los delitos de omisión, rigen las mismas reglas, esto es, se aplican los mismos tipos de autoría y participación que en los delitos comisivos, pero solamente respecto a los delitos por responsabilidad por organización, específicamente: cuando el deber de garante se origina en la injerencia y asunción; salvo en los delitos de omisión propia en que no cabe configurarse mediante participación (no es posible la complicidad o inducción por omisión propia).

Por otro lado, en el escenario de los delitos de infracción del deber derivado de la competencia institucional en cambio cabe mencionar ya de entrada que pierde sentido la distinción entre comisión y omisión. Ello, pues más allá del

hecho existe una vinculación directa entre “el autor y el bien” que fundamenta (o agrava) la pena. Como ya se ha dicho, ya no se trata de la infracción del rol de ciudadano (actos de organización) sino del quebrantamiento de un rol especial, específicamente, de deberes positivos derivados de la vinculación institucional del autor (matrimonio, relación paterno-filial, administración pública, etc.). Son delitos, especiales, pues exigen una cualificación o estatus determinado en el autor: cónyuge, padre, funcionario o servidor público, etc. La sola infracción del deber especial por el sujeto obligado convierte a éste en autor (directamente), no se requiere más para la autoría, sea que se trate de una conducta omisiva o comisiva.

Se habla aquí de la responsabilidad por ‘competencia institucional’, que, siguiendo la idea anterior, como indica Jakobs (2014): “En el ámbito de los deberes positivos no existe, respecto de los obligados, intervención delictiva, sino antes bien solo ejecución. Incluso cuando son varios los sujetos obligados que lesiona, cada cual, su deber, actúa cada uno para sí mismo” (p. 166). Esto es, en los delitos de infracción del deber se admite únicamente la autoría única (o también, paralela). Se descarta la coautoría y la autoría mediata. Los sujetos desprovistos del deber especial que participan vía “promoción” solo responden como partícipes (cómplices). Solamente la ‘competencia institucional’ puede fundamentar la autoría.

Finalmente, en cuanto a los delitos por omisión, tanto aquellos por omisión propia como impropia pueden configurarse como delitos especiales siempre que deriven de una responsabilidad institucional; rigiendo igualmente las reglas de los delitos de infracción del deber (autoría única, o también, paralela).

Además, aquí igualmente es posible la intervención en el delito especial omisivo, aunque solamente a título de partícipe por quien no ostenta el estatus requerido, sea por acción u omisión (impropia, ¡propia no!).

Como hemos podido aprender a lo largo del presente capítulo, el actual modelo de Estado Constitucional de Derecho constituye un logro histórico que vincula a todos actores, Estado, sociedad y ciudadanos, y en virtud del cual debe estarse a ciertos valores y principios de la mayor trascendencia, los mismos que en materia penal los ubicamos en los principios que limitan el *ius puniendi*, que irradian sus efectos en todos sus estamentos y por ello también concretamente en la categoría de la autoría y participación delictiva en que se define la concreta forma de intervención de las personas físicas.

Capítulo III

Responsabilidad Penal De Las Personas

Jurídicas

Subcapítulo I: Teorías Sobre La Responsabilidad Penal De Las Personas

Jurídicas

1. Introducción

La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas está estrechamente relacionada al significativo impacto que las mismas han venido a asumir en el tráfico jurídico-patrimonial desde el siglo XVIII hasta la actualidad, y con ello tangencialmente en los hechos ilícitos que acontezcan en el marco de su giro empresarial. Así lo entiende García Caveró (2008), para quien:

No hay duda que la empresa ha desplazado a la figura del comerciante individual en el terreno de la economía, lo que explica no solo que la normativa jurídico-privada haya tenido en cuenta desde hace tiempo el fenómeno corporativo en la constitución de las relaciones jurídicas, sino también que el propio sistema penal comience a plantearse en la actualidad la necesidad de considerar a la persona jurídica en sus criterios de imputación de responsabilidad. (p.15)

A consecuencia de ello, en la dogmática civil se empezó a debatir sobre la verdadera naturaleza de las personas jurídicas. Savigny, por un lado, consideraba que las personas jurídicas eran meras creaciones del Derecho, carecían de existencia real (tesis de la ficción jurídica); Gierke, por su parte, les reconocía existencia real a razón que las mismas participaban en la vida social a través de sus órganos (tesis de la realidad). Este debate trascendería, pues sus postulados fueron tomados como fundamento para negar o afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, discusión dogmática penal que venía dándose desde la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX como parte de la discusión

sobre las teorías de la pena, de las cuales la primera primó, sintetizándose en el aforismo *societas delinquere non potest* (García Caveró, 2008, p. 17-18).

Ya a mediados del siglo XX el debate volvió a salir a la luz a raíz de sendos pronunciamientos de tribunales alemanes que afirmaban responsabilidad penal de las personas jurídicas, influenciados por cánones anglosajones que se arraigaron en Europa durante la postguerra (periodo seguido al término de la segunda guerra mundial). La dogmática penal, sin embargo, reafirmó el principio de irresponsabilidad, esta vez basada en la falta de capacidad de acción; se planteó también la imposición de medidas de seguridad, pero su indefinición dogmática lo imposibilitó; en cambio, prosperaron las sanciones a nivel administrativo. Ya a finales del siglo XX, la política económica comunitaria instaurada en Europa, sumada a otros factores, promovió que los Estados incorporen en sus ordenamientos jurídicos sanciones penales para las personas jurídicas, tendencia que se ha extendido inclusive a América Latina, no obstante que la dogmática penal aún no presenta un postulado suficientemente definido que disminuya los espacios de arbitrariedad que suelen ocasionar las legislaciones surgidas de la coyuntura de un tiempo determinado (García, 2008, pp. 18-24).

Este escueto esbozo por lo demás nos permite tener un panorama general sobre los matices que han acompañado en el tiempo la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y que nos introduce en materia, los mismos que ampliaremos más adelante.

Sin embargo, la referida tendencia internacional no ha sido adoptada por nuestro país, por lo que a fin de conocer el estado actual de cosas que en la materia rige en el Perú, desarrollaremos a continuación un breve apartado, para

luego adentrarnos en el desarrollo de la teoría sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en estricto sentido.

2. La “Responsabilidad Penal” de las Personas Jurídicas en el Perú

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú está actualmente concentrada en la normativa del Código Penal de 1991 que regula las denominadas “consecuencias accesorias” (artículo 105), sin embargo, dicha mención es solo minoritaria, pues la misma se desprende de una interpretación extensa del texto normativo, siendo que es *mayoritaria* la postura que niega que dicha normativa regule tal responsabilidad, siendo que esta situación genera una situación de incertidumbre respecto a su adecuada imposición en sede nacional, lo que hace necesario su comentario en las siguientes líneas.

2.1. Las consecuencias accesorias

Hurtado (2011), explica que las consecuencias, previstas en el artículo 105 del Código Penal Peruano así como en el artículo 17 de la Ley penal Tributaria – Decreto legislativo 813, y artículo 11 de la Ley de delitos aduaneros – Ley N° 28008, “en la práctica, han sido muy poco aplicadas, lo cual ha motivado un cuestionamiento a su utilidad. Pocos han sido los casos en los que los jueces han tenido oportunidad de aplicar esta disposición”.

2.1.1. Naturaleza

Como sanciones penales. Hurtado (2011), es del entender que las consecuencias jurídicas accesorias son “sanciones penales especiales”, ello debido a “su eficacia preventiva y sus efectos restrictivos de derechos, así como su presupuesto material vinculado a la comisión de un hecho punible”, cuya accesoriedad surge de la dependencia de la punición de la persona física; siendo

que la afirmación de su naturaleza punitiva impone la necesidad de que en su aplicación se ponga a salvaguarda las garantías penales propias de un Estado Constitucional de Derecho (p. 456, 458).

En sentido similar, Zúñiga (2009) enseña que “Las interpretaciones más genéricas, de considerar las sanciones impuestas a las personas jurídicas por la comisión de un delito de organización como sanciones de naturaleza punitiva, esto es, sanciones aflictivas con efectos disuasorios y preventivos, parecen ser más acordes con el momento actual del debate en el derecho penal y con la prescripción general, tanto de los convenios internacionales y de la Unión Europea, acerca de que las sanciones que ha de imponerse a las personas jurídicas deben ser «eficaces, proporcionadas y disuasorias»” (p. 162)

Así también, Zugaldía (1999) explica, interpretando el artículo 129 del código español de 1995 (actualmente modificado por la Ley N° 5/2010 y Ley N° 1/2015, que ya incorporó la responsabilidad penal de las personas jurídicas de forma expresa), que “las consecuencias accesorias son auténticas penas”, que implica una aceptación del aforismo “*societas delinquere potest*”, pues ni pueden ser catalogadas como “instrumentos reparatorios civiles porque no tienden a reparar el daño causado a la víctima”, tampoco merecen el calificativo de “sanciones administrativas” en tanto y en cuanto resultan “extrañas” dentro del contexto de su imposición (proceso penal), en cambio afirman su naturaleza penal pues “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 o culpabilidad”, dicho de otra forma, “si la aplicación de las consecuencias accesorias exige como presupuesto la propia

culpabilidad de la persona jurídica es que esas consecuencias accesorias son penas”, descartando rotularlas como medidas de seguridad, pues no exigen la culpabilidad por el hecho propio y además obliga a transitar de un concepto “biopsicológico” de peligrosidad a uno “objetivo” (p. 325-336).

Como sanciones administrativas. Otra tesis postula por considerar que las consecuencias accesorias tienen naturaleza administrativa. Así, García Cavero (2008), opina que las consecuencias accesorias no son “medidas penales” sino medidas preventivas de naturaleza “administrativa no sancionadora”, pues si bien responden a una respuesta político-criminal, no se fundamentan en el principio de culpabilidad, sino en su peligrosidad objetiva, más específicamente en la “peligrosidad de su organización”, y en ese sentido, “sus presupuestos tanto materiales como procesales estarán orientados simplemente a eliminar una situación de peligro de la posible comisión futura de nuevos delitos” (p. 79-84 y 90).

2.2. Régimen de la Ley N° 30424 – Responsabilidad administrativa propia de las personas jurídicas

En el Perú, adicionalmente a la regulación sobre las consecuencias accesorias, el legislador ha introducido una responsabilidad administrativa propia de la persona jurídica mediante Ley N° 30424, y ampliatorias, Decreto legislativo N° 1352 y Ley 30835, descartando momentáneamente el reconocimiento expreso de la responsabilidad penal de los entes colectivos ya incorporada para este tiempo en varios ordenamientos extranjeros (España, Chile, etc.). Así lo entiende Gómez-Jara (2018), citado por Reyna (2019), cuando indica que no obstante la

ausencia de una motivación legislativa para rotular a esta responsabilidad como administrativa, tomada dicha opción, debe respetarse.

Sin embargo, Reyna (2019), es de criterio diverso, pues opina que la ley en comento contempla en realidad una responsabilidad sui generis (penal/administrativa) pero no administrativa en puridad, ello tanto por la “terminología” utilizada, la competencia para su imposición, como por su sistema de individualización de consecuencias jurídicas (p. 86).

En conclusión, como ya lo habíamos anotado, si bien nuestro ordenamiento jurídico penal y también el procesal penal prevén un apartado normativo aplicable a las personas jurídicas, de ésta no se desprende palmariamente la regulación de una estricta responsabilidad penal de las personas jurídicas, máxime si no cuenta con el desarrollo legislativo mínimo necesario, a diferencia de lo que se verá en las líneas consiguientes. Sin perjuicio de ello, esta regulación como la italiana, que citaremos en su oportunidad, comparten muchas características comunes que generan esa aparente indeterminación, pero la segunda diferencia de nuestro país cuenta con un amplio y avanzado desarrollo jurisprudencial en la materia.

3. La Persona Jurídica Como Sujeto de Derecho Penal

3.1. Introducción. Los ordenamientos jurídicos, cualquiera sea su latitud, han sido elaborados tomando como referencia al individuo, persona natural, física, ascendiendo desde allí a todas aquellas estructuras que hacen más viable su existencia, como la sociedad y el Estado, elementos que interactúan en una suerte de coexistencia armónica, cada cual orientado a su fin; y por ello, resulta

comprensible la estructura dogmática construida en el ordenamiento penal, que tienen como referencia natural, también, al individuo.

En ese contexto, otra de las estructuras que se han creado para hacer más viable la existencia del individuo son las empresas o personas jurídicas, organizaciones destinadas a optimizar la creación de riqueza. Pero ¿podrían también ser factibles dichas estructuras de sanciones penales, como sucede con el individuo? Las opiniones son divergentes, ello depende en parte de lo que se entienda por *sujeto de derecho penal*.

En ese sentido, es necesario conocer la naturaleza que desde la doctrina se le asigna a las personas jurídicas, y su evolución histórica _de la que hicimos breve mención en la parte inicial_ nos proporcionará mayor alcance al respecto. Como explica Morales (2000), además de su trascendencia y utilidad económica, también es necesario sus antecedentes históricos por el mal uso que podría efectuarse aprovechando su formalidad jurídica (p. 123).

3.2. Evolución Histórica. Estudiaremos brevemente _desde el Derecho Romano, pasando por los glosadores, hasta la actualidad_ los fundamentos que se esgrimieron para la creación y reconocimiento de las personas jurídicas, como para la fundamentación de su eventual responsabilidad penal, siguiendo con especial mención las notas expuestas por la jurista española Bacigalupo Saggese en su tesis doctoral (1997, p. 17 y siguientes).

Roma-Glosadores-Canónicos-Post Glosadores. La personas ya existían³⁰ en Roma (Morales, 2000, p. 124), cuestión distinta es si en aquél tiempo llegaron

³⁰ Las personas jurídicas en Roma se clasificaban en: *universitas personarum*, como las *populus romanus* (el Estado, los municipios y las colonias) y las corporaciones o asociaciones; y las *universitas reum*, como las fundaciones, el tesoro público y la herencia; en Germania sin

a plantear su responsabilidad penal; la respuesta es negativa, no obstante ya manejaban en la praxis la idea de que las corporaciones tenían capacidad delictiva, especialmente la del municipio, en la que se diferenciaba la responsabilidad del colectivo (municipio o corporación) y la individual, por acciones delictivas realizadas por uno de sus integrantes, pues no desarrollaron las ideas sobre la esencia de aquellas, limitándose a un enfoque funcional mecánico; los glosadores, por su parte, partiendo del análisis del pensamiento romano, pero también a la vez sin llegar a entender el concepto moderno de persona jurídica como sujeto de derecho, afirmaban igualmente la responsabilidad de las personas jurídicas, siempre y cuando el hecho delictivo haya nacido como consecuencia de una decisión de la corporación realizada a través de la decisión conjunta de sus miembros (Bacigalupo, 1997, pp. 17-23).

Los canónicos, trascendieron a los romanistas y glosadores, instituyendo un nuevo concepto de persona, logran diferenciar al ente y sus miembros (Morales, 2000, p. 129-130). Así, ante la necesidad de discernir la titularidad de los derechos eclesiásticos, no pertenecían a los feligreses, sino a Dios distinguieron un concepto real de persona, como ser humano, y uno jurídico, como sujeto de Derecho en mérito a la ficción, aplicando éste último a la iglesia, que pasó a ser considerada en virtud a dicha teoría como persona distinta a la de los feligreses, y titular de los derechos eclesiásticos; y con todo ello, se constituyeron en los precursores de la diferenciación entre la *universitas* y sus integrantes, como de la responsabilidad diferenciada de ambos, donde la de la primera, como con los glosadores, dependía de la existencia de una decisión

embargo solo se conocieron entidades menores como las *gesamnte hand* y las *genossenschaften* (Morales, 2000, pp. 125-128)

colectiva de sus miembros; y, finalmente, los pos glosadores, siguieron la concepción ficticia de *universitas*, admitiendo también su responsabilidad penal (Bacigalupo, 1997, pp. 23-30).

Teoría de la Ficción. El pensamiento de Friedrich Karl von Savigny, del siglo XIX, constituye parcialmente un replanteamiento sobre la persona ficta³¹ formulada por romanistas y canónicos, pero que sin embargo la trasciende, pues profundiza teórica y filosóficamente en dicha teoría, que por lo demás daría firmeza al apotegma *societas delinquere non potest*.

Su planteamiento es de corte ético-individualista, pues considera que la esencia del Derecho es la libertad moral connatural al ser humano, solo éste tiene la capacidad de actuar responsablemente, de allí su personalidad ética, a la cual el Derecho le debe protección (personalidad jurídica). En ese sentido, solo el individuo puede formar parte de una relación jurídica, pues solo él puede obligarse a través de la manifestación libre de su voluntad. Y siendo ello así, la única forma que concebir a la persona jurídica como sujeto de Derecho, esto es, con capacidad jurídica, pese a no tener personalidad ética, es por ficción del Derecho; la cual sin embargo solo alcanza al ámbito civil, no al penal, donde necesariamente se requiere de un actuar psicológico. A esta teoría precisamente se le cuestiona por confundir lo ético con lo psicológico, desconociendo con ello el valor propio que tienen las corporaciones (Bacigalupo, 1997, pp. 30 y siguientes).

³¹ Esta denominación se le debe al Papa Inocencio IV (Sinibaldo Flisco), la cual sustituyó a la *univesitas* (Morales, 2000, p. 417).

En el Perú, esta postura es defendida, principalmente, por Sessarego (2009), precursor de la teoría tridimensional del Derecho, para quien éste es concebido como conducta humana, valor y norma, la cual:

Permite distinguir en la persona jurídica –en cualquier persona jurídica- la presencia necesaria, simultánea y en recíproca exigencia, de tres niveles integrados por el dato formal derivado del aparato normativo, por las conductas humanas subjetivas que constituyen la dimensión sociológico-existencial de las personas jurídicas y por los fines valiosos que las caracterizan y le otorgan sentido. (p. 245).

Así, la persona jurídica es un centro ficticio de atribución de derechos y deberes, que se manifiesta en la vida social a través de la actividad desplegada por las personas físicas que la integran, orientada a la consecución de los fines que determinaron su creación. Esta postura, en la misma tendencia del jurista alemán, niega el carácter real de la persona jurídica (Bacigalupo, 1997, pp. 30-43).

Flexibilización de la teoría de la ficción jurídica

Teoría de los derechos sin sujetos. Por un lado, la teoría de personalidad jurídica (Brinz), que la persona jurídica es una forma de patrimonio, carente de titular, pero destinado a fin determinado; lo que sin embargo deja sin definir el concepto sujeto de Derecho. Por otra parte, la “teoría del disfrute” (Beckker), explica que sujeto de derecho es aquél que el titular del disfrute del derecho, a quien le pertenecen, no obstante que dicha explicación solo soluciona el problema en el ámbito de los derechos patrimoniales. Como se advierte, en ambos casos los

planteamientos dejan oscuro el concepto de sujeto de derecho, y con ello intacta la concepción de Savigny (Bacigalupo, 1997, pp. 43-46).

Teoría del ilícito objetivo. Rudolf von Ihering, jurista alemán, toma distancia notoria de la teoría de la ficción como de la “teoría de derechos sin sujetos”, considerando que el Derecho no es voluntad, sino interés jurídicamente protegido, por lo que sujeto de Derecho será aquel que disfrute de los derechos, las personas reales, que en el caso de las personas jurídicas corresponde a sus miembros. Sin embargo, se la cuestiona debido a que el concepto de disfrute es relativo, sujeto a la casuística (Bacigalupo, 1997, pp. 46-50).

Teoría orgánica y adecuaciones. Otto v. Gierke, en el siglo XX (1902), formuló un planteamiento opuesto al de Savigny, trascendiendo de la ética a la realidad social. Considera que tanto el individuo como la persona jurídica tienen capacidad jurídica porque ambos actúan en la vida social y la transforman, tienen existencia real³², son “seres aptos para la vida jurídica” (Pizza, 1965, p. 336), consecuentemente, ambos son personas y sujetos de Derecho, pertenecientes a un concepto superior: organismo, y como tal con cuerpo y alma, capaz de manifestar su voluntad en este extremo sigue la tesis de Savigny, la cual en el caso de las personas jurídicas se canaliza a través de sus órganos, distinción que por lo demás permitió personificarla como persona independiente a la de sus miembros, y es a través de aquellos que también que son capaces de delinquir. Ideas que fueron desarrolladas por Hafter, quien sustenta la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la voluntad especial de ésta, que se manifiesta a través de la decisión de sus órganos, y en ese sentido, quiere y actúa, tiene voluntad, distinta a la de sus

³² Con esto se quiere decir que las personas jurídicas son realidades, no soy creación Estatal _como lo plantea la teoría de Savigny_, el Estado solo las recoge y reconoce jurídicamente (Morales, 2000, p. 132).

miembros, por lo que la pena también alcanzaría al individuo; por su parte, Bush, cambiando de baremo, redirige el fundamento a los fines preventivos de la pena (Bacigalupo, 1997, pp. 50 y siguientes). Esta teoría es quizá la más apropiada para afrontar el problema de imputación penal de las personas jurídicas, así también lo entiende (Morales, 2000, p. 132), sin embargo, no es la única.

Teoría pura del Derecho. Esta teoría supone un enfoque netamente jurídico, desprovisto de enfoques naturalísticos o sociológicos. Kelsen explica que la condición de sujetos de Derecho viene dada única y exclusivamente por el ordenamiento jurídico, sin que ello implique que se pretenda igualar la persona jurídica a la natural; es el mismo ordenamiento jurídico el que determina la capacidad para delinquir, quien determina a quién se le puede imputar la comisión de un delito, cuya culpabilidad la supone derivada de dicha capacidad (Bacigalupo, 1997, pp. 82-95). Como se advierte, esta corriente tiene la ventaja de desvanecer los clásicos problemas de imputación que persiguen a las tesis precedentes, dejando en manos del legislador su reconocimiento y formulación.

Así, como se ha podido advertir del desarrollo histórico doctrinario esbozado en las líneas que precedieron, la responsabilidad penal de las personas jurídicas encontró su conato en Roma, desde allí se fueron desarrollando diversas tesis, no obstante, la tendencia mayoritaria ha sido desde sus inicios su rechazo, sin embargo, como ya lo habíamos indicado, ello no ha sido óbice para la aceptación de este tipo de responsabilidad en diversos ordenamientos jurídicos, máxime si la doctrina viene ocupando mayor esfuerzo en el desarrollo dogmático del tema, que aunque se la acuse de incipiente, muestra un desarrollo importante que ya sienta bases teóricas mínimamente aceptables, cuya consolidación vendrá

con los años; a las que, como veremos más adelante, se suman otros planteamientos más avanzados, de carácter constructivista. Este esfuerzo dogmático es también propio de presente trabajo de investigación.

Pero, reiteramos, esa progresiva afirmación que se viene observando en los Estados actuales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe engranar en su formulación los derechos y principios básicos del Derecho Penal y Procesal Penal también aquellos en materia de ejecución, de tal manera que se mantenga el Estado Constitucional del Derecho, cuya justificación de su reconocimiento y ratificación ya hemos explicado; siendo que para efectos de este trabajo de investigación, la observancia de dichos valores y principios la centralizaremos en el marco de un tópico concreto: la determinación de una teoría, de entre las existentes, que permita configurar un concepto de autor propio y adecuado para las personas jurídicas, a la luz de los principios del Derecho Penal propios de un Estado de Derecho Constitucional.

4. Ámbito de Aplicación de la Responsabilidad Penal de las Personas

Jurídicas

4.1. Conceptos previos: Persona jurídica y empresa. Más allá del tema precedente, en este apartado buscaremos aprehender conceptos prácticos, aspectos que consideramos de relevancia al momento de avocarnos al estudio del tema bajo desarrollo es el ámbito de su aplicación, esto es, determinar a quienes nos referimos cuando hablamos de personas jurídicas.

En ese sentido, parafraseando a Espinoza (2014), la diferencia entre lo que se denomina empresa y lo que se conoce como persona jurídica, es la siguiente: Los conceptos empresa y persona jurídica son de distinta naturaleza, no deben ser

confundidos, pues el primero es un “concepto económico”, mientras el segundo pertenece al “ámbito del derecho”. Así, empresa es aquella “actividad económica organizada, compuesta por bienes y relaciones jurídicas de naturaleza homogénea, destinada a la circulación de bienes y servicios”; persona jurídica, es el “titular de los medios de producción”; y el concepto del primero “prevalece” sobre el segundo, es decir, que toda persona jurídica es a la vez empresa, pero no a la inversa, pues puede existir empresa sin que la misma se haya constituido como persona jurídica. (p. 80-81)

En efecto, discurrir sobre el concepto de persona jurídica implica traer a colación el concepto de “personalidad jurídica”, que se concibe como aquel atributo del que goza un sujeto para ser titular de derechos y para ejercerlos. Sin perjuicio de ello también debe tenerse presente cuáles de aquellos entes con personalidad jurídica pueden ser catalogados como sujetos pasibles de imputación penal. De allí la necesidad de hacer un recuento de las figuras a las que la Ley otorga el rótulo de persona jurídica, concepción individual que más adelante trascenderá hacia nociones de concentración o unión de personas jurídicas.

4.2. Ámbito de aplicación. El ámbito de aplicación de responsabilidad penal de las personas jurídicas determina los sujetos sobre los que la ley hace recaer dicha responsabilidad. En ese sentido, podemos tomar en consideración dos referentes que han sido propuestos en nuestro país.

En primer lugar, de conformidad a la propuesta legislativa contenida en el proyecto del Nuevo Código Procesal Penal peruano³³, artículo 130, inciso 2, la responsabilidad penal de las personas jurídicas recae sobre las “personas jurídicas

³³ Proyecto de Ley N° 3491/2013-CR. Comisión de Justicia y Derechos Humanos, Periodo Anual de sesiones 2014-2015.

de derecho privado” (entiéndase las contempladas en la Ley general de sociedades), las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos (previstas en el Código Civil), las sociedades irregulares, entidades que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado o sociedades de economía mixta (contempladas en el Decreto Legislativo N° 1031). Así también, conforme a la Ley N° 30424, y ampliatorias, Decreto legislativo N° 1352 y Ley 30835, que reconoce la responsabilidad administrativa propia de la persona jurídica, repite dicha lista, agregando adicionalmente a las organizaciones no gubernamentales.

Así, desarrollando tal propuesta normativa y norma anexa, siguiendo la Resolución de la Superintendencia de Mercado de Valores N° 006-2021-SMV/01³⁴, esbozaremos un apartado sobre dichos entes colectivos.

Personas jurídicas de Derecho privado. Son aquellas contempladas en la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887³⁵, cuyo objeto esencial y único es la realización de actividades económicas, a saber: sociedades anónimas (SAA., y SAC), las sociedades comerciales de responsabilidad limitada (SCRL), las sociedades en comandita, sociedades civiles y sociedades colectivas (Elías, 2001, p. 2).

Asociaciones y Fundaciones. Son aquellas personas jurídicas reguladas en el artículo 80 a 98 y artículo 99 a 110, respectivamente, del Código Civil³⁶, que corresponde a las asociaciones y fundaciones, respectivamente, ambas de carácter no lucrativo. Así, en las primeras “sus integrantes pueden agruparse con fines altruistas (en beneficio de terceros), egoístas (en beneficio solo de sus

³⁴ Publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 31 de marzo de 2021. Deroga la Ley N° 24948 y Reglamento.

³⁵ Publicada en el Diario Oficial El Peruano. Entró en vigencia el 01 de enero de 1998.

³⁶ Decreto Legislativo N° 295, publicado el 25 de julio de 1984. Entró en vigencia el 24 de noviembre del mismo año.

integrantes) o mixtos”, v.gr., partidos políticos, asociaciones de vecinos, etc.; mientras que en las segundas “que se constituye con la afectación patrimonial con fines altruistas de una o varias personas (fundador o fundadores), en la cual sus integrantes (administrador o administradores) se encargan de conservar y cuidar dicho patrimonio, así como de dirigir esta persona jurídica, en beneficio de terceros (beneficiarios) (Espinoza, 2014, p. 223 y 390).

Organizaciones No Gubernamentales. Son aquellas personas jurídicas no lucrativas que necesariamente se han inscrito en un registro administrativo denominado “Registro de Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo, receptoras de Cooperación Técnica Internacional (ONGD-PERÚ)”, que tiene carácter constitutivo (administrativamente) y que ahora opera en la Presidencia del Consejo de Ministros (Espinoza, 2014, p. 425).

Comités no inscritos. Son aquellos regulados en el artículo 111 a 123 y 130 a 133 del Código Civil.

Sociedades irregulares. Son aquellas sociedades que no han cumplido con la formalidad requerida por la Ley General de Sociedades para su constitución, cuyo régimen se encuentra regulado en los artículos 423 al 432 de dicho cuerpo normativo.

Entidades que administran patrimonios autónomos. Se trata de aquellas entidades administradoras de fondos mutuos, sociedades administradoras de fondos de inversión, sociedades titulizadoras, gestores de patrimonios, administradoras de fondos de pensiones y fiduciarios autorizados por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, entre otras.

Empresas del Estado o sociedades de economía mixta. Son aquellas mediante las cuales el Estado realiza actividad empresarial, reguladas en el Decreto Legislativo N° 1031, clasificables, a saber en: empresas de Derecho público (v.gr., Banco de la Nación, Fonafe, etc.), empresas del Estado de Derecho privado (Petroperú, Perupetro, Serport, Sedapal, etc.), empresas de economía mixta (Cofide, etc.) (Pacori, 2021).

Como se ha visto del catálogo de personas jurídicas factibles de responsabilidad penal, como indica Caro (2020), el ámbito de aplicación determinado “va más allá del empresarial, al comprenderse a entes colectivos sin fines de lucro e incluso a partidos políticos (p. 382). Inclusive, alanza a la actividad del propio Estado, sector en el cual pueden vislumbrarse complejas dificultades de cara a la actual legislación y a aquella que se proponga de *lege ferenda* a razón de la diversidad fenomenológica que presentan las personas jurídicas en su interior.

En ese sentido, el legislador y doctrina españoles coinciden, siguiendo la regulación contenida en el artículo 31 bis CP español, que las personas jurídicas sujetas a responsabilidad penal serán única y exclusivamente aquellas en la que concurren dos elementos, a saber, la titularidad privada, por un lado, y el desempeño de actividades privadas, por el otro, contrario sensu, quedarán exentas de responsabilidad penal aquellas que ostenten titularidad pública y ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas (Feijoo, 2014, p. 63 y 64).

En ese orden de ideas, siguiendo la Circular 1/2016³⁷, se puede distinguir entre un “sector público administrativo y un sector público empresarial”, donde el primero comprendería a aquellas entidades del Estado que ejercen potestades públicas administrativas, esto es, a las contempladas en el artículo I del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, mientras que el segundo, en principio, a aquellas comprendidas en el Decreto Legislativo N° 1031 de la actividad empresarial del Estado, siendo a este último grupo personas jurídicas a las que se aplica el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

5. Teoría del Delito

5.1. Introducción. La teoría del delito puede ser definida como aquella construcción dogmática de responsabilidad penal derivada de la comisión del delito, mediante la cual se establecen las pautas esenciales para calificar un hecho determinado como delito y atribuir el mismo a su autor. En ese sentido, tenemos entendido que el delito es aquella acción típica, antijurídica y culpable. Mecánica de atribución que es innata a la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, para cuya afirmación se requiere la verificación escalonada de cada uno de dichos estamentos.

En ese orden de ideas, la propuesta de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas debe contar también con un itinerario de imputación que asegure las mayores garantías. Es así que se han venido elaborando modelos de imputación penal para estos entes colectivos, a saber, el modelo de

³⁷ Publicada el 22 de enero de 2022 en el marco de la aplicación de los nuevos preceptos sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas incorporadas en el Código Penal Español. Fiscalía General del Estado Español.

heterorresponsabilidad, vicarial, derivada o de reflejo, y el modelo de autorresponsabilidad, inclusive un modelo mixto, como veremos a continuación.

5.2. Modelos de responsabilidad penal

5.2.1. Modelo de heterorresponsabilidad. Denominamos modelo de heterorresponsabilidad, también llamado vicarial, derivado, reflejo, de transferencia o de atribución, a aquel por el cual la responsabilidad penal de la persona jurídica es consecuencia de la transferencia de la responsabilidad penal de la persona individual, de tal manera que se hace responsable penalmente a la persona jurídica por el hecho de otro, transgrediendo el principio de responsabilidad personal; con la ventaja sin embargo de obviar la discusión sobre lo que debe entenderse por responsabilidad por el hecho propio (culpabilidad) de la persona jurídica (Zúñiga, 2009, p. 311).

En palabras de Tiedemann (1993), como se cita en Gómez-Jara (2016), el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica se sustenta en su culpabilidad por defecto de organización en reemplazo de la culpabilidad personal (reproche ético personal) propio del Derecho penal tradicional, entendido como reproche social por el fallo organizativo. Fallo que es consecuencia de la omisión de medidas de seguridad en momento previo a la comisión del delito de la persona física, facilitando así que el delito de ésta se le impute a la persona jurídica a razón de su culpa antecedente (*actio libera in causa*), pues se considera que ésta se ha puesto libremente en un estado de fallo organizativo y ha provocado que las personas físicas cometan el delito, de tal manera que de no haberse producido dicho fallo se habría evitado la comisión de aquél. Ello justifica que el hecho de la persona física se transfiera e impute a la

persona jurídica, bajo la consideración de que si bien el hecho imputado a la persona jurídica no es suyo sino de la persona física, aquel se ha cometido por culpa de aquella (p. 160).

Ahora bien, para mayor precisión, puntualizar que la transferencia de la responsabilidad penal de la persona física a la persona jurídica se realiza primeramente en mérito a un “hecho de conexión o de referencia”, que a decir de Ragués (2017), de conformidad con la legislación española, está compuesto por los siguientes elementos: a) que la persona natural actúe en beneficio, directo o indirecto, de la persona jurídica, y, b) que actúe en nombre o por cuenta de la persona jurídica (p. 19 y siguientes); y en un segundo momento, con la fundamentación de la culpabilidad por defecto organizativo de la persona jurídica, en los términos ya expuestos.

En ese sentido Díez (2012), como se cita en Fernández y Chanjan (2016), explica que este sistema de heterorresponsabilidad se caracteriza por imputar a la persona jurídica un injusto ajeno hecho típico (objetivo y subjetivo) y antijurídico de la persona física, vía conexión en primer momento (hecho de conexión), y posteriormente, con la acreditación del defecto organizativo de la persona jurídica, de tal manera que hace suyo el delito de aquella (p. 353-354).

5.2.2. Modelo de autorresponsabilidad. Este modelo de responsabilidad, también denominado de culpabilidad propia o directa, se fundamenta en el principio culpabilidad en su manifestación de responsabilidad personal o de imputación personal. La responsabilidad penal solo puede ser atribuida por el hecho propio, quedando proscrita su asunción por hechos ajenos. En ese sentido,

indica Caro (2020), este modelo parte por considerar que las personas jurídicas tienen capacidad de acción y culpabilidad (p. 385).

Ese decir, siguiendo a Zúñiga (2009), el fundamento de esta responsabilidad penal propia se sustenta así:

Si la empresa quiere libertad, no intervencionismo estatal, entonces debe autorregularse. Se trata de incentivar a la propia persona jurídica a prever mecanismos directos para prevenir y descubrir los comportamientos peligrosos, para ello se le reconoce la responsabilidad directa de la propia corporación, imputándole a ella los elementos delictivos no al órgano. Se trata así de un comportamiento de la organización y no del reflejo de lo obrado por sus órganos. (p. 314)

Siendo ello así, corresponde pasar a explicar la manera en que se configuran dichos conceptos y opera la responsabilidad propia de las personas jurídicas, siguiendo la estructura ya conocida de la teoría del delito, pues, como expone Zúñiga (2009), ya no se trata de establecer un hecho de conexión como en el modelo de heterorresponsabilidad, “sino ¿qué tipo de resultados son imputables a la empresa?”, “pues es ella quien tiene el dominio de la organización y la evitabilidad de los delitos, no las personas físicas individuales” (p. 318)

Sin embargo, Gómez-Jara (2015) difiere en parte con dicho planteamiento, explicando que los elementos de conexión (“hecho de conexión”) aún se mantienen en este modelo, sin que por ello se pueda configurar un modelo de heterorresponsabilidad, pues aquellos no operan como fundamento, sino como nexo entre el injusto de la persona física (hecho típico y antijurídico) y el injusto de la persona jurídica (hecho típico y antijurídico), cuyo objeto es permitir

afirmar que la persona jurídica participa en el delito de la persona física; no obstante que por otra parte afirma que dicho “hecho de conexión” sí permite acreditar parcialmente el defecto organizativo (p. 130 y 270). Creemos que ello se debe a que también los elementos de conexión son propios de la persona jurídica.

Nosotros consideramos que la opinión de Zúñiga resulta más acorde con el planteamiento de una responsabilidad por el hecho propio, pues hace residir éste en los resultados que son factibles de imputársele a la persona jurídica; sin embargo, ello no es óbice para considerar que el modelo de autorresponsabilidad incorpore también elementos de conexión, en los términos expuestos por Gómez-Jara, como sucede en el ordenamiento jurídico penal español, por ejemplo.

5.2.2.1. Acción. El delito, en tanto acción típica, antijurídica y culpable, encuentra su pilar en el concepto de acción, que según lo explica Kudlich (2016), constituye “la unidad básica más pequeña y general”, “objeto de referencia de los valores existentes en el Derecho penal” (p. 133); cuestión que trae a colación el discernimiento de la afirmación o ausencia de la capacidad de acción de las personas jurídicas.

Sobre el punto, en nuestro país, Villavicencio (2017) explica que “Las personas jurídicas no tienen capacidad de conducta”, pues “Resulta evidente que la persona jurídica no realiza conductas humanas” (p. 268). En España, Gracia Martín también niega dicha capacidad (Gómez Tomillo, 2015, p. 63).

Sin embargo, se han formulado diversos postulados que buscan superar dicha argumentación. Uno de ellos, proveniente de las ciencias sociales, es el desarrollado por Lampe, como se cita en Gómez-Jara (2016), que fundamenta la capacidad de organización (como equivalente a la capacidad de acción) de la

persona jurídica en un concepto omnicomprendivo, persona social, que integra personas físicas y jurídicas, en el sentido que aquella tiene “capacidad de organización de la capacidad de acción ajena”, crea relaciones sociales y para ello organizan un programa social que dirige dicha interacción, cuya disconformidad con los “estándares sociales” o falta de un debido control son “desvaloradas negativamente por el Derecho (p. 114, 123-124).

En esa misma línea, un sector de la doctrina afirma conforme a la teoría de las normas’ que la persona jurídica es destinataria de las normas penales (capacidad de acción). La versión original de dicha teoría fundamenta esa conclusión en la relación de identificación, los actos de las personas físicas en nombre de la persona jurídica son considerados como propios de ésta (Gómez-Jara, 2016, p. 256); pero en España Gracia Martín y Silva Sánchez objetan dicha formulación porque las normas penales en tanto normas de conducta o determinación exigen capacidad de acción y con ello “autoconsciencia y libertad” que solo concurre en las personas físicas, que son quienes realmente actúan, (Gómez Tomillo, 2015, p. 63), colocándose por tanto a la persona jurídica en una situación jurídica similar a la del inimputable (Gómez-Jara, 2016, p. 118, 256).

Por su parte, la versión moderna de la teoría de las normas o teoría de las expectativas normativas tiene, explica Silva (2004), como se cita en Gómez Tomillo (2015), otro punto de partida _ sin perjuicio del apunte precedente_, se rezaga como objeto del Derecho penal la influencia “sobre la conducta de sus destinatarios” por una concepción de aquél como un “sistema de normas de valoración o de expectativas de conducta institucionalizada”, conforme al cual la persona jurídica puede ser destinataria de normas de valoración a razón de la

naturaleza social concurrente en ambas construcciones (“sistema” y “persona jurídica”) y por tanto defraudar las expectativas sociales (p. 63).

Bottke (1997), en esa mismo perfil (expectativas normativa), como se cita en Gómez-Jara (2016), parte de la idea de un mundo de contactos sociales conformado por sistemas autopoieticos y autorreferenciales (persona física y jurídica), en que el Derecho solo crea y estabiliza expectativas de organización, se representa idealmente cómo deben (“deber ser”) producirse dichos contactos, cuya defraudación genera la infracción de la norma (expectativa), de allí que la persona jurídica en tanto organizador competente de contactos sociales, es responsable por la conformación u infracción de las expectativas normativas, y por tanto destinataria de la norma penal en virtud de su posición de garante. Quedando por tanto solo en manos del legislador determinar los sujetos destinatarios de dichas expectativas y la consecuente responsabilidad por los contactos sociales (p. 115, 124, 259-263).

Siguiendo esas ideas, Gómez-Jara (2016) también considera que las personas jurídicas son destinatarias de la norma penal, cuya capacidad de acción debe ser entendida como capacidad de organización. Explica desde los postulados de los sistemas sociales autopoieticos y las teorías del management que las personas jurídicas que alcanzan cierto nivel de complejidad interna adquieren capacidad para autoorganizarse, pueden actuar por sí mismas; si bien advertimos que dicho planteamiento queda restringido a grandes empresas dado el requisito de la complejidad interna (p. 125).

Ahora bien, esta contracorriente afirmadora de la capacidad de acción de la persona jurídica, creemos, también puede encontrar asidero en la concepción

de la acción como manifestación de su personalidad, proveniente de Roxin, como indica Gómez Tomillo (2015), en el sentido de exteriorización de su organización interna (p. 65-67). Es cierto que Roxin considera como un supuesto de ‘ausencia de acción’ las acciones de las personas jurídicas, pero ello porque toma como punto de partida para su desarrollo a la persona ‘humana’, cuya comprensión remite a futuros desarrollos (1997, p. 252-260). Consideramos en cambio que dicho concepto puede tener un rendimiento mayor de cara a la capacidad de acción de las personas jurídicas.

Empecemos por la voluntad legislativa que, como lo expresaba Bottke, es un factor final relevante, y que como precisa Mir (tomando solo su punto de partida, por su posición de negar la capacidad de acción), como se cita en Gómez Tomillo (2015), “no es que la persona jurídica no sea capaz de acción en otros ámbitos jurídicos, sino que el Código Penal se venía refiriendo a acciones humanas” (p. 64). En España, por ejemplo, el legislador ya tomó la decisión (político-criminal) de admitir expresamente la responsabilidad penal de la persona jurídica, en claro correlato, que entendemos razonable y necesario, de ajustarse a la realidad de la existencia de los entes jurídicos por su intenso impacto en el mundo de las relaciones económicas y con ello tangencialmente en el sistema penal. Como indica Kudlich (2016), “desde una perspectiva constructivista”, las personas jurídicas si tendrían capacidad de acción, pues “en Derecho Civil (...) desde hace largo tiempo, y de modo indiscutido, pueden realizar formas de comportamiento relevantes jurídicamente” (p. 133). En Perú e Italia la situación es similar si bien matizada. En EE.UU esa necesidad punitiva inclusive tiene larga data (siglo XIX).

Sumado a ello, a fin de no redundar en la mera voluntad legal, el concepto manifestación de la personalidad es idóneo para albergar desde un punto de vista teórico y práctico las acciones de las personas jurídicas, lo último porque lo esencial en la persona jurídica ya desde punto de vista legal y práctico es precisamente su ‘personalidad jurídica’, elemento que le dota de individualidad y la separa de la persona física. Y desde el punto de vista teórico por la naturaleza normativa del concepto en cuestión, permitiendo la re-conceptualización de la categoría ‘acción’, trascendiendo de la mera concepción corpóreo-psíquica. Que por lo demás es apta para albergar cualquier forma de intervención en el delito, activa y omisiva, dolosa e imprudente.

5.2.2.2. Injusto. Conocemos como injusto al hecho típico y antijurídico, y en esa medida, para afirmar la responsabilidad penal propia de las personas jurídicas debemos fundamentar su propio injusto³⁸, diferente al injusto de sus directivos o trabajadores.

Así, en consecuencia con sus teorizaciones (arriba descritas), Bottke, por un lado, explica que el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, su injusto propio, reside en su capacidad para organizar “contactos sociales”, Lampe, por el otro, en la “capacidad de organización de la capacidad de acción ajena”, asumiendo por tanto una posición de garante; situando ambos autores el límite el límite de conformidad con el Derecho en el riesgo permitido, que más allá de él debe ser desvalorado con la consecuente responsabilidad (como se cita en Gómez-Jara, 2016, p. 114-115, 123-124).

³⁸ En ese sentido, también: Feijoo Sánchez.

En ese orden de ideas, Heine, como se cita en Gómez-Jara (2016) también otorga posición de garante a la persona jurídica, pero su fundamento lo encuentra en el dominio funcional-sistémico de la organización, conforma los postulados de la “diferenciación funcional” y “descentralización de las empresas”; cuestión distinta al dominio del hecho (p. 114).

Con referencia a estas argumentaciones, Gómez-Jara (2016) explica que de la afirmación de la capacidad de organización (acción) de las personas jurídicas _propio de aquellas con alta complejidad organizativa_ sigue inmediatamente la libertad para organizarse, pudiendo ejercitar dicha libertad mediante una organización correcta o defectuosa, verificándose éste último caso cuando la persona jurídica configura su organización de forma prohibida, esto es, configura una organización defectuosa _omitiendo medidas de control eficaces_ que supera el riesgo permitido _permitiendo la comisión del delito por la persona física_, pese a tener una posición de garante respecto a los peligros que puedan surgir de dicha organización (“foco de peligro”). Así es como se explica que el defecto de organización constituya el injusto propio de la persona jurídica, con fundamento en su posición de garante (p. 113-115 y 125-126).

Desde una postura afín, Zúñiga (2009) indica que el injusto propio de la persona jurídica, injusto de organización, en tanto organización compleja, se verificará con la lesión de un bien jurídico penal a consecuencia de un defecto organizativo, para cuyo efecto deberá someterse a análisis un conjunto de elementos en el marco de los cánones de la imputación objetiva (p. 320 y 321).

Ahora bien, también aquí corresponde tener en cuenta que el delito cometido por la persona física en el seno de la persona jurídica (hecho típico y

antijurídico) constituye también un presupuesto inicial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y con ello también, los elementos de conexión (“actuación en nombre y por cuenta” y “en beneficio” de la persona jurídica), en los términos ya anunciados en los párrafos precedentes.

En ese sentido, veamos a continuación la argumentación en torno al tipo objetivo y subjetivo de la responsabilidad propia de las personas jurídicas.

Tipo objetivo: Imputación objetiva. A decir de Gómez-Jara (2016), la defectuosa organización de la persona jurídica constituye un elemento del injusto hecho típico y antijurídico en su aspecto objetivo, conclusión que parte por deducir que dicha determinación resulta de la evaluación de los denominados programas de cumplimiento, pues su configuración debe estar sujeta a un criterio objetivo y además estar adecuado a los delitos concretos cuya comisión se pretende prevenir; y en esa medida, deberá estarse a los criterios que rigen la teoría de la imputación objetiva (p. 126-127, 131).

Así, a nivel de imputación de la conducta, el examen sobre la correcta o defectuosa organización de la persona jurídica puede advertirse bajo las siguientes hipótesis: i) si la persona jurídica carece de un programa de cumplimiento; se reflejará un indicio manifiesto de una defectuosa organización y la comprobación de un riesgo no permitido; y, ii) si la persona jurídica cuenta con un programa de cumplimiento; deberá estarse a una valoración de adecuación ex ante de aquél a la normativa (administrativa) respectiva, o en su defecto, a la concepción del riesgo permitido, a cuyo efecto deberá tomarse en consideración si en la elaboración de dicho programa se han evaluado los potenciales riesgos a presentarse en el seno de la persona jurídica; pues la negación de dicha

correspondencia también reflejará que la persona jurídica se encuentra defectuosamente organizada y por tanto ha sobrepasado el riesgo permitido (p. 128-130).

Afirmada la imputación de la conducta, corresponderá arribar a un segundo nivel de imputación, la del resultado. En efecto, no es suficiente la generación de un riesgo no permitido para la afirmación de la imputación objetiva, sino que aquél deberá realizarse en la concreción de un resultado lesivo (p. 130).

En ese orden de ideas, Zúñiga (2009) parte del “riesgo evitable”, a cuya determinación considera debe tomarse en cuenta factores como el riesgo permitido (la reglamentación estatal), la competencia empresarial preventiva de riesgos (reglamentación interna), la correspondencia de la lesión con la actividad empresarial (actuación en beneficio de la empresa), la probabilidad de la lesión del bien jurídico penal, y, finalmente, la correspondencia de incremento del riesgo y resultado lesivo (p. 323-325).

Finalmente, y sin perjuicio de lo expuesto, Zúñiga (2009) también expone que pese a las ventajas de los programas de cumplimiento, en la práctica se ha demostrado su inidoneidad para detener las ambiciones empresariales por la maximización de ganancias, a costa de todo interés general e inclusive de la prevención delictiva (p. 315), cuestionamiento acorde a la necesaria confrontación de los mecanismos teóricos a la realidad práctica, que sin embargo no anulan su funcionalidad pero nos alerta de la necesidad su constante revisión y perfeccionamiento. Es por ello que, siguiendo a la referida jurista, resulta imperioso que se inste la constante intervención del Estado “en la contención de

los riesgos que la actividad empresarial despliega, regulando y reglamentando las actividades riesgosas” y respondiendo coactivamente ante el incumplimiento (p. 3016).

Tipo subjetivo: Dolo e imprudencia. La responsabilidad penal en el ámbito de la tipicidad debe ser fundamentada tanto en su aspecto objetivo, como en el subjetivo, sin embargo, resulta preliminarmente confuso determinar qué es lo que debe entenderse por tipo subjetivo en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas

Un primer grupo de doctrinarios encuentran la referencia en el tipo subjetivo de las personas físicas. Así, según la tesis de la identificación, en palabras de Gómez Tomillo (2015) el tipo subjetivo de las personas jurídicas viene determinado por el de las personas físicas, pues la imputación subjetiva de las primeras estará supeditada e identificada con la imputación que se determine para las segundas en el caso concreto (p. 78 y 125). En sentido similar, Zugaldía opina que existe esa misma dependencia, pues es “ontológicamente” irreal atribuir dolo o imprudencia propios a las personas jurídicas (p. 10). En ese mismo orden de ideas, para la tesis de la “connotación”, dicho por Feijoo (2016), el dolo o imprudencia de la persona jurídica viene representado por la mayor o menor gravedad del defecto de organización, en tanto sería más grave el hecho cometido por un órgano directivo que por un sujeto subordinado, pero de igual manera referido, como en la tesis precedentes, al ámbito subjetivo de las personas físicas (p.84-88).

Sin embargo, dichos postulados no se corresponden con un modelo de autorresponsabilidad sino más bien con uno de heterorresponsabilidad, pues

siguen haciendo depender la imputación subjetiva de la persona jurídica de la de sus directivos o trabajadores.

Opina Gómez-Jara, resulta un contra sentido que se exija un injusto objetivo propio de la persona jurídica y en cambio se predice lo contrario respecto al injusto subjetivo, como lo hacen las teorías antes expuestas, por lo que este último también debería ser propio, el cual vendría dado desde una posición constructivista por el ‘conocimiento organizativo del riesgo’. Este conocimiento propio e independiente de la persona jurídica deriva de su naturaleza sistémica³⁹ y por tanto recae, no sobre el conocimiento individual, sino sobre las vinculaciones entre los elementos de conocimiento, son ellas el conocimiento organizativo mismo, por ello se dice que las decisiones de la persona jurídica no se corresponden con procesos psíquicos de las personas físicas sino con comunicaciones en estricto sentido; cuya acreditación debe hacerse de forma indiciaria. Así, v.gr., el conocimiento del riesgo por parte del Consejo de Administración es considerado indicio relevante para afirmar dicho conocimiento; pero por lo ya afirmado no como conocimiento individual (dolo), sino organizativo, ello entendemos a razón de la alta representatividad de las personas físicas. Construcción doctrinaria que se asemeja a la “teoría del conocimiento colectivo o del conocimiento agregado”, pero se distingue en que esta es “la suma del conocimiento de los miembros” de la persona jurídica (2016, p. 137-140; 2008, p. 240, 282).

No obstante, Zúñiga (2009) critica la teoría precedente porque si bien postula una imputación subjetiva propia, podría llevar a considerar que “todos los

³⁹ La persona jurídica es un sistema conformado por decisiones o comunicación de decisiones, no como decisión en el sentido de elección racional sino como sucesión de decisiones; independiente de las personas físicas.

comportamientos empresariales son dolosos”, por lo que sería más adecuado acudir a la teoría del dolo cognitivo, específicamente, a un conocimiento potencial de la peligrosidad objetiva de la actuación organizacional, siempre que dicha peligrosidad sea de una entidad importante, pues de ser menor la atribución sería a título de culpa; siendo que inclusive tratándose de un comportamiento riesgoso en tanto defecto organizacional, la imputación podría ser únicamente a título de culpa consciente (p. 327-329).

Engranado esta última crítica, Quintero Olivares (2007), como se cita en Gómez-Jara (2016) entiende que ese tipo subjetivo propio puede integrarse tanto como dolo como por imprudencia, esto es, tanto si la persona jurídica tiene “conciencia de las consecuencias de sus planes” o adolece de “falta de una conciencia exigible sobre las derivaciones de sus planes”, respectivamente. Cuestión cercana pero diferente al planteamiento del conocimiento organizativo, pues éste parece identificarse en esencia con la categoría del dolo (p. 139).

Rodríguez (2011) en cambio opta por la tesis de la imprudencia inconsciente, pues entiende que las personas jurídicas no tienen capacidad de discernimiento, carecen de psiquis, por lo que entiende queda excluido el dolo. Pues, explica, “en determinados supuestos lo que se reprocha al sujeto activo de un delito imprudente es precisamente no haber previsto, no haberse representado el posible resultado peligroso o lesivo para un bien jurídico” (como se cita en Gómez-Jara, 2016, p. 137).

A modo de conclusión, sea que se opte por un dolo como conocimiento organizativo o colectivo o como conocimiento potencial (inclusive a título de culpa), o también como imprudencia inconsciente, los desarrollos dogmáticos

enunciados dan cuenta de una teoría que propende hacia una responsabilidad penal propia de las personas jurídicas, que, como indica Zúñiga (2009), en este específico aspecto del tipo es donde se advierte con mayor nitidez la diversidad de conceptos y la imposibilidad de claridad (p. 329).

5.2.2.3. Culpabilidad. Varias son las tesis que se han vertido para fundamentar la culpabilidad de las personas jurídicas, siendo que consideramos oportuno traerlas a colación.

Para Hafter, quien postula la tesis de la conciencia (inteligencia o energía) especial de la persona jurídica, su culpabilidad se fundamenta en esa conciencia o voluntad, representada por el acuerdo conjunto o la decisión del órgano decisor, la cual resulta diferente a las voluntades individuales de sus miembros. En sentido afín, Busch, autor de la tesis del espíritu normativo de la persona jurídica, su culpabilidad es la de todos sus miembros, pues cada uno de estos tiene el deber de garante respecto a su correcto funcionamiento y la no adopción de una actitud social lesiva. Por su parte, Schroth, enseña que la culpabilidad de la persona jurídica reside en la culpabilidad funcional del órgano, cuyo comportamiento omnicomprendivo de las demás formas de comportamiento humanas representa su culpabilidad colectiva. Para Hirsch, la culpabilidad reside en la “evitabilidad del hecho” por la propia persona jurídica. En sentido similar, Ehhradrt, opina que aquella reside en la capacidad motivadora de una conducta, positiva o negativa, de sus integrantes respecto a la empresarial (como se cita en Gómez-Jara, p. 153-157).

En tanto que para Lampe, “la culpabilidad de la persona jurídica es la consecuencia de un defectuoso carácter empresarial”; siguiendo similar

fundamento, Heine la ubica en los “déficits en el cuidado del control del riesgo durante mucho tiempo”; así también Dannecker, la encuentra en un reproche ético-social al sistema (persona jurídica), esto es, por su “falta de corrección en el sentido de haber generado una filosofía empresarial deficiente o una estructura organizativa deficiente”. Más acentuada la postura de Tiedemann, quien partiendo de un aspecto puramente socio-jurídico, opina que la culpabilidad reside en el defecto de su organización, propuesta a la que se le critica sin embargo su oposición a la admisión de causas de exculpación. (p. 157-163)

En ese acumulado de posiciones doctrinarias, Gómez-Jara (2016) plantea un modelo basado en la autorresponsabilidad de la persona jurídica con fundamento en la teoría de los sistemas autopoieticos propio de organizaciones empresariales complejas, indicando que “lo decisivo (...) es que la organización institucionalice una cultura de compliance –esto es: de cumplimiento de la legalidad⁴⁰ – puesto que ello es lo que acredita su fidelidad al Derecho. La carencia de la misma, por tanto, muestra una falta de fidelidad al Derecho o falta de disposición jurídica que amerita el reproche culpabilístico...”. Así, considerada la persona jurídica como un ciudadano fiel al Derecho, la cuestión reside en determinar que si al momento del acaecimiento del hecho ilícito aquella contaba o no con medidas de seguridad y control adecuadas (cultura empresarial-compliance), destinadas a prevenir su comisión (p. 166, 170, 172, 175-177).

5.2.3. Modelo mixto. El modelo mixto, a entender de Díez (2016), como se cita en Fernández y Chanjan (2016), combina elementos de los modelos anteriormente expuestos, pues admite la transferencia de la responsabilidad de las

⁴⁰ De acuerdo en lo esencial (culpabilidad como falta de cultura de cumplimiento de la legalidad): Feijoo Sánchez y De La Cuesta Arzamendi.

personas físicas a la persona jurídica tal como sucede en la heterorresponsabilidad, pero también gradúa la responsabilidad penal de la persona jurídica atendiendo a su comportamiento, atenuándola o exonerándola, a través, por ejemplo, de los programas de cumplimiento (p. 354).

Así, podemos traer a colación el planteamiento de Gómez Tomillo (2015), según el cual, en primer lugar, el “injusto propio” de la persona jurídica está representado únicamente por un hecho objetivamente típico que no considera el tipo subjetivo, difiriéndolo al ámbito de la culpabilidad y siempre referido al dolo o imprudencia de las personas físicas, resultante de la determinación vía juicio valorativo de que el hecho cometido por la persona física se ha producido en un contexto empresarial, calificable por tanto como “hecho de empresa”, como lo sería, en un delito ambiental, la verificación del vertido contaminante, pues se ha producido en nombre o por cuenta y en beneficio de la persona jurídica.

En segundo lugar, afirmado el injusto, corresponderá fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica en el defecto de organización, resultante de la evaluación de diversos aspectos (presencia de programas de cumplimiento, actuación dolosa o imprudente de las personas físicas, etc.), coincidiendo superficialmente en este punto con la postulación original del sistema, pues difiere de éste al postular la exclusión de la responsabilidad de la persona jurídica cuando se demuestre que esta cuenta con una organización eficiente (p. 74-75 y 179).

Consideramos que la mixtura del presente modelo teórico supera la inconsistencia del modelo vicarial clásico de fundamentar la culpabilidad en el defecto de organización pero descartando sin embargo la exención de

responsabilidad pese al modelo de prevención, no obstante, entendemos que la atenuación o exención de la responsabilidad estará al defecto de organización, se eximirá cuando el *compliance* haya sido eficaz e idóneo, se atenuará en toros casos. Así, en un modelo mixto la consecuencia del *compliance* es la exclusión de responsabilidad de la persona jurídica, su fundamento esencial: *culpa por la organización deficiente*.

6. Normativa Nacional y Comparada

Proyecto del Nuevo Código Penal del Perú⁴¹:

Artículo 130. Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Las personas jurídicas son responsables del delito previsto en el artículo 584 que, en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio directo o indirecto, cometan:

Sus administradores de hecho o de derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo.

Las personas naturales que prestan cualquier tipo de servicio a la entidad, con total independencia de su naturaleza, del régimen jurídico en que se encuentren o de si existe relación contractual y que, estando sometidas a la autoridad y control de los gestores y órganos mencionados en el numeral anterior, actúan por orden o autorización de estos últimos.

Las personas naturales señaladas en el numeral precedente, cuando no se ejerza el debido control y vigilancia, en atención a la situación concreta del caso.

⁴¹ Proyecto de Ley N° 3491/2013-CR. Comisión de Justicia y Derechos Humanos, Periodo Anual de sesiones 2014-2015.

...4. Las personas jurídicas no son responsables cuando, con anterioridad a la comisión del delito, hubieren adoptado e implementado un modelo de prevención, de conformidad con lo establecido en el artículo 141.

Artículo 131. Autonomía de la responsabilidad de las personas jurídicas

La responsabilidad de la persona jurídica es independiente de la individualización, investigación, juzgamiento y eventual condena de la persona física responsable del delito. Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no repercuten en la responsabilidad de las personas jurídicas. Esta regla también es aplicable a la persona jurídica unipersonal.

Ley N° 30424 y modificatorias⁴²:

Artículo 3. Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas

Las personas jurídicas son responsables administrativamente por los delitos señalados en el artículo 1, cuando estos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por:

Sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias.

⁴² Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21 de abril de 2016. Modificada mediante Decreto Legislativo N° 1352, publicada el 07 de enero de 2017. Reglamentada mediante Decreto Supremo N° 002-2019-JUS, publicado el 09 de enero de 2019.

La persona natural que, estando sometida a la autoridad y control de las personas mencionadas en el literal anterior, haya cometido el delito bajo sus órdenes o autorización.

La persona natural señalada en el literal precedente, cuando la comisión del delito haya sido posible porque las personas mencionadas en el literal a. han incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad encomendada, en atención a la situación concreta del caso...”.

Artículo 4. Autonomía de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica y extinción de la acción contra la persona jurídica

La responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural. Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas...”

Artículo 17. Eximente por implementación de modelo de prevención

17.1. La persona jurídica está exenta de responsabilidad por la comisión de los delitos comprendidos en el artículo 1, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.

...17.4. Se excluye también la responsabilidad de la persona jurídica, cuando cualquiera de las personas naturales señaladas en el artículo 3 comete el delito eludiendo de modo fraudulento el modelo de prevención debidamente implementado.

Código Penal de España⁴³:

Artículo 31 bis.

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

⁴³ Ley orgánica 5/2010, modificada mediante 1/2015, de 30 de marzo de 2015, que modifica el Código Penal español de 1995 (Ley orgánica 10/1995).

- el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

- la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

- los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención, y,

- no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

...4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. En este caso

resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo...”

Artículo 31 ter.

1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella...”

2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.

Artículo 31 quinquies.

1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

Como hemos visto en el ítem precedente, y según se aprecia de una apreciación comparativa a priori de la legislación nacional y española, estas contienen regulaciones relativamente similares, lo cual nos permite realizar un acercamiento interpretativo de lo que debe entenderse por responsabilidad “penal” de las personas jurídicas en el Perú, a razón del mayor desarrollo doctrinario y jurisprudencial alcanzado en España, por lo que anotamos necesario precisar el modelo al que se acuña su legislación.

Así, de una revisión didáctica de la regulación española contenida en los artículos 31 bis y quinquies, del Código Penal español, se puede apreciar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es catalogada como autónoma, a partir de lo cual se exige: i) la comisión de un delito por una persona física que se desempeñe en la persona jurídica (hecho individual), y, ii) la verificación de que la persona física actuó en nombre o por cuenta y en beneficio de la persona jurídica (elementos de conexión). Pero a la vez, también se establece la posibilidad de excluir dicha responsabilidad, según el caso, a saber: i) si el delito es cometido por un directivo, cuando la persona jurídica ha adoptado previamente un modelo de prevención, la supervisión de este corresponde a un órgano

autónomo de la persona jurídica, los autores individuales han “burlado” el modelo, y cuando pese a esto, la supervisión no ha sido insuficiente, ii) si el delito es cometido por un dependiente, la exclusión de la responsabilidad de la persona jurídica solo se producirá cuando el modelo haya considerado la prevención de delitos de la naturaleza del que se cometió. Inclusive, la exclusión puede fundarse, en la atipicidad de hecho o por su conformidad con el Derecho (causas de justificación).

En ese sentido, una primera impresión interpretativa nos lleva a concluir a priori que el modelo español se corresponde con un modelo mixto de responsabilidad, pues parece seguir atribuyendo responsabilidad penal a la persona jurídica por el hecho de la persona física vía hecho de conexión (heterorresponsabilidad), pero a la vez incorpora cláusulas que excluyen su responsabilidad penal.

Sin embargo, ello no parece ser del todo correcto, pues un análisis de las cláusulas de exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, nos permite concluir que en realidad estamos ante un modelo de autorresponsabilidad, pues aquellas están referidas todas ellas al ámbito de organización de la persona jurídica. Es decir, contrario sensu, se interpreta que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se fundamenta en su déficit organizativo, de tal manera que aquella se excluirá cuando demuestre una organización suficiente, lo cual se materializa a través de los denominados modelos de prevención de delitos. Es decir, a la persona jurídica asume su propia responsabilidad, diferente a la de la persona física.

Sobre este punto, el Tribunal Supremo español, en su STS 534/2020, de 22 de octubre de 2020, se ha pronunciado en el sentido que el Código Penal español contempla un modelo de autorresponsabilidad, pues resulta “independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad”, añadiendo que ésta exige como presupuestos, primero, la comisión del delito en los términos del 31 bis (1, a y b) , y segundo, la exigencia de un modelo de supervisión y control eficaz para la prevención de la comisión de delitos. En ese sentido, explica que a la persona física y a la persona jurídica se les imputa el mismo delito, donde la actuación de la segunda consiste en hacer posible o facilitar la comisión del delito por la persona física, a razón de haber omitido su obligación de implementar medidas de supervisión y control eficaces para prevenirlo (deber de garante), en otras palabras, por haberse organizado defectuosamente. De esa manera, tratándose de una imputación que está vinculada a la imputación individual, a la primera le afectará “todo lo relativo a la prueba de los hechos ejecutados por las personas físicas, con todas las circunstancias que pudieran influir en la evitabilidad del delito concreto imputado, así como a la calificación jurídica de la conducta”.

A modo de resumen, podemos concluir que, de conformidad al criterio jurisprudencial expuesto, el hecho de conexión representa un elemento del tipo de la responsabilidad penal de la persona jurídica, al cual debe añadirse otro, la actuación realizada por la persona jurídica para evitar ese hecho concreto; conformando un modelo de autorresponsabilidad.

Haciendo un símil interpretativo con la legislación peruana, encontramos una situación similar, pues se parte elementos comunes como el hecho de conexión y cláusulas de exclusión de la responsabilidad, que dotan de autonomía a la responsabilidad de la persona jurídica, sin que la misma sin embargo, reiteramos, se encuentre completamente configurada de cara a la seguridad jurídica. De allí, a modo de ensayo, podemos concluir que tanto el modelo español como peruano responden a un modelo de autorresponsabilidad, aunque bien podría también ser calificado de mixto, cuya aplicación viene orientada por los diversos postulados sobre la materia como también, en el caso español, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de vital importancia para el propósito dogmático común de una teoría del delito propia de las personas jurídicas, que si bien busca ir sujeta a la teoría del delito de las personas físicas según se desprende la doctrina y jurisprudencia, nada obsta construcciones dogmáticas distintas.

7. Catálogo de Delitos

El proyecto del Nuevo Código Penal, en su artículo 130, contempla la aplicación de la responsabilidad penal para personas jurídicas única y exclusivamente para el delito de cohecho activo internacional (art. 584 del Proyecto), por su parte, la vigente Ley 30424, ampliatorias y modificatorias, artículo 1, sobre la responsabilidad administrativa de la personas jurídicas, la prevé para los delitos de colusión (art. 384), cohecho activo (art. 397), cohecho activo transnacional (art. 397-A), cohecho activo específico (art. 398), tráfico de influencias (art. 400), lavado de activos, en sus modalidades de conversión y transferencia, ocultamiento y tenencia, transporte, traslado o salida por territorio

nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito, y agravantes y atenuantes (art. 1, 2, 3 y 4 del decreto legislativo N° 1106), y, finalmente, para el financiamiento al terrorismo (art. 4-A del Decreto Ley N° 25475, Decreto Ley que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio).

En ese sentido, podemos decir que nuestro ordenamiento jurídico establece un catálogo cerrado de delitos (*numerus clausus*), reduciéndola así a un escaso número, quizá pensando en realidades coyunturales como los actos de corrupción acaecidos en el seno de las grandes empresas de construcción que operan el Perú, lo cual da cuenta de una improvisación y apresuramiento legislativo.

España también ha establecido un catálogo cerrado, aunque más amplio, incluyendo además de los ya mencionados anteriormente, delitos de estafa, contra el medio ambiente, salud pública, tráfico ilegal de órganos, daños, contra la hacienda pública, contrabando, etc. Sin embargo, como explica Urruela (2011), otros países como Hungría, Francia y Holanda a diferencia del caso peruano y español han previsto un catálogo abierto de delitos (p. 445-446).

Como se advierte, parece ser que a fin de evitar lagunas de impunidad lo recomendable sería optar por un sistema abierto, no obstante que dicha opción también podría traer inconvenientes dada la naturaleza del sujeto de imputación, por lo que también resulta razonable, dada la insipiencia del tema y la poca experiencia, partir de un catálogo cerrado que vaya adecuándose a la realidad de cada país; siendo que sin perjuicio de ello, Zúñiga (2009), explica que el catálogo debería estar formado por “delitos socioeconómicos y contra el medio ambiente

fundamentalmente”, inclusive “delitos contra la vida, la salud o el honor de personas individuales” (p. 320).

A modo de conclusión, somos de la opinión que el modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas representa el desarrollo dogmático con mayores virtudes de cara a cautelar un Derecho Penal propio de un Estado Constitucional de Derecho.

Hasta aquí, hemos logrado formarnos algunas ideas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y que, incardinadas con el capítulo anterior, reafirma la exigencia de seguir vinculándola a los principios del Derecho Penal propios de un Estado Constitucional de Derecho si bien realizando las adecuaciones necesarias, y que en el próximo capítulo destacaremos en el concreto ámbito de la autoría y participación de las personas jurídicas.

Capítulo IV

Autoría Y Participación En La

Responsabilidad Penal De Las Personas

Jurídicas En La Dogmática Penal Y

Jurisprudencia Nacional Y Extranjera

1. Introducción

En los capítulos precedentes hemos expuesto el marco jurídico-dogmático de un cúmulo de temas afines que responden todos ellos a una idea principal: *la correspondencia de las categorías penales con los cánones de un Estado Constitucional de Derecho*. En ese itinerario hemos buscado destacar la relación existente entre el Derecho Penal y el modelo de Estado Constitucional de Derecho, acentuándola concretamente en los principios sustantivos y procesales que rigen dicha rama jurídica y su correspondencia con dicho modelo de Estado, descendiendo a un tópico penal concreto, el concerniente al concepto de autoría y sus principales teorías en el marco de la intervención delictiva de las personas físicas.

Esa misma idea viene siendo desarrollada por la doctrina y jurisprudencia en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en un esfuerzo de configurar una teoría del delito propia de la persona jurídica, en todos sus niveles, de los cuales la doctrina destaca como uno de los tópicos de mayor necesidad de desarrollo dogmático el de la autoría y participación. El propósito de este trabajo de investigación se concentrará en esta cuestión. En efecto, la dogmática penal ya tiene formuladas respuestas a la problemática de la responsabilidad penal de las personas naturales, pero para las personas jurídicas ello aún es incipiente.

Aquí, como en el caso de la responsabilidad penal de las personas naturales, no se vislumbra mayor problema cuando se trata de imputar responsabilidad en un hecho en el que solamente ha intervenido una sola persona jurídica, la problemática radica en ambos casos cuando la intervención es

múltiple, esto es, cuando en un mismo hecho (o más) intervienen dos o más personas jurídicas que deben responder por aquel, situación que puede presentarse ya sea en situaciones comunes (conforme se verificará y analizará casuísticamente en su momento) como respecto de aquellas en que las personas jurídica se encuentran unidas o vinculadas por lazos económicos, que pueden ser flexibles o estrictos, como sucede en los casos de *joint ventur* y afines, como también en grupos empresariales (que merecen un breve y previo repaso teórico, como haremos en seguida).

Nociones que responden a la globalización económica, y más específicamente, a la necesidad de entablar relaciones económicas a través de la unión de empresas a fin maximizar la rentabilidad de un determinado negocio como la expansión del mismo. Así, ya no bastará conocer los destinatarios de la norma penal (personas jurídicas), sino que será necesario indagar aquellos supuestos en los que se plantea la factibilidad de configurarse la intervención múltiple de personas jurídicas en un ilícito, por lo que resulta necesario adentrarnos previa y someramente a aquellos escenarios de concentración o conglomeración empresarial, para, con vista en la dogmática, analizar las fórmulas de solución.

Por ello, será de especial interés analizar la utilidad que ofrecen los conceptos de autoría existentes, de allí que en este capítulo realizaremos un análisis comparativo entre la aplicación del concepto restrictivo de autoría y el concepto unitario de autoría en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con el propósito de evaluar cuál de los dos conceptos se adecúa mejor a un modelo de Estado Constitucional de Derecho, indagando para ello las

soluciones que se proponen desde cada concepto, con especial mención de la teoría del dominio de hecho y teoría normativa de la participación, ello a fin de no dar por sentado nociones que, recordemos, han sido construidas para ser aplicadas a las personas físicas, que desde luego deben ser re-analizadas conforme a una nueva óptica que tiene a la persona jurídica como nuevo sujeto de imputación penal, que, como se ha visto, presenta particularidades propias a las que doctrina penal viene buscando dotar de una teoría penal propia.

En el objetivo trazado, se proporcionará un análisis casuístico apoyado en la jurisprudencia nacional y extranjera, aunque con mayor énfasis en esta última, que guiará las conclusiones y recomendaciones a que se arriben; todo ello, a fin de acercarnos lo más próximo posible a soluciones que resulten adecuadas a los estándares de un Estado Constitucional de Derecho: los Principios propios del Derecho Penal.

2. Grupos Empresariales

2.1. Nociones

El fenómeno de los denominados grupos empresariales o grupos económicos se encuentra vinculado al de la globalización de los mercados, término que si bien aún no se encuentra claramente delimitado, podemos definir básicamente como aquel “conjunto de entidades situadas bajo la influencia de un centro de decisión”, pudiendo presentarse bajo diversidad de formas, tales como conglomerados, holding, keiretsus, etc. (García y Martín, 1992); o como diría Córdova (2006), “conjunto de personas jurídicas de diferente naturaleza, formalmente autónomas e independientes, que se encuentran subordinadas y

sometidas a la dirección ejercida por parte de la sociedad cabeza de grupo” (p. 77).

Situándonos en la normativa española, de conformidad con el artículo 42 del Código de Comercio⁴⁴ de dicho país, se dice que:

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto. b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto. d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores (...)

En el Perú la regulación jurídica que se tiene sobre la materia es: i) El reglamento de propiedad indirecta, vinculación y grupos económicos, aprobado por la Superintendencia de Mercado de Valores, mediante resolución de superintendencia N° 00019-2015, publicado el 18 de setiembre de 2015; y, ii) Normas especiales sobre vinculación y grupo económico, aprobado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP – SBS, mediante Resolución de SBS N° 5780-2015, con fecha 24 de setiembre de 2015. A éstas se ha sumado

⁴⁴ Publicado mediante Real Decreto de 22 de agosto de 1885.

recientemente, la Ley N° 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, publicado el 07 de enero de 2021., y su Reglamento, Decreto Supremo N° 039-2021-PCM, publicada el 04 de marzo de 2021.

Así, el artículo 7 del primero de ellos define al grupo económico como:

El conjunto de entidades, nacionales o extranjeras, conformadas por al menos dos entidades, cuando alguna de ellas ejerce el control sobre la o las demás o cuando el control sobre las entidades corresponde a una o varias personas naturales que actúan como unidad de decisión (...). Por su parte, el artículo 8 del segundo de los preceptos clasifica los grupos económicos en conglomerados financieros, mixtos y no financieros.

Por su parte, el artículo 3, numeral 3, de la Ley N° 31112, define grupo económico, como sigue:

Es el conjunto de agentes de económicos, nacionales o extranjeros, conformado por al menos dos miembros, cuando uno de ellos ejerce el control sobre el otro u otros, o cuando el control sobre los agentes económicos corresponde a una o varias personas naturales que actúen como una unidad de decisión.

2.2. Caracteres

Subordinación o Control. Siguiendo el tenor del artículo 9° de las “Normas especiales sobre vinculación y grupo económico”, existirá control, cuando una persona jurídica o ente jurídico ejerza “influencia preponderante y continua en la toma de decisiones” de los órganos de gobierno o afines de las otras u otros integrantes del grupo, control que podrá estar referido al poder de

voto o a facultades de designación y afines, estrategia empresarial, etc., así como, vía presunción iuris tantum, cuando la mayoría de integrantes del directorio o afín esté vinculado por riesgo único al grupo económico (art. 10).

Unidad de Propósito y Dirección. Este segundo requisito se deduce del tenor del artículo 8, 9 y 10 de la citada norma, que a decir de Córdova (2006) representa la esencia del grupo empresarial, ya que:

(...) consiste en que una misma empresa o actividad económica sea ejercitada en forma inmediata por una o varias sociedades o personas jurídicas, las operantes, y en forma mediata por las sociedades cabezas de grupo, de tal manera que una misma empresa es ejercitada por varios empresarios. (p. 83-84)

2.3. Tipología

Por principio cabe precisar que la terminología utilizada por nuestro legislador para designar este fenómeno es, según la normativa antes citada, la de grupos económicos o conglomerados, a los que a la vez puede también denominárseles grupos empresariales. En ese sentido, podemos hablar de: i) conglomerados financieros, ii) conglomerados mixtos y, iii) conglomerados no financieros.

Así, hablaremos de conglomerados financieros cuando el grupo este integrado por las personas jurídicas o entes jurídicos siguientes: i) las previstas en el artículo 16 y 17 de la Ley general del sistema financiero y sistema de seguros (Ley N° 26702), esto es, las empresas de operaciones múltiples (bancos, financieras, cajas, EDPYMES, cooperativas), empresas especializadas (De capitalización inmobiliaria, arrendamiento financiero, factoring, afianzadora y de

garantías, servicios fiduciarios, administradora hipotecaria), bancos de inversión y empresas de seguros (de riesgos generales y/o de vida, seguros y reaseguros), también empresas de servicios complementarios y conexos (almacén general de depósito, empresa de transporte, custodia y administración numerario, emisora de tarjetas de crédito y/o débito, de transferencia de fondos, emisoras de dinero electrónico); y/o, ii) holding, agentes de intermediación en mercado de valores, sociedades de administración de fondos mutuos de inversión en valores y fondos mutuos, tituladoras, de propósito especial, patrimonios autónomos financieros, AFP, EPS, otros compatibles (art. 11).

En cambio, estaremos ante conglomerados mixtos cuando por los menos uno de los integrantes del grupo lo conforme cualquiera de las personas jurídicas o entes jurídicos enunciadas en el párrafo precedente; y ante conglomerados no financieros cuando el grupo esté integrado por personas jurídicas o entes jurídicos distintos a aquellos (art. 12 y 13).

2.4. Grupos Económicos que Operan en Perú⁴⁵

Son numerosas las empresas que en el Perú se han organizado como grupos económicos, de lo cual solo mencionaremos los más importantes, a fin de a partir de allí conocer las diversas formas que se han constituido.

2.4.1. Intercorp Perú⁴⁶. Grupo económico mixto de origen peruano, con presencia en territorio nacional y extranjero (subsidiarias), cuya empresa matriz es Intercorp Perú Ltd., que funciona como Sociedad Administradora de Inversiones y Holding, conformada por:

⁴⁵ Ver: Los principales grupos económicos operante en el Perú y sus relaciones laborales.

⁴⁶ Ver: <https://www.intercorp.com.pe/es>

- i. *Holding Intercorp Financial Services*, que gestiona el rubro financiero (Interbank, Interseguros e Inteligo Group).
- ii. *Holding Intercorp Retail*, que gestiona el rubro de comercio minorista, conformado por: a) Financiera Oh, Oeshle y PROMART; y, b) InRetail Perú Corp., integrado por InRetail Consumer [Supermercados Peruanos (Plaza Vea, Makro, Vivanda, Mass) y InRetail Pharma (cadena de farmacias Inkafarma y Mifarma-Holding Quicorp)] e InRetail Shopping Malls (Real Plaza).
- iii. *NG Education Holdings*, que gestiona el sector educativo [Universidad Tecnológica del Perú, Zegel IPAE y Colegios Peruanos SA (franquicia Innova Schools)].

2.4.2. Romero⁴⁷. Grupo económico mixto de origen peruano que opera bajo los siguientes holdings y empresas:

- i. *Holding La Palmas*; que gestiona parte del sector agro-energético, dedicado a la producción y comercialización de aceites, mantecas y jabones, conformado por las siguientes empresas: a) Palmas del Espino S.A., Palmas del Shanusi S.A., Palmas del Oriente S.A (sector agrícola), y b) Industrias del Espino S.A., Industrias del Shanusi S.A., Industrias del Tulumayo S.A. e Industrias de Grasas y Aceites S.A (sector industrial), cuyas principales marcas son spa, Popeye (jabones), tondero y tropical (aceites y mantecas).

⁴⁷ Ver: <http://www.gruporomero.com.pe/>

- ii. *Holding Caña Brava*; que gestiona parte del sector agro-energético, conformado por las siguientes empresas: a) Agrícola del Chira S.A (cultivo de la caña de azúcar), b) Sucroalcolera del Chira S.A. (producción industrial del etanol), y c) Bioenergía del Chira S.A (generación de la energía eléctrica a partir del bagazo).
- iii. *Holding Centenario*, que gestiona las empresas del sector inmobiliario.
- iv. *Holding Credicorp*, que gestiona las empresas del sector financiero, conformado por el Banco de Crédito del Perú, Mibanco, Grupo Pacífico y AFP Prima, entre otros.
- v. *Otras empresas del grupo*: a) Alicorp, dedicada a la elaboración de productos industriales, consumo masivo y nutrición animal, cuyas principales marcas son capri, primor, cocinero y otros, opal, bolívar, sapolio y otros, tentación, casino, sayón, victoria y otros, blanca flor, favorita y otros, negrita y otros, don victorio, lavaggi y otros, alacena, nicovita; b) Fino; c) R Trading; d) Ransa; f) Primax; g) Pesquera Centinela; h) Tisur; i) Tramarsa; y, j) Limtek.

2.4.3. Falabella⁴⁸. Grupo económico mixto de origen chileno que opera bajo el holding Falabella, conformado por tiendas Saga Falabella, banco Falabella, Hipermercados Tottus, Sodimac, Maestro, centros comerciales Mall Plaza, entre otros.

2.4.4. Breca. Grupo económico mixto conformado por empresas de diversos sectores tales como BBVA Banco Continental – 46.12% (holding Continental SA), Rímac Seguros, Minsur y otros.

⁴⁸ Ver: <https://investors.falabella.com/Spanish/quienes-somos/default.aspx>

2.4.5. BBVA Perú⁴⁹. Grupo económico conformado por BBVA Banco Continental - 46.12% (BBVA Perú holding SAC), BBVA Bolsa Sociedad Agente de Bolsa S.A., BBVA Asset Management S.A. SAF, BBVA Sociedad Titulizadora S.A., Inmuebles y Recuperaciones BBVA S.A, BBVA Consumer Finance EDPYME, Forum Comercializadora del Perú S.A. y Forum Distribuidora del Perú S.A. y Continental DPR Finance Company.

2.4.6. AENZA⁵⁰. Grupo económico mixto de origen peruano, antes Graña y Montero, que opera bajo el holding AENZA SAA., en diversos sectores tales como ingeniería y construcción (Cumbra Perú, GyM Chile, Vial y Vives, Cumbra Ingeniería, Morelco), infraestructura (UNNA ENERGIA, Concar y otras) e inmobiliaria (Viva negocio inmobiliario).

2.4.7. Cencosud⁵¹. Grupo económico de origen chileno que opera en el Perú en el sector retail mediante supermercados Wong y Metro, Banco Cencosud (Tarjeta cencosud cerrada, tc visa, Seguros cencosud y avances efectivo, como soluciones financieras de consumo), y otros centros comerciales.

2.4.8. Aje Perú⁵². Grupo económico no financiero de origen peruano, conformada por dos empresas dedicada al rubro de bebidas tales como Big Kola, Cifrut, Sporade, agua mineral Cielo, Volt, jugos Pulp.

Otros grupos económicos que operan en el Perú son Telefónica, Exalmar, D&C, Gloria, Ikeda, Cervesur, Ab Inbev, Unacem, Michell, entre otros.

⁴⁹ Ver: <https://www.bbva.pe/>

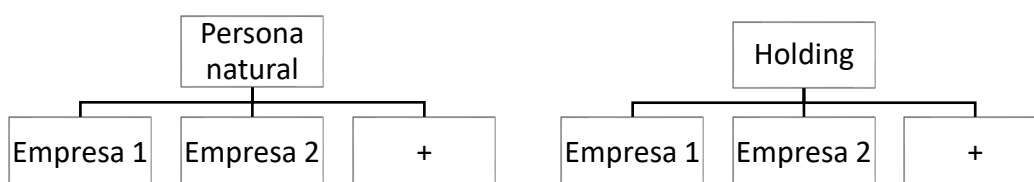
⁵⁰ Ver: <https://www.aenza.com.pe/>

⁵¹ Ver: <https://www.cencosud.com/>

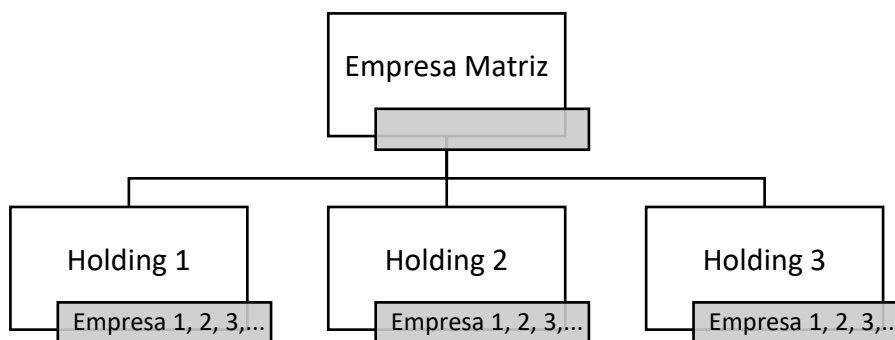
⁵² Ver: <https://www.ajegroup.com/>

2.5. Estructura

Los grupos empresariales pueden adoptar dos formas básicas en cuanto a su centro de dirección, de tal manera que pueden o bien hacer residir el control empresarial en una persona jurídica o en una natural, con lo cual pueden configurarse dos estructuras básicas. Veamos:



Sin embargo, los grupos empresariales suelen caracterizarse, por lo menos los más importantes, por agrupar múltiples empresas que escapen a dichas estructuras básicas, por lo que pueden presentarse estructuras más complejas como es el caso del grupo InterCorp. Veamos:



2.6. Otras Agrupaciones Empresariales

Los grupos empresariales, siguiendo a Pacheco, no son la única forma en que las empresas pueden generar uniones comerciales estratégicas. En efecto, si se parte del concepto de concentración empresarial, ésta puede derivar en la formación de una nueva persona jurídica, como la fusión de empresas, o manteniendo su independencia. Siendo que en este último de los casos las

empresas pueden optar por un esquema vertical, con subordinación como en los grupos empresariales que ya hemos tratado, o uno horizontal, de coordinación como en los contratos asociativos.

En ese sentido, resulta oportuno citar a Elías (2001), quien explica, en el marco de la Ley General de Sociedades, que contrato asociativo “es aquel que crea y regula relaciones de participación e integración de negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes”, y que sin embargo no crean persona jurídica diferente; concepto amplio que permite albergar una diversidad de contratos configurables por la autonomía de la voluntad (contratos asociativos innominados y atípicos), de los cuales la Ley en cuestión solo ha regulado el contrato de asociación en participación y el de consorcio, y que sin embargo “cubren la mayor parte de las situaciones que se presentan en la colaboración empresarial y en el riesgo compartido, los que tienen como diferencia esencial la existencia o no de socios ocultos”, además de la distinta forma de responsabilidad y participación de los socios (p. 946-947 y 954).

Así, el contrato de Joint Venture se convierte en otro ejemplo de ello, el cual a decir de Montoya (2006), es “una combinación especial de dos o más personas quienes en alguna determinada empresa con riesgo (venture) persiguen unidas un beneficio sin una sociedad colectiva” (p. 152).

3. Sistemas de Autoría

3.1. Introducción

Ya en este punto de desarrollo las interrogantes vinculantes son ¿bajo que sistema de autoría debe responder penalmente la persona jurídica? ¿sistema unitario? ¿sistema extensivo? ¿sistema restrictivo? En este último caso ¿Como

autora? ¿Como partícipe? ¿es posible la coautoría o autoría mediata? ¿presentan mayores dificultades los casos de concentración empresarial? En este capítulo se buscará dar respuesta a dichas interrogantes, a cuyo efecto haremos un breve recuento teórico sobre aquellas cuestiones.

Empecemos. El tema de la autoría pasa por determinar quién o quienes deben responder por el hecho delictivo cometido, esto es, se trata de una cuestión de imputación, situación que resulta relativamente sencilla cuando dicho hecho es realizado por un único sujeto, tornándose harto compleja sin embargo cuando en su comisión se identifica la intervención de múltiples sujetos; cuestión que resulta de alto interés para la temática bajo desarrollo, tanto por su valor científico como político-criminal, trascendente a nivel de criminalidad primaria como secundaria, determinante en el ámbito punitivo (Peña, 2011, p. 523).

V.g., “quien incita a otro a un hurto o le presta una ganzúa para ello ‘toma o sustrae’ así una cosa mueble ajena” para el sistema unitario de autoría, es, también, autor; pero sería solo partícipe en el diferenciador (Roxin, 2014, p. 65). Cuestión que, si bien es resuelta mayoritariamente a favor del segundo, el objeto de la presente investigación exige una nueva reflexión de cara a la construcción una dogmática propia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No se trata de, recordemos, dar por sentado las conclusiones que sobre el tópico de la autoría se han realizado, sino de un necesario y nuevo análisis sobre los sistemas de autoría y su mejor o poco convincente acoplamiento en un nuevo escenario.

3.2. *Concepto Unitario de Autor*

El fundamento del concepto unitario de autor no es único, pues si bien aquél residió originariamente, como enseña López (1997), en la teoría de la

equivalencia causal de las condiciones , defendida entre otros por Schirach y Stubel (p. 32), proveniente del arraigado pensamiento causalista del positivismo naturalista (Díaz y García, 1991, p. 67); otro fundamento viene dado por la dirección político-criminal que tiene como “base del Derecho Penal a la peligrosidad del delincuente y también por la corriente nacional-socialista de la Escuela de Kiel que partía de un Derecho Penal de la voluntad” (Villavicencio, 2017, p. 462), de “actitud interna (Gesinnung) delictiva”, persecutor del delincuente mas no del delito; rechazada “pues hoy está demostrado que ni es ni debe ser ése el criterio que ha de guiar la tipificación de conductas ni siquiera la imposición de pena en el nivel legislativo”; inclusive, en el fundamento que se deduce de los postulados desarrollados por Schmoller sobre el sistema unitario: la imputación recíproca, en el entendido que el delito es obra de todos (Díaz y García, 1991, p. 74 y siguientes; p. 114-117).

Muñoz (2000), explica que el concepto unitario de autor se caracteriza porque afirma una “responsabilidad autónoma, como autores, de todos los intervinientes en el hecho punible” (p. 496), “parte de la contemplación del delito como obra común de todos quienes contribuyen en él y estima conveniente, en principio, castigar por igual a todos ellos, y especialmente sin que el castigo de unos (los partícipes) dependa de lo que haga otro (el autor)”, pues “si toda condición del hecho, en su concreta configuración, es causa del mismo, todos quienes aportan alguna intervención que afecte al hecho deben considerarse causas del mismo y, por consiguiente, autores (Mir, 1998, p. 360); “las circunstancias se comunican a todos los partícipes en todos los casos (...)

unifican penalidades a contribuciones delictivas que per se detentan una relevancia diferenciada” (Peña, 2011, p. 524).

Una perspectiva moderna del concepto unitario es la defendida por Kiennapfel, a la que se le designa con el nombre de concepción unitaria funcional, que trasciende de la pura causalidad a la toma en consideración de los “principios de merecimiento y necesidad de pena”, fijando su atención en la medición de la pena de conformidad a la importancia de la intervención, diferenciando entre autoría inmediata y mediata (autoría de inducción y autoría mediata estricta y autoría de apoyo) (Villavicencio, 2017, p. 462-463); diferencia que sin embargo es solo conceptual.

Este concepto (unitario, en general) se cuestiona porque, por su propio fundamento, “da lugar a una intolerable ampliación de la punibilidad por la reducción de la realización típica a la causalidad, si se sigue consecuentemente su planteamiento” (Roxin, 2014, p. 65); destruyendo “la función de garantía de la ley penal, consagrada en el principio de legalidad”, el cual “no tendría sentido si se considera autor a todo aquel que contribuya causalmente a la producción del resultado delictuoso” (Hurtado, 2011, p. 134).

No obstante, sin perjuicio de lo expuesto, la concepción unitaria rige para los delitos culposos, pues, por su propia naturaleza, en ellos no opera la participación y de existir múltiples intervinientes en el hecho la imputación será a título de autores en el entendido de que “cada uno es considerado responsable de la totalidad” (Hurtado, 2011, p. 136), salvo excepciones (artículo 364 del código penal peruano). V.gr., mientras en el caso del tipo penal de homicidio simple (artículo 106 del código penal) los múltiples intervinientes podrían responder o

todos por igual como autores o también algunos como partícipes, para el tipo de homicidio culposo (artículo 111 del código penal) todos los intervinientes responderán a título de autores.

En ese sentido, se puede decir con Villavicencio (2017) que los delitos culposos por comisión y omisión coinciden en su estructura, distinguiéndose únicamente en la forma de infringir el deber de cuidado, en los primeros mediante un acto positivo, en los segundos omitiendo una acción ordenada (p. 676), siendo que en cualquiera de los casos, los intervinientes responderán a título único: autoría.

3.3. *Concepto Extensivo de Autor ('Interpretación Extensiva de los Preceptos Penales')*

En el sistema diferenciador, en contraposición del unitario, se acumulan dos conceptos de autor que se caracterizan porque distinguen entre autores y partícipes (instigadores y cómplices), aunque materialmente disímiles: concepto extensivo de autor y concepto restrictivo de autor.

El concepto extensivo se integra de teorías objetivo-causales como subjetivo-causales, coincidiendo ambas en que su construcción respondió a un afán de superar la autoría mediata.

Respecto de las primeras, un sector hace residir su fundamento también en la teoría de la equivalencia causal de las condiciones (Mezger y Spendel), que sería el punto de partida de toda teoría sobre participación, en que la posible diferencia entre autoría y participación solo reside en una cuestión valorativa (“aspecto jurídico-positivo”), ¡así lo impone la Ley!, que no se mezcla el aspecto causal. En ese sentido es autor “el que ha causado con su acción el tipo legal, en

tanto su actividad no aparezca como instigación o auxilio”. Pero se cuestiona esta teoría a razón que: realmente se refiere a causación del resultado antes que al del “tipo legal”, además por la contradicción entre su único fundamento (causalidad) y su remisión a aspectos valorativos que señala están ausentes en aquél (Díaz y García, 1991, p. 266 y siguientes).

Otro en cambio busca el fundamento en la “teoría de la lesión de bienes jurídicos” (Schmidt y Lony), en el sentido que si el Derecho Penal tiene por misión la protección de dichos bienes jurídicos y la Ley “no se pronuncia en absoluto sobre el problema de la autoría y participación”, autor es “todo el que produce la realización del tipo y con ello una lesión del bien jurídico”, por lo que la diferenciación legal de la participación _refiriéndose a la inducción_ no tiene sentido y constituye una ampliación artificial “a costa de la autoría”, pero que en cambio sí se justificaría (materialmente) respecto a la complicidad por la “menor peligrosidad” de ésta frente al bien jurídico. Aunque esta teoría es cuestionada porque: en su formulación vincula la lesión de bienes jurídicos a su “causación (promoción)” no a la ‘realización del tipo, con lo cual, lo más importante, diluye la función de garantía del tipo pues da cabida a una extensión excesiva de acciones “punibles” en vista de su “causalidad” del resultado, diluyendo también su utilidad pues no haría más que explicar el motivo de la equivalencia de condiciones (el por qué todos los que causan el resultado son autores), nada más (Díaz y García, 1991, p. 261 y siguientes).

Por otro lado, las teorías subjetivas de la participación que defienden un concepto extensivo de autor (V. Buri) _no todas lo hacen_, partiendo también de la teoría de la equivalencia causal de las condiciones, suman un nuevo elemento,

subjetivo: el “animus”. Es éste el que permite la distinción. Así, dan contenido (subjetivo) a la excepción, a diferencia de las teorías objetivas que solo ven en ella una imposición legal. Igualmente afirman la imposibilidad de diferenciar entre intervinientes a nivel causal, en cambio en el plano subjetivo ello sí posible (Díaz y García, 1991, p. 289 y siguientes).

Mir (1998), discutiendo al respecto, explica que según esta teoría “todos los sujetos que aportan alguna intervención que afecta al hecho son igualmente causas del mismo”, por lo que todos deberían responder a título de autoría y recibir la misma pena, y no obstante dicha equivalencia causal, la ley impone la necesidad de diferenciar entre autores y partícipes, trayendo así una restricción punitiva para los segundos, de allí que la instigación y complicidad son consideradas para esta concepción causas legales que ‘restringen o limitan’ la pena, cuyo baremo diferenciador lo encuentra en la voluntad, así, será autor quien manifiesta dicho ánimo (animus autoris), partícipe, quien no (animus socci) (p. 361), es decir, el primero “quiere el hecho como propio o tiene interés en el resultado”, el segundo “quiere el hecho como ajeno y no tiene interés propio” (Villavicencio, 2017, p. 464), aun cuando los aportes hayan sido secundarios o primarios, respectivamente (Hurtado, 2011, p. 138). Como explica Roxin (2014), es autor quien tenga vocación o interés propio en el hecho, los que no serán solo partícipes (teorías del interés), en primer lugar; o “subordinación de la voluntad del partícipe”, de tal manera que éste deje a criterio del autor la decisión de la consumación del hecho relación de poder subjetiva (teoría del dolo-subordinación de la voluntad) (p. 71-73).

Sin embargo, la teoría subjetivo-causal es cuestionada porque también, como en las objetivas, se diluye la garantía del tipo, y además, se produce una inseguridad contraria el Estado Constitucional de Derecho (Díaz y García, 1991)

3.4. Concepto Restrictivo de Autor (*‘Interpretación Restrictiva de los Preceptos Penales’*)

En el concepto restrictivo, que parte del principio contrario a la equivalencia causal (concepto unitario y extensivo), no todos los intervinientes son autores, solo algunos de ellos (Díaz y García, 1991, p. 407). Se restringe el concepto de autor. Esto es, “la autoría se limita o restringe por principio a la conducta descrita en los tipos de la Parte Especial” (Roxin, 2014, p. 66), de tal manera que es autor solamente aquel que realiza el tipo, pues para esta concepción “no todo el que interpone una condición causal del hecho realiza el tipo”; convirtiéndose en ese contexto las formas de participación (instigación y complicidad) en causas de extensión (antecedentes o contemporáneas) de la pena, pues su falta de previsión legal las tornaría impunes; evidenciándose el criterio diferenciador (objetivo) en la realización del tipo, por la clase de contribución al hecho (Mir, 1998, p. 363); pudiendo precisarse y explicarse dicha distinción de conformidad a la teoría objetivo-formal, objetivo material, dominio de hecho o competencia.

La teoría objetivo-formal distingue autores de partícipes “según el aspecto exterior de los comportamientos” aspecto objetivo, y si el comportamiento en concreto “se puede subsumir formalmente bajo el tipo penal” aspecto formal, de tal manera que de ser afirmativa la respuesta se acentuará el título de autoría, contrario sensu, solo calificará como forma de participación, siendo lo

determinante “la realización de todos o parte de los actos ejecutivos previstos específicamente en el tipo legal” (Peña, 2004, p. 533), la subsunción o no del comportamiento, quedando sin importancia delimitadora el “peso causal” de la intervención que caracteriza a la teoría de la equivalencia de las condiciones, pues el hito se fija en el tipo legal y no en la causación (Hurtado, 2011, p. 137). Como lo expresa Roxin (2014), esta teoría admitía como autoría únicamente la “realización del tipo de propia mano (autoría inmediata)” (p. 76)

Agrega Mir (1998); esta teoría presenta dificultades en los delitos puros de resultado o puramente resultativos, v.gr., homicidio (art. 106 CP: “El que mata a otro...”), lesiones (art. 121 CP: “El que causa daño a otro en el cuerpo o en su salud...”), daños (art. 205 CP: “El que daña...un bien...ajeno...), etc., pues el resultado (muerte, lesión o daño) puede alcanzarse por cualquier medio, ilimitación de medios que por lo demás llevaría a concluir que cualquier causación del resultado debería ser considerada como autoría, pues para estos delitos la teoría objetivo formal no ofrece un criterio que diferencie entre causas que constituyan autoría y aquellas que no, por lo que tanto los que realizan la acción típica como los que la indujeron o apoyaron resultarían autores; consecuentemente, su aplicación para este tipo de delitos extendería el título de autoría a la par de la concepción extensiva. Al mismo tiempo, esta teoría también muestra defectos en los delitos de medios determinados, pues al limitar los medios que hacen posible la comisión del delito, la realización de este por medios distintos negaría la autoría. Asimismo, pueden presentarse dificultades para determinar la coautoría cuando uno de los que interviene directamente en la comisión del delito no realiza ningún acto típico. No obstante, el obstáculo mayor

lo encuentra en la imposibilidad de explicar la autoría mediata, pues el hombre de atrás no realiza directamente ninguna acción típica (p. 364).

La teoría objetivo-material, explica Mir (1998), “intentó evitar los defectos de la teoría objetivo-formal remitiendo a un criterio material más allá de la mera descripción típica”, al que se le suele designar con la expresión: importancia o peligrosidad objetiva de la contribución. Autor es por tanto quien aporta la contribución objetivamente más importante (p. 364); de tal manera que “en lugar de considerar la ejecución total o parcial de la acción descrita en el tipo legal, este criterio tiene en cuenta la peligrosidad del hecho ejecutado concretamente por quien participa” (Hurtado, 2011, p. 137), de allí su carácter objetivo-material. Así, “en la relación causal, será autor quien produce la causa, y participe quien pone la condición” (Villavicencio, 2017, p. 466), en el entendido que “solo ciertas condiciones específicamente importantes son causas” (Mir, 1998, p. 364), allí el diferendo terminológico.

Respecto a las teorías del dominio de hecho y teoría normativa de la participación nos remitidos al capítulo pertinente.

3.5. *Casuística y Accesoriedad*

En materia de autoría, como explica Hurtado (2011):

(...) resulta fundamental determinar con precisión quién es el autor, con el objeto de calificar, luego, al resto de los que intervinieron como partícipes. Así, por ejemplo, en el del marido que convence a su mujer para que aborte y a su amigo enfermero para que practique las maniobras abortivas, quien sigue los consejos de un médico, deberá responderse a las preguntas si ¿solo el enfermero es el autor? ¿el marido

es un instigador? ¿la madre y el marido son coautores? ¿el médico, la madre y el marido son solo cómplices? (p. 136)

Aquí, si siguiéramos un concepto unitario de autor habría que verificar por separado la causalidad de cada uno de los aportes de los intervinientes _de la mujer, el marido, el enfermero y del médico_ con el resultado (aborto), si ello se resuelve positivamente, y además se acredita que han actuado con dolo; todos ellos serán autores del delito de aborto _el aborto es un delito doloso, por lo que quienes hayan actuado con imprudencia serán impunes (en otros delitos, que admiten dolo en imprudencia, también responderían como autores, imprudentes)_. Fundamentación que conceptualmente es correcta, pues es racional vincular el resultado a quien lo promueve, y ellos lo han promovido, cuestión que, en su versión moderna, es guiada por criterios de imputación objetiva (con ello la crítica a la mera causalidad se allana). Siguiendo el análisis, ya tampoco en la versión moderna las penas se imponen en equivalencia para todos los intervinientes (otro motivo de la crítica, en la versión original) sino de forma diferenciada, pues aquella acoge dogmáticamente (conceptualmente) la distinción entre modalidades de autoría (¡no entre autor y partícipe!) que se materializan en fase de determinación de la pena y permite la diferenciación punitiva (con lo cual también se allana esta crítica), pese a errar en su formulación de juzgar la imposibilidad de distinguir entre autores y partícipes, pues juzga un aspecto valorativo (posibilidad o no de distinguir entre los intervinientes) en un criterio naturalístico (causalidad) (Díaz y García, 1991, p. 67 y siguientes).

Veamos otro ejemplo: “A, en una cacería, le pide a B que le deje una bala para su pistola con la intención de disparar a los que él cree un animal. B, viendo que A está apuntando a otro cazador C, y creyendo que le pide la bala para matarlo, se la da”. Conforme al concepto en desarrollo A sería autor, a lo sumo, de homicidio imprudente, B en cambio de homicidio doloso, eso refleja sus aportes independientemente verificados; aquí no existe la idea de “participación imprudente en hecho ajeno doloso o de participación dolosa en hecho imprudente”, solo la de “autoría individual dolosa o imprudente” (López, 1997, p. 83).

Para la concepción extensiva subjetivo-causal proponemos el siguiente ejemplo, siguiendo a Hurtado (2011):

(...) el caso de la bañera y el de Staschinsky. En el primero, una mujer embarazada da a luz y convence a su hermana de que mate al recién nacido. La hermana mata al niño ahogándolo en la bañera de la casa. En el segundo, Staschinsky, por orden de Seguridad del Estado de la URSS, mató a dos emigrantes rusos (...) Teniendo en cuenta que tanto la hermana como Staschinsky habían actuado sin querer como acto propio el delito cometido, que ambos se habían sometido a la voluntad de los verdaderos interesados y que ninguno de los dos había actuado por interés (la hermana lo hizo para ayudar a la madre del niño a ocultar la condición de madre soltera y Staschinsky no recibió ninguna recompensa material o política), se consideró que aun cuando habían ejecutado, total y personalmente, la acción típica, había que considerarlos solo como participantes (en forma de cómplices) (p. 138).

Conforme a esta teoría habría que concluir a priori que todos ellos _madre y hermana, el superior y Staschinsky_ han causado igualmente con sus acciones _convencer a otro ejecute un homicidio, ordenarlo u ejecutarlo_ el tipo penal de homicidio (si más bien el resultado muerte) _como también sucede en el concepto unitario_, pero ello solo determina la subsunción de su conducta en el tipo legal (nivel objetivo); la autoría se determina por el interés en el hecho. De allí que solo la madre y el superior sean autores (nivel subjetivo). Sin embargo, esta solución es claramente contraria al principio de legalidad, tergiversa el tipo penal. Las acciones de todos intervinientes pueden ser causales del resultado, pero su causación _de la conducta típica_ solo corresponde a quien tiene interés propio en el resultado típico, el autor. El tipo penal cede eficacia como límite punitivo frente a criterios de autoría, subjetivos, y por demás inseguros. Olvida que el delito se configura a partir de la conducta descrita en el tipo penal, punto de referencia, no a la inversa.

En cuanto a la teoría restrictiva objetivo-formal “es autor quien clava el puñal en el pecho de la víctima, quien toma el dinero de la caja; también quien sujeta a la mujer en la violación o amenaza con un arma a la víctima de un robo mientras toma el dinero otro coautor. (Mir, 1998, p. 363). Así, en todos los casos existe un comportamiento exteriorizado que constituye un acto ejecutivo que se subsume en el tipo legal; el sujeto con su acción “mata”, “hurta”, viola (autoría inmediata), y finalmente, los sujetos con sus respectivas acciones “roban”, respectivamente (coautoría).

En la teoría restrictiva objetivo-material puede seguirse el caso propuesto por Hurtado (2011):

(...) la calificación del autor mediato está justificada, en el ejemplo del hurto, por la importancia del hecho de utilizar a una persona como instrumento mediante el engaño (aquel le dijo a ésta que el bien le pertenecía). Igualmente, en el ejemplo del aborto (...), se podría calificar de coautores a la madre y al marido que se ponen de acuerdo sobre el aborto, obtienen la participación del enfermero e intervienen de manera decisiva en la realización de la acción delictuosa. (p. 137)

Esta última teoría allana la crítica que se hace a la teoría objetivo-formal (no admite autoría mediata), pero se le cuestiona porque la vaguedad de su fórmula (“mayor importancia objetiva”, “mayor peligrosidad objetiva”, etc.) como por “desconocer la importancia de los subjetivo para caracterizar el papel de cada contribución al hecho”; hace residir su fundamento, al igual que la teoría de la equivalencia de la condiciones, en la causalidad, obviando el juicio valorativo, de carácter subjetivo, y con ello descuida la garantía que representa el principio de legalidad, pues si bien continúa con un baremo objetivo, superpone el tenor del tipo penal a la causalidad, esto es, a la importancia de la contribución en el hecho delictivo, generando un sombra de inseguridad jurídica en la delimitación de autores y partícipes y las consecuencias de arbitrariedad que ello supone.

La teoría objetivo-formal en cambio tiene la ventaja fundamental de formular la autoría siempre conforme al tipo penal (es autor solo aquel que ejecuta una acción que realiza el tipo), afianzando con ello el irrestricto respecto al principio de legalidad, y aunque su fórmula original no puede fundamentar la autoría mediata (el autor mediato no realiza formalmente ninguna acción

ejecutiva del tipo), la versión corregida de la teoría objetivo-formal, manteniendo el centro de referencia en el tipo penal, adiciona criterios objetivo-materiales que permiten abarcar también la autoría mediata, lo que desvanece el defecto.

Doctrina dominante en España (Mir, 1998, p. 363 y 364), si bien la teoría del dominio de hecho es cada vez más acogida⁵³.

La teoría del dominio del hecho es dominante en la doctrina nacional y extranjera que, como la teoría anterior, también se suma al irrestricto respecto por el principio de legalidad, pues acierta en el punto de partida para delimitar autoría y participación: la realización del tipo, al que suma como criterio diferenciador material el dominio del hecho. Construcción dogmática, como en todo el planteamiento Roxin, responde a los fines político-criminales (solución de conflictos sociales, etc.), en su afán de acercar el Derecho penal a la realidad (Villa, 2009, p. 26). Pero no tampoco está exenta de las críticas.

Por último, la teoría normativa de la participación también es consecuente con el concepto restrictivo de autor, pues diferencia entre autor y partícipes. Sin embargo, la crítica recae sobre un planteamiento esencial: ubicar la misión del Derecho penal en fines absolutamente abstractos: el reconocimiento de la vigencia de la norma penal, que ha sido interpretado por un sector de la doctrina como “Derecho Penal del enemigo” (Demetrio, 2010, p. 23).

Ahora ¿por qué algunas teorías han sido abandonadas, básicamente el concepto unitario y extensivo? ¿por qué la teoría objetivo-formal mantiene vigencia? ¿qué ha aportado la teoría del dominio del hecho, ampliamente dominante en la mayoría de ordenamientos de arraigo germánico? ¿y la teoría

⁵³ Guías Jurídicas. Autoría en Derecho Penal.

normativa de la participación? ¿Qué descuidan éstas que hoy aún se prefiere en algunos casos la teoría objetivo-formal? Ya se ha proporcionado algunas ideas que responden las interrogantes.

Díaz y García (1991) proporciona una perspectiva al respecto, pues en su análisis no rechaza el concepto unitario de autor _sí el extensivo_ frente al restrictivo, aunque prefiere este último, en tanto, explica, también una versión corregida del primero conduce a soluciones símiles, que por lo demás ha sido adoptado en algunos ordenamientos jurídicos (Italia, por ejemplo, en su Código Penal vigente de 1930). Esa preferencia la hace residir si bien en varios aspectos, uno resulta determinante: la restricción y el mejor perfilamiento o determinación de los tipos penales que genera la accesoriedad frente al concepto unitario.

Y si bien ello da lugar a lagunas de punibilidad, la mayoría de ellas pueden ser suplidas expresa y excepcionalmente por la Ley, las menos a lo mucho serán aquellas “tolerables” (aunque ¡no siempre!). Así, se logra una mejor aproximación al objetivo que se desprende de la configuración de tipos penales en la parte especial ¡que solo se castigue a aquellos cuya conducta resulta subsumible y por extensión solamente a aquellos que fomentan esa concreta conducta! En todo caso, también será preferible, explica, que ciertas conductas necesitadas y merecedoras de pena queden impunes a que, y esto que sigue es lo más grave, se castigue aquellas conductas que ni necesiten ni merezcan pena como se proyecta por la amplitud derivada de la equivalencia en un concepto unitario, pese a las correcciones establecidas expresa y excepcionalmente por la Ley. En ambos sistemas conceptos se ofrecen soluciones, pero unas preferibles frente a otras. En ese escenario, opina, la teoría restrictiva objetivo-formal se

adapta mejor incluso frente a la teoría del dominio del hecho, pues ésta pese a representar un concepto restrictivo suele extenderse de forma “desmesurada en ciertos autores, no en Roxin” la pena con la bandera la “más justa punición” a supuestos más allá del tipo penal y que no están abarcados por las excepciones de Ley, generando, explica, un concepto restrictivo inseguro que torna artificial la ventaja fundamental que ofrece la accesoriedad. Esta salvaguarda del principio de legalidad y más concretamente de taxatividad (determinación) se conforma mejor con el Estado Constitucional de Derecho, asegurando también con ello el principio de intervención mínima, pues el Derecho penal debe intervenir solo como última opción (*ultima ratio*), explica (p. 132 y siguientes, y p. 202).

Interesa agregar que un sistema restrictivo también salvaguarda el principio de proporcionalidad abstracta, pues la decisión legislativa de distinguir entre autores y partícipes como se hace en este concepto, habla del distinto peso punitivo que ya en abstracto corresponde a los intervinientes con relación al hecho ilícito; idea que ya habíamos destacado con De La Mata (2007), para quien este principio también se aplica a la autoría y participación, en tanto que se relacione la diferenciación con la distinta pena a imponer a autor y partícipe (p. 177). Y si bien el resultado “diferenciación punitiva” también puede alcanzarse en el concepto unitario, consideramos que el hecho de rezagar ese aspecto a la fase de la determinación de la pena genera inseguridad pues ya por principio este concepto lleva la bandera de la equivalencia de condiciones. Cuestión que el concepto extensivo (teoría subjetivo-causal) es claramente arbitraria, pues si bien también configura en abstracto la distinción, lo hace mediante un criterio

altamente inseguro: la mera voluntad, con la consecuente arbitrariedad en la conminación de las penas para cada uno de los intervinientes.

Ya arribando a las últimas líneas de este apartado, consideramos que las construcciones teóricas desarrolladas sobre autoría y participación, en su mayoría aportan criterios idóneos para dar solución a los problemas sobre intervención delictiva y en su esfuerzo, unas mejor que otras, se adecuan a los principios del Derecho penal, propios de una Estado Constitucional de Derecho, que por lo demás irradian sus efectos a todos los ámbitos del Derecho penal. Pero en ese mismo sentido, la grave intromisión que importa el Derecho Penal en la esfera de las personas exige que el concepto de autoría que se adopte responda y se adecúe lo más posible al actual modelo de Estado, y en esa orientación el concepto restrictivo de autoría posee una mayor ventaja, como se ha podido advertir; aunque aún dentro de este, pese a las ventajas que presentan estas construcciones teóricas _sin perjuicio de sus deficiencias_ sea necesario reconocer claramente el fundamento central de cada planteamiento concreto a fin de advertir las consecuencias a que nos puede llevar. Pero con todo, un concepto unitario resulta más adecuado.

En ese orden de ideas, este loable logro que ha devenido en un modelo de Estado Constitucional de Derecho no debe sino trasladarse también a cualquier construcción dogmática que se pretenda emprender en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, esto es, su imputación penal debe ajustarse a los principios propios del Derecho penal a fin de dotarla de seguridad jurídica. Como explica Chanjan, (2018):

Será tarea ardua el poder rencontrar la medida justa para limitar y reinterpretar los principios garantistas del Derecho Penal a la nueva realidad de la RPPJ (Responsabilidad penal de las personas jurídicas), pero lo que no se puede hacer, es olvidar completamente o suprimir el contenido esencial de dichos principios, pues ello supondría borrar, de un plumazo, toda la construcción teórica por la que ha atravesado la ciencia penal hasta nuestros días. No debe olvidarse que, ante todo, el Derecho penal es el instrumento más gravoso con el que cuenta el Estado para incidir en las libertades de las personas. (p. 82)

4. Desarrollos Dogmáticos Sobre Autoría y Participación de las Personas Jurídicas

¿Qué concepto de autoría debe regir en la imputación de la persona jurídica? ¿concepto unitario, extensivo o restrictivo? Una mirada a la teoría del delito inclina a priori la decisión hacia el sistema restrictivo por su mejor conformidad con los principios del Derecho Penal propios del Estado Constitucional de Derecho. Pero también señalamos que ello no puede implicar un simple traslado de categorías a razón que el centro de imputación cambia hacia un nuevo y distinto sujeto de imputación, la persona jurídica, por lo que el análisis debe tener presente dicha cuestión.

Por lo demás, no obstante el carácter incipiente de la dogmática, la tendencia en la incorporación legislativa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (España, Italia, Perú, etc.) ha llevado a la doctrina y jurisprudencia a encontrar la medida justa en que dicha legislación debe aplicarse y ello supone su apego a categorías dotadas de razonabilidad y sobre todo a los

principios del Derecho Penal propios del Estado Constitucional de Derecho, en especial, en el ámbito de la autoría y participación de las personas jurídicas.

4.1. Gómez-Jara Diez: Teoría Normativa de la Autoría y Participación

Uno de los juristas que ha desarrollado una propuesta en la materia es el español Carlos Gómez-Jara Diez⁵⁴, cuyo punto de partida deja a salvo la posibilidad de que las actuales reglas de autoría y participación resulten aplicables al régimen especial de las personas jurídicas y a partir de allí propone una interpretación exegética respecto a un supuesto que refiere es el más habitual: ‘La participación de la persona jurídica en el delito de la persona física’. Así, explica que la teoría que mejor fundamenta la responsabilidad penal de las personas jurídicas y define su autoría es la teoría de normativa de la autoría y participación de Günther Jakobs, explicando que “la persona jurídica participa en el delito cometido por la persona física” cuando ésta lo ejecuta en el “marco organizativo” configurado por la primera, fundamento de su punición y de que se le pueda imputar como suyo una suerte de “hecho global”, de allí que responda por su propio injusto (defecto organizativo), pero conectado al injusto de la persona física a través de un hecho de conexión que permite afirmar que la persona jurídica participa en el delito cometido por la persona física produciéndose una situación de co-responsabilidad o co-delincuencia entre ellas.

Las categorías que se encuentran en el centro del fundamento de esta interpretación son la posición de garante, en una versión moderna, y la teoría normativa de la participación. Así, por un lado, la posición de garante de la persona jurídica nos ubica en el campo estricto de la ‘omisión impropia’, omisión

⁵⁴ Ver p. 269-272.

de la obligación de implementar medidas para prevenir riesgos penales en su ámbito organizativo. En segundo lugar, vía teoría normativa de la participación, esa omisión _traducible en un defecto organizativo_ constituye un concreto ejercicio de la libertad con la cual la persona jurídica ha configurado su organización (defectuosamente), y que en mérito al sinalagma de “libertad de actuación y responsabilidad por las consecuencias” resulta competente por la libre configuración del delito también configurado por la persona física, pues con su omisión lo ha co-configurado, de allí que se le atribuya ‘todo el hecho’ como suyo y por el que correlativamente debe asumir sus consecuencias.

Concretamente, se exige, por un lado, la determinación del ámbito organizativo de la persona jurídica, representado por su organización estructural, sistema de control y política empresarial, a fin de verificar la idoneidad de dicho marco; y por el otro, la verificación de una actuación de la persona física dentro de ese ámbito organizativo, que se excluye cuando la persona física “burla” dicho marco de organización. Formulación que, es necesario señalar, debe ser restringida sin embargo prima facie a los ‘delitos de dominio o en virtud de responsabilidad por organización’, en tanto se parte en dicha formulación específicamente de violación de deberes de organización (en concreto, aseguramiento), no de deberes institucionales, propios de los delitos especiales; por tanto, aplicables las reglas de autoría y participación (JAKOBS, 1997, p. 993 y siguientes).

Ahora, hasta aquí la explicación sirve solo para el estadio de la imputación objetiva, pues a nivel de tipo subjetivo la argumentación en comento incorpora, siempre _importante recalcarlo_ en referencia a estructuras complejas,

una particular teoría: el conocimiento organizativo del riesgo'. Al respecto, como hemos ya comentado y con referencia a la propia mención que hace el autor, este concepto representa el equivalente del dolo individual, específicamente conocimiento (indiciario), pero no cognoscibilidad (desconocimiento) que es propio de la imprudencia (mínimo consciente, según la presente argumentación), aunque esta última interpretación tampoco puede ser descartada totalmente; más aún si el mismo autor asemeja su argumentación a la propuesta por Quintero Olivares que hemos explicado (el tipo subjetivo propio de la persona jurídica puede representarse tanto como dolo o como imprudencia). Con ello, esta argumentación configuraría el comportamiento de la persona jurídica como uno de naturaleza exclusivamente dolosa válido tanto para delitos dolosos como imprudentes, y en este último caso con una problemática combinación [dolo (persona jurídica) e imprudencia (persona física), ambas autoras] de cara a las reglas de la participación como de la definición del tipo penal.

Siguiendo esa problemática ¿Cómo debe interpretarse esta fórmula de “autoría” de cara a las opciones que la teoría normativa de la participación? ¿Coautoría? ¿Autoría accesoria? ¿Complicidad primaria considerada autora para efectos punitivos? ¿Complicidad secundaria? Una pauta que sigue la argumentación en comento es la unidad del delito (persona jurídica y física responden por el mismo delito), por lo que descartamos que ese “conocimiento organizativo” influya en la definición del tipo penal, advirtiendo más bien la incorporación de un concepto nuevo sobre las reglas de la participación. Aun así, las posibilidades enunciadas siguen intactas.

Otra pauta es el delito antecedente (hecho de conexión). La argumentación en cuestión si bien explica que tal hecho no fundamenta la responsabilidad penal de la persona jurídica⁵⁵, sí constituye un pre-requisito legal. Se exige que dicho hecho sea como mínimo típico y antijurídico. Si ello es así, un adecuado entendimiento de la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica implica limitarla básicamente a la referencia al hecho propio (defecto de organización). Existe una dependencia legal y efectiva de este hecho propio con el delito antecedente ¿Esa dependencia debe interpretarse como relación de accesoriedad (participación en estricto sentido) o en otro distinto? Gómez-Jara interpreta que la persona jurídica participa como ‘autora’ en el delito antecedente (co-responsabilidad).

Para la teoría normativa de la participación tanto autores como partícipes configuran el hecho, y este es considerado obra de todos, aunque en mayor medida de los primeros que de los segundos (diferencia cuantitativa), y en principio tiene el potencial para acoger cualquier tipo de co-responsabilidad que la casuística vaya presentando; pero solo podrían ser consecuentes con la argumentación en cuestión la autoría simultánea (accesoria) y la complicidad. Por la primera el resultado lesivo se atribuye a la suma de contribuciones no coordinadas. Por la segunda una relación de dependencia autor-cómplice entre persona física y jurídica, respectivamente, y solo respecto a la complicidad primaria pues solo ésta se considera autoría a efectos de la pena a imponer a razón de su carácter necesario (irremplazable). Ambas opciones son encajables.

⁵⁵ En otro momento en cambio argumenta que sí constituye un indicio del defecto de organización.

Finalmente, el autor explica que las mismas reglas deben hacerse extensivas, inclusive, ante aquellos casos donde concurren múltiples personas jurídicas, como sucede cuando administrador y administrada son personas jurídicas o cuando se trata de matriz y filial; por lo que la responsabilidad de la primera estará sujeta a la verificación de si la actuación de la filial se encuentra dentro o fuera del ámbito organizativo de aquella (directrices), caso contrario, se excluirá la responsabilidad de la matriz, sin perjuicio de la que corresponda a la filial.⁵⁶

4.2. Teoría de Manuel Gómez Tomillo: “Teoría del Dominio del Hecho” (Delitos de Acción) y “Posición de Garante” (Delitos de Omisión)⁵⁷

Este jurista resuelve previamente optar por un sistema diferenciador de autoría en vez de uno de carácter unitario, sustentando dicha conclusión en su mejor anclaje constitucional, en el sentido que dicho sistema cautela con mayor idoneidad los principios propios del Derecho Penal, como por ejemplo, el principio de legalidad e intervención mínima.

Su planteamiento lo desarrolla como un problema de la tipicidad, configurando el hecho típico de las personas jurídicas como “hecho de empresa”, esto es, un hecho cometido por la persona física en un contexto empresarial. Precizando sin embargo, en ese orden de ideas, que el injusto de la persona jurídica está representado únicamente por el hecho objetivamente típico, prescindiendo del dolo e imprudencia (tipo subjetivo) en el ámbito de la tipicidad,

⁵⁶ Sobre este punto, Feijoo Sánchez explica que la responsabilidad penal se entiende con las personas jurídicas que integran el grupo empresarial, matriz y filial, mas no con el grupo en sí, pues éste no constituye una persona jurídica. Sin embargo tampoco se descarta la posibilidad de afirmar acumulativamente la responsabilidad individual del grupo si materialmente funciona como una organización única, si bien dicha conclusión podría devenir en la afectación del principio de *ne bis in idem*, razonamiento que por lo demás se hace extensivo a la unión temporal de empresas (p. 66).

⁵⁷ Ver p. 203-206, p. 223-228 y p. 121-124.

difiriendo en cambio la calificación de estos al ámbito de la culpabilidad, como elementos co-fundamentadores de ésta, mayor reproche que está referido al dolo o imprudencia de la persona física, no a un dolo o imprudencia propios de la persona jurídica.

Con ese particular planteamiento, considera que a efecto de determinar las relaciones de autoría y participación debe seguirse, con las adecuaciones respectivas, la teoría del dominio del hecho. Siendo así, desarrolla en su planteamiento las figuras de la autoría inmediata, mediata y la coautoría, de un lado, y la inducción y complicidad, por el otro.

Así, en el ámbito de la autoría, la autoría inmediata (individual o directa) se configuraría cuando el hecho delictivo sea imputable objetivamente a una sola persona jurídica, y ello sucederá cuando el hecho de la persona física sea considerado también como un hecho de la persona jurídica (“hecho de empresa”).

Como contrapartida a la intervención delictiva única de la persona jurídica (autoría inmediata), la autoría mediata y coautoría representan casos de intervención plural de personas jurídicas. Así, en primer lugar, la autoría mediata se configurará cuando concorra ‘dominio social’ _como sustituto del ‘dominio de voluntad’_ de la persona jurídica de atrás a la de delante, y correlativamente, ‘ausencia de autonomía para tomar decisiones’ _como sustituto del ‘déficit’_ en el sujeto de delante, aunque no siempre sea requerido (autor tras el autor). Este sería el caso de las personas jurídicas pantalla o el del grupo de empresas. Abocándonos al segundo supuesto, el grupo describe un conjunto de personas jurídicas (dependientes) que actúan bajo dirección única (matriz) que conforma una relación de subordinación entre ellas (relación vertical), contexto en el cual la

matriz (sujeto de atrás) domina la decisión social de la dependiente (sujeto de delante) utilizándola para la comisión del delito, donde la primera resulta autora mediata y la segunda, autora inmediata; previa determinación objetiva vía referencia del hecho de la persona física como un hecho de la persona jurídica.

Finalmente, la coautoría se configurará cuando concurran los requisitos ya conocidos, como acaece en la unión temporal (formal o no) de empresas a través de contratos de colaboración empresarial, en la cual el conjunto de personas jurídicas se encuentran en una relación de coordinación (horizontal), pero siempre vía referencia. Así, el primer paso para hablar de intervención delictiva de personas jurídicas en coautoría exigirá que actos parciales de personas físicas ('o una') enmarcadas en personas jurídicas diversas y calificables como coautoría sean objetivamente atribuibles como sendos "hechos parciales de empresa", debiendo verificarse a continuación que los requisitos de la coautoría identificados en las personas físicas también concurran en las personas jurídicas, considerando respecto a esto último que el carácter esencial de la contribución (actos parciales) es evidente, aunque no así respecto a la actuación en fase de ejecución y plan conjunto de las personas jurídicas.

Por otro lado, en el ámbito de la participación ubicaremos a las personas jurídicas que intervienen en el hecho delictivo únicamente mediante actos de instigación o facilitación, sin tener dominio de aquél. Así, respecto a la instigación por persona jurídica, debe precisarse que aquella solo se afirmará cuando el acto de instigación realizado por la persona física tenga sentido empresarial, de tal manera que vía referencia se considere objetivamente dicho acto como propio de la persona jurídica; precisando que la instigación de persona

jurídica a otra persona jurídica solo podrá acaecer cuando dichas personas jurídicas se encuentren en una relación horizontal.

En cuanto a la complicidad de la persona jurídica, aquella solo se afirmará cuando el acto de facilitación realizado por la persona física tenga sentido empresarial, de tal manera que también vía referencia se considere objetivamente⁵⁸ dicho acto como propio de la persona jurídica, precisando que el acto de facilitación debe suponer un acto previo o simultáneo que incremente ex ante el riesgo para la comisión del delito.⁵⁹

En otro extremo, respecto a los delitos de comisión por omisión, y siempre partiendo de la consideración de un “hecho de empresa”, postula que la imputación a la persona jurídica se sustenta en un doble deber de garante, el suyo y el de la persona física. Así, explica que “constatado que la entidad dejó de actuar y, de alguna manera conexas a ello, se produjo el resultado lesivo, debería justificarse la doble posición de garante de la empresa y del omitente físico, material y formalmente”, y conforme a ello imputar el delito a la persona jurídica. Es decir, la imputación exige en primer término algún tipo de “actividad previa” por parte de la persona jurídica, a partir de lo cual asume de forma personal y expresa el efectivo dominio o capacidad para conjurar las situaciones de peligro que deriven de su “no hacer”, cuya omisión equivale a una acción en sentido positivo, comisión por omisión. Planteamiento que también lo traslada al ámbito

⁵⁸ Conforme a las reglas de la imputación objetiva, no al mero favorecimiento; indica.

⁵⁹ Al respecto, Feijoo Sánchez opina a favor de la posibilidad de imputar a la persona jurídica a título de partícipe, explicando casuísticamente que ello sucederá cuando los trabajadores de la persona jurídica delegante participen en el delito cometido en la persona jurídica delegada (por los trabajadores de ésta); sin embargo, no propone una teoría concreta que define su configuración y límites (p. 81).

de los grupos económicos, para imputar el delito, además de a la filial, a la matriz. Inclusive, formula la posibilidad se aceptar la instigación omisiva.

4.3. Gunter Heine: Teoría del Dominio Funcional-Sistémico de la Organización⁶⁰

Según los planteamientos de Gunter Heine la persona jurídica ostenta una posición de garante con base dominio de organización funcional sistémico _construido según la teoría de los sistemas autopoieticos y Derecho reflexivo_, en virtud de la cual surge como autora mediata en relación a la persona física que responde como autor inmediato; si bien consecuentemente aplicables a empresas altamente complejas. Se trata de una argumentación con base en el Derecho de Autor, pues se hace responsable a la persona jurídica por la conducción de su vida empresarial, por no incorporar en ésta un compliance, más allá de que en el hecho concreto los riesgos penales se hayan realizado por ausencia de medidas de prevención concretas. Contraviniendo el principio de culpabilidad concretamente, del principio de responsabilidad por el hecho.

4.4. Teoría de la participación

Un sector de la doctrina española se aparta de la autoría y considera que la responsabilidad penal de la persona jurídica solo es posible atribuírsele a título de participación (cooperación).

Así, Rodríguez (2011), advierte una participación imprudente en el hecho ajeno de la persona física (gestor o subordinado), específicamente, una cooperación necesaria impropia (comisión por omisión) e imprudente (grave), pues lo hace solamente en relación a la persona física, única autora del delito,

⁶⁰ Ver p. 126 y siguientes (tratado), y... (culpabilidad. p. 207 y otras)

para quien estaría reservada dicha categoría, cuya comisión fue posible por ausencia de control de la primera, pese a su deber de garante, concebible solo mediante un comportamiento omisivo, pues la acción en estricto sentido sería imposible para la persona jurídica (imputación objetiva), atribuible a la persona jurídica solo por imprudencia grave (culpa in “constituyendo”, in “eligendo”, in “instruyendo” vel in “vigilando”), excluyendo la culpa leve por escasa entidad, también el dolo (directo o eventual), a razón de su carencia de discernimiento (psiquis). Añade que también pueden presentarse escenarios de ‘pluriparticipación’ en “supuestos en los que una sociedad participada por otra, sea administradora, representante legal o tenga contratadas o subcontratadas actividades propias de la sociedad”, siempre que se cumplan en ambas personas jurídicas los presupuestos ya mencionados.

BOLDOVA (2013), también descarta que la responsabilidad directa de la persona jurídica sea directa (autoría directa, mediata o coautoría), aprecia en cambio una participación sui géneris, como responsable por los delitos (dolosos e imprudentes) de sus integrantes que se le transfieren –objetiva y subjetivamente_ vía referencia, cuestionando que no se distinga, en contra del principio de proporcionalidad, si aquél fue “ordenado o impulsado” (dolo) o “favorecido” por ausencia de un “debido control” (imprudencia) (p. 246 y siguientes). Gómez-Aller (2010), de modo similar, al entender que las categorías de autoría y participación son inaplicables, coincide en cuanto exige que el incumplimiento del control sea como mínimo por imprudencia grave, pudiendo también generarse por “tolerancia dolosa” (dolo directo o eventual).

En ese mismo sentido, FERNÁNDEZ (2018) estima que el comportamiento penalmente relevante de la persona jurídica se ajusta a conductas que “favorecen”, posibilitan” o “propician” el delito (doloso o imprudente) de la persona física, sea mediante, y normalmente, por imprudencia (ausencia de compliance), o por dolo (connivencia), descripción que sin embargo genera dificultades con las reglas de participación, discuriéndose entre posturas que propugnan el castigo solo de conductas dolosas y aquellas que aprecian solo imprudencia o imprudencia sui géneris. Comprensión que extiende a los supuestos de persona jurídica-administrador (de otra persona jurídica), pero referida al persona física-administrador (p. 92 y siguientes).

Finalmente, SILVA (2013), citado por BOLDOVA (2013), y más orientado a las últimas formulaciones en cuanto al aspecto subjetivo, pero igualmente percibiendo conductas de favorecimiento u cooperación de la persona jurídica, explica que son posibles todas las combinaciones subjetivas, dolo-dolo, imprudencia-imprudencia, dolo-imprudencia y a la inversa (p. 254).

4.5. Teoría del tipo penal especial

GONZÁLES (2012) Sierra desarrolla la “teoría del tipo penal especial”, o como también se le denomina, delito de “organización empresarial defectuosa”, particular y distante construcción teórica sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en relación a los modelos clásicos de responsabilidad, pues concibe a la norma penal sobre dicha responsabilidad (v.gr., en España el art. 31 bis CP) como un delito específico, tipo penal de la parte especial, mas no como una norma penal general de imputación. Así, la persona jurídica será autora siempre de un único delito cuya configuración exige un injusto propio (defecto de organización,

activo u omisivo, siempre imprudente), una culpabilidad propia (ausencia de una cultura empresarial de cumplimiento del Derecho) y, finalmente, una condición objetiva de punibilidad [delito (injusto) de la persona física).

En ese sentido, al configurarse el delito de la persona jurídica como uno de naturaleza imprudente, aquella solo asumirá responsabilidad en aquellos delitos cometidos por las personas físicas cuya naturaleza sea también imprudente, con lo cual ya por principio se descarta la teoría del dominio del hecho, sustentándose la autoría de la persona jurídica sobre la base de la “violación o infracción del deber de cuidado”, en concreto, de específicos deberes de organización que haya provocado una organización deficiente; descartándose por tanto las figuras de autoría mediata, coautoría, instigación y complicidad, dejando a salvo sin embargo la autoría simultánea cuando el delito de organización empresarial deficiente sea cometido por dos personas jurídicas (p. 455 y siguientes).

4.6. El Derecho Estadounidense

En EE.UU la problemática de la intervención delictiva, que la dogmática en el *civil law* suele esmerarse por solucionar, se ‘difumina’, a razón de la menor relevancia que se proporciona al dogmática, por lo que el tema se desplaza, sin desaparecer, de la distinción entre autores y partícipes, a la cuestión de ‘quienes ejecutan el delito’ y ‘quienes lo determinan o fomentan’, todos, responden penalmente. Por lo tanto, gestor o subordinado, sea que deba responder como “autor” o “partícipe”, permitirá admitir la responsabilidad penal de la persona jurídica (Villegas, 2015, p. 340 y siguientes)

5. Jurisprudencia: Extranjera (España, EE.UU. e Italia) y Nacional

5.1. Primer Grupo de Casos:

5.1.1. Jurisprudencia estadounidense⁶¹

Casos: “préstamos pequeños” (Commonwealth versus Beneficial

Finance Company, Household Finance Corporation, Liberty Loan

Corporation, Local Finance Corporation y otros)

El caso en comento contiene dos hechos acaecidos en el Estado de Delaware⁶² (EE.UU), si bien enjuiciados por separado, vinculados entre sí; ambos subsumidos bajo imputaciones consistentes en “ofrecer o pagar, o solicitar o recibir, sobornos, o conspirar para hacerlo” (delito de corrupción y delito de conspiración para delinquir, respectivamente); conocido en dicho país como casos de “pequeños préstamos”.

Hecho 1: citando literalmente un extracto de la opinión reza como sigue:

“durante el año 1962, varias compañías de pequeños préstamos con licencia (acusados corporativos), junto con algunos de sus funcionarios y empleados (algunos de los cuales son demandados), conspiraron para sobornar a Hanley y Garfinkle en su calidad de funcionarios públicos. El propósito de la supuesta conspiración y el pago del dinero del soborno era asegurar el mantenimiento de una tasa de interés máxima que las empresas con licencia para hacer negocios en el Estado Libre Asociado podían cobrar. La Junta Reguladora de Pequeños Préstamos (Junta de Tasas) llevó a cabo audiencias sobre este asunto en 1962 y el dinero del soborno supuestamente pagado a Hanley tenía la intención de "arreglar" los resultados de estas audiencias” (la negrita es nuestra).

⁶¹ Ver link en las referencias.

⁶² Primer Estado en ratificar la Constitución Política de los EE.UU después de la guerra de independencia (“The First State”).

Respecto a éste, los acusados individuales respecto a Beneficial Finance Company, Household Finance Corporation y Liberty Loan Corporation fueron John M. Farrell y Francis T. Glynn, Nathaniel W. Barber y James S. Pratt, y Lyle S. Woodcock, respectivamente. Por el Estado libre asociado (Commonwealth) Morris Garfinkle y Martin J. Hanley.

Hecho 2: Igualmente, el texto a saber: “durante un período de unos siete años (1957-1963) un número de pequeñas compañías de préstamos (incluyendo a los demandados corporativos), junto con varios de sus funcionarios y empleados (incluidos los acusados individuales nombrados en la acusación de conspiración), presuntamente conspiraron para sobornar a Hanley. Su cargo como funcionario público lo invistió con amplios poderes para aprobar o desaprobado las actividades de las pequeñas empresas de préstamos que hacen negocios en el Estado Libre Asociado. Se alega que los sobornos se pagaron a Hanley durante este período para inducir a Hanley (1) a aprobar varias solicitudes relacionadas con asuntos de rutina; (2) abstenerse de tomar medidas adversas a algunos de los acusados y co-conspiradores en las audiencias de tasas celebradas durante 1957; y (3) obtener la aprobación de varios cambios en las regulaciones de préstamos pequeños” (la negrita es nuestra).

Respecto a este segundo, los acusados individuales respecto a Beneficial Finance Company, Household Finance Corporation y Local Finance Corporation fueron John M. Farrell, Francis T. Glynn y Edward R. Newhall, Nathaniel W. Barber y James S. Pratt. Por el Estado, Martin J. Hanley.

Fallo

El tribunal determino, en primer lugar, que Nathaniel W. Barber y James S. Pratt (jefe del departamento de relaciones públicas y subordinado de la misma área, de Household, respectivamente), Lyle S. Woodcock (vicepresidente ejecutivo y director de la corporación pública Liberty), John M. Farrell, Francis T. Glynn y Edward R. Newhall (empleados de Beneficial)⁶³ y John McHenry, Sr.⁶⁴ (presidente de Local y efectivo "administrador" de la corporación", así como gestor de imagen de la corporación) cometieron los siguientes delitos: corrupción [ofrecimiento u pago de sobornos a funcionarios, Morris Garfinkle y Martin J. Hanley (supervisor de las agencias de crédito y subcomisionado de bancos)] o, alternativamente, en la conspiración para ello, "arreglando" el resultado de las audiencias de tarifas u otras conductas ilícitas.

En segundo lugar, porque dichos funcionarios actuaron por y en nombre de la corporación, esto es, actuaron en el marco de las atribuciones que por razón del cargo ostentaban en aquella.

Al respecto el Tribunal aplica el estándar de la prueba del "parentesco del acto con la autoridad", con el cual se explica cuándo un funcionario o servidor de la corporación actúa por y en nombre de ésta. Así, quedó sentado que la autoridad suficiente para considerar que un empleado actúa por y en nombre de la corporación y que por tanto sus delitos alcanzan penalmente a la corporación solo es 'aquella que surge de la concreta operación en que se comete el delito'. Esto es, es evidente que un 'funcionario de alto rango' que en una operación concreta

⁶³ Mayor detalle en el apartado correspondiente a grupos empresariales.

⁶⁴ Como en las legislaciones antes estudiadas, el fallecimiento de la persona física que cometió el delito no afecta la responsabilidad de la corporación, como en el presente caso, pues Mc Henry Sr., falleció antes del juicio.

actúa en el marco de las atribuciones de su cargo lo hace por y en nombre de la corporación, pues actúa investido de autoridad corporativa suficiente. Ello también se puede decir respecto de ‘funcionarios de rango intermedio’. Entonces, como lo indica el Tribunal, lo determinante para que los actos individuales vinculen a la corporación no viene por “el cargo en sí”, sino por la autoridad con la que resulta investido el agente en la concreta operación. Por tanto, un empleado de bajo rango puede ostentar dicha autoridad en el marco concreto de sus funciones, por un lado, pero un alto funcionario carecer de ella en una concreta operación, por el otro.

Así, indica que los funcionarios en cuestión fueron ubicados por las respectivas corporaciones en posiciones (relaciones públicas u otros) en la que tenían autoridad suficiente para actuar por y en su nombre respecto a operaciones concretas o ya de principio a razón del alto cargo que poseían. Esto se puede verificar en Nathaniel W. Barber y James S. Pratt, que desempeñándose en el departamento de relaciones públicas como mandos “medios” u subordinados poseían la autoridad suficiente para gestar la imagen de la empresa ante terceros, siendo que precisamente en el marco de dichos actos de gestión conspiraron para sobornar a funcionarios públicos con la finalidad de obtener una posición de ventaja para Household, de allí que en mérito de dichos actos ilícitos se concluya que la corporación también conspiró con dichos fines. También en Lyle S. Woodcock. Inclusive en Local, McHenry era el efectivo y material gestor de la corporación y su presidente.

Y, en tercer lugar, también se determinó que los delitos cometidos por dichos funcionarios tenían por finalidad obtener una posición de ventaja para el negocio (“préstamos”) de dichas corporaciones.

5.1.2. Jurisprudencia italiana⁶⁵

Caso: “Incendio en la planta de producción de acero TKAŠT, Turín - Italia” (Casación Penal N° 38343)

Hecho

El hecho versa sobre el incendio acaecido en una fábrica italiana de producción de acero en el que fallecieron varios trabajadores.

Dicha actividad productiva constituía uno de los rubros al que se dedicaba el grupo empresarial italiano dirigido por el Holding Thyssen Krupp AG (TKAG), sector específico que era dirigido por el sub holding Tyssen Krupp Stainless (TKL), que, entre otras empresas, controlaba a la subsidiaria Thyssen Krupp Acciai Speciali Terni (TKAST) dedicada a la producción de acero, con sede y planta principal en Terni.

El incendio aconteció el 05 de diciembre de 2007 en una planta secundaria de TKAŠT, específicamente en la planta APL5, sede Turín, encargada de las fases de recocido y decapado de acero, que fue ocasionado por la existencia de múltiples irregularidades y falta de mantenimiento del equipamiento de la planta, las mismas que respondieron a la decisión de cerrar dicha planta y trasladarla a Terni y consecuentemente con ello la prescindir de la inversión en seguridad; produciendo la muerte de siete trabajadores; ello pese a que dicho suceso ya había

⁶⁵ Ver link en las referencias.

sucedido en otra planta de la empresa y que ello motivó a partir de ese momento una mayor inversión en seguridad.

Fallo

La corte de Casación italiana determinó en el caso de autos: i) que el Director General (CEO, “EH”), directores (“PuM”, “PG”, “MD”, “SR”) y ejecutivos (“CC”) de TKAST cometieron el delito de omisión dolosa de las precauciones contra accidentes de trabajo⁶⁶ (art. 437, primer párrafo, CP), homicidio culposo⁶⁷ (art. 589, primer, segundo y tercer párrafos, CP) e incendio culposo⁶⁸ (art. 449 CP); ii) el delito de homicidio culposo por infracción de normativa sobre seguridad en el trabajo⁶⁹ integra el catálogo de delitos atribuibles a las personas jurídicas y por tanto habilita la responsabilidad de ésta; iii) este delito es considerado como “propio” de TKAST a razón de la ‘identificación orgánica’ que vincula a ésta con aquellos, pues estos han actuado en el marco de su competencia social, han actuado, no como sujetos individuales, sino como la

⁶⁶ *Sustracción u omisión dolosa de precauciones contra accidentes de trabajo (art. 437 Código Penal italiano)*: “Quien no coloque sistemas, aparatos o señales destinados a prevenir desastres o accidentes de trabajo, o los quite o dañe, es castigado con (...) Si del hecho resultare siniestro o lesión, la pena (...)”.

⁶⁷ *Homicidio culposo (art. 589 CP italiano)*: “Quien causa la muerte de una persona por negligencia es castigado con prisión de seis meses a cinco años. Si el hecho se comete con infracción de las normas para la prevención de accidentes de trabajo, la sanción es de prisión de dos a siete años. ((Si el hecho se comete en el ejercicio abusivo de una profesión para la que se requiere una especial calificación del Estado o de un oficio sanitario, la pena es de prisión de tres a diez años)). PÁRRAFO DEROGADO POR LA LEY N. 41 de 23 DE MARZO DE 2016. En caso de muerte de varias personas, o de muerte de una o más personas y lesiones a una o más personas, la pena que deba imponerse por la más grave que las infracciones cometidas aumentan hasta tres veces, pero la pena no puede exceder de quince años”.

⁶⁸ *Incendio culposo (art. 449 CP Italiano)*: “El que, fuera de los supuestos previstos en el segundo párrafo del artículo 423-bis, provoque por negligencia un incendio u otro siniestro previsto en el capítulo primero de este título, es castigado con la pena de prisión de uno a cinco años. (172) La pena se duplica en caso de siniestro ferroviario o de naufragio o inmersión de un buque destinado al transporte de personas o de accidente de una aeronave destinada al transporte de personas”.

⁶⁹ Italia también establece un *numerus clausus*; con la gran diferencia frente al legislación española y nacional _como lo veremos en lo subsiguiente_ de que incorpora en dicho catálogo delitos contra la vida (homicidio culposo).

entidad misma, como un cuerpo, en su interés y ventaja⁷⁰ (principio de responsabilidad propia); iv) además, a TKAST se le reprocha haber incumplido su obligación de implementar medidas de prevención de delitos concretos; culpa o falla de la organización (principio de culpabilidad).

En consecuencia, condenó a TKAST al pago de multa de 1, 000,000.00 EUROS, inhabilitación, exclusión de beneficios, decomiso y publicación de la sentencia.

5.1.3. Jurisprudencia española⁷¹

Caso 1 (C1): Estafa (SAP 558-2018 – STS 36-2022)

Hecho

El caso nos circunstancia en las relaciones comerciales mantenidas entre la empresa Auriga Consultoría y Proyectos S.L., administrada por Evaristo, y la empresa CS Carpinteros 2025 S.L., administrada por Gervasio. Así, por un lado, en agosto de 2013 la primera se obligó con la segunda a la prestación de servicios de asesoría fiscal, laboral y contable a la segunda, a cambio de una contraprestación dineraria. Por otro lado, en setiembre del mismo año, la empresa CS Carpinteros brindó servicios de carpintería en el domicilio de Evaristo. Acordando que el pago de las respectivas contraprestaciones económicas a favor de cada una de la empresas sería postergada a fin de que sean compensadas posteriormente.

⁷⁰ “Los dos criterios de atribución de interés y de ventaja se sitúan en una relación de *alternativa*, tal como lo confirma la conjunción disyuntiva “o” presente en el texto de la disposición. Se cree que el criterio del *interés* expresa una valoración teleológica del delito, apreciable *ex ante*, en el momento de la comisión del hecho, y según un criterio marcadamente subjetivo; y que el criterio de la *ventaja* tiene una connotación esencialmente objetiva, como tal apreciable *ex post*, sobre la base de los efectos efectivamente derivados de la comisión de la infracción (...) Los conceptos de interés y provecho, *en los delitos de hecho culposos*, deben necesariamente ser *referidos a la conducta* y no al resultado ilícito” (Casación N° 38343: criterios de imputación objetiva del delito).

⁷¹ Ver link en las referencias.

Así, a fines de 2015 la contraprestación a favor de Auriga Consultoría y Proyectos era inferior a la de CS Carpinteros, las cuales, en una primera oportunidad, no pudieron ser compensadas debido a discrepancias. Este hecho motivo a que Evaristo, valiéndose de engaño y de la confianza que Gervasio había depositado en él, cobre el importe que la Hacienda Pública devolvería por concepto de IVA (cuarto trimestre de 2015) a CS Carpinteros, ascendiente a S/ 2,684.51 euros, tramitando dicha devolución a nombre de ésta, pero proporcionando como cuenta para depósito una cuya titularidad correspondía a Auriga Consultoría y Proyectos. Modus operandi que se repetiría en fecha posterior.

Fallo

El Tribunal determinó que en el caso de autos concurrían los elementos del tipo requeridos por el artículo 31 bis del Código español para afirmar la responsabilidad penal de la empresa Auriga Consultoría y Proyectos, considerando que: i) Evaristo cometió un delito continuado de estafa comprendido en el catálogo atribuible a las personas jurídicas (delito previo ‘catalogado’) en su calidad de administrador de Derecho (en ‘nombre’ de la empresa); ii) con la comisión del delito se consiguió incrementar efectivamente el patrimonio de la empresa, pues el importe dinerario desplazado ilícitamente mediante engaño ingresó a su cuenta bancaria (comisión del delito en beneficio ‘directo’ y ‘efectivo’ de la empresa; relación medio-fin)⁷²; iii) la empresa facilitó la comisión del delito de estafa pues no adoptó ninguna medida que lo hubiera prevenido eficazmente, por lo que aquél le es atribuible como propio [defecto de

⁷² Recordemos que el beneficio puede ser directo o indirecto, y en ambos casos, efectivo o potencial.

organización por falta de “cultura” de respeto a la norma; relación causa (defecto) – causa (delito)].

En consecuencia, condenó a la empresa Auriga Consultoría y Proyectos como autora del delito continuado de estafa, imponiéndole pena de multa considerando que no concurrían los ‘criterios’ de imposición de otras penas, pues aquella ostentaba un carácter orientado intrínsecamente a la actividad lícita por lo que desde una proyección a futuro no se vislumbraba su peligrosidad y por tanto no se presentaba la necesidad de prevenir la continuidad del delito.

CASO 2 (C2): Estafa (STS 183-2021)

Hecho

El caso nos circunstancia en el marco de un proceso de selección de la empresa adjudicataria para la ejecución una obra de remodelación (escaleras) de un proyecto inmobiliario (concluido de forma deficiente por la empresa SCVV7), a financiar con el saldo del préstamo (1,163,639.13 euros) otorgado por la empresa Bianka (antes Caja Segovia), cuyos activos inmobiliarios fueron transferidos a la empresa SAREB SA, pero bajo gestión y administración de la empresa Promotora Plataforma SL (a nombre de Bianka), representada por Alberto. Financiamiento que se supeditó a la conformidad de SAREB respecto a una serie de condiciones referidas a la elección de la adjudicataria, garantía del crédito y otros, cuyo cumplimiento y supervisión fue encargada a Promotora Plataforma SL.

En ese contexto, Alberto, aprovechando su posición de dominio, urdió una trama para que la obra de remodelación sea adjudicada a su empresa Desarrollos Inmobiliarios de Construcción y Restauración SL (administrador de hecho y socio

mayoritario), creada ex profeso para dicho fin (ocultó su calidad de propietario de la empresa, falseo información, distorsionó comunicaciones, subcontrató la ejecución de la obra por un precio menor, 680,000.00 euros), al mismo tiempo, actuó conjuntamente con otros apoderados en nombre y representación de SAREB, y sin consentimiento de ésta, renunciando al crédito a cambio de solo 100,000.00 euros; generándose un perjuicio de 1,063,139.13 euros.

Fallo

El Tribunal determinó que en el caso de autos concurrían los elementos del tipo requeridos por el artículo 31 bis del Código español para afirmar la responsabilidad penal de la empresa Desarrollos Inmobiliarios de Construcción y Restauración, considerando que: i) Alberto cometió un delito de estafa comprendido en el catálogo atribuible a las personas jurídicas (delito previo ‘catalogado’) en su calidad de administrador de hecho (por ‘cuenta’ de la empresa); ii) con la comisión del delito se incrementó efectivamente el patrimonio de la empresa en un saldo resultante de la diferencia entre el costo de ejecución y subcontratación de la obra (comisión del delito en beneficio ‘directo’ y efectivo; relación medio-fin); iii) la empresa facilitó la comisión del delito de estafa pues no adoptó ninguna medida que lo hubiera prevenido eficazmente, por lo que aquél le es atribuible como propio [defecto de organización por falta de “cultura” de respeto a la norma; relación causa (defecto) – causa (delito)].

En consecuencia, condenó a la empresa Desarrollos Inmobiliarios de Construcción y Restauración como autora del delito de estafa, imponiéndole pena de multa y disolución, ésta última a razón de haber sido instrumentalizada para la comisión del delito.

Caso 3 (C3): Estafa procesal (STS 165-2020)

Hecho

El caso se circunstancia en el marco de la relación laboral entre la empresa Ferrallas Navacor AB S.L., administrada de hecho por Demetrio, y su ex empleado Francisco, la misma que inicio en abril de 2013 y concluyó en julio del mismo año. A razón de ello, Francisco interpuso demanda de pago de beneficios laborales ante la jurisdicción contra Ferrallas Navarro AB S.L, iniciando un proceso judicial en el que Demetrio, ordenó a tercera persona, la falsificación de un documento⁷³ para acreditar que su ex empleado había recibido el pago de los beneficios laborales que le correspondían, hecho que al ser advertido por la juzgadora, derivó en el caso de autos.

Fallo

El Tribunal determinó que en el caso de autos concurrían los elementos del tipo requeridos por el artículo 31 bis del Código español para afirmar la responsabilidad penal de la empresa Ferrallas Navacor AB SL, considerando que:

i) Demetrio cometió un delito continuado de estafa procesal en grado de tentativa comprendido en el catálogo atribuible a las personas jurídicas (delito previo ‘catalogado’) en su calidad de administrador de hecho (por ‘cuenta’ de la empresa); ii) con la comisión del delito se pretendió evitar la disminución del

⁷³ De conformidad a la Ley Española, el delito de falsificación no puede ser cometido por las personas jurídicas, salvo los referidos a la falsificación de tarjetas de crédito o débito y los cheques de viaje (art. 399 bis CPE).

patrimonio de la empresa, pues el fraude implicaba dejar impaga la deuda laboral a favor del ex empleado (comisión del delito en beneficio ‘directo potencial’⁷⁴; relación medio-fin); iii) la empresa facilitó la comisión del delito de estafa procesal pues no adoptó ninguna medida que lo hubiera prevenido eficazmente, por lo que aquél le es atribuible como propio [defecto de organización por falta de “cultura” de respeto a la norma; relación causa (defecto) – causa (delito)].

En consecuencia, condenó a la empresa Ferrallas Navacor AB SL como autora del delito de estafa procesal, imponiéndole pena de multa reducida a razón de su comisión en grado de tentativa y atendiendo a la inconcurrencia de los ‘criterios’ de imposición de otras penas.

5.1.4. Jurisprudencia peruana⁷⁵

Caso 4 (C4): Homicidio, lesiones graves y otro (Caso “Utopía”)

Hecho y consecuencias accesorias

Con fecha 20 de julio de 2002 aconteció un incendio en el interior de la discoteca Utopía – Inversiones García North SAC (ubicada en la ciudad de Lima), en la que fallecieron 29 personas, el mismo que se produjo como consecuencia de la falta de implementación de medidas de seguridad, la realización de espectáculos realizados con fuego y animales y el uso de productos altamente inflamables en el diseño de los interiores de dicho establecimiento. Es así que, como consecuencia del proceso judicial que se inició, se condenó a Alan Michael Azizolahoff Gate y Edgar Jesús Paz Ravines⁷⁶, en su calidad de directores de la empresa, por el delito de homicidio culposo (imprudente) agravado por omisión impropia, fundamentando dicha responsabilidad penal en

⁷⁴ A diferencia del C1 y C2 en los que el beneficio es directo, pero efectivo.

⁷⁵ Ver link en las referencias.

⁷⁶ Sentencia del expediente N° 8132-2014.

su posición de garantes derivada del deber jurídico (art. 177 LGS)⁷⁷; a Percy Edward North Carrión⁷⁸, en su calidad de Administrador, por los delitos de homicidio doloso y lesiones graves dolosas por omisión impropia, también a razón de su posición de garante y deber (art. 190 LGS), pero a título de dolo (eventual); y, a Roberto Jesús Ferreyros O'hara⁷⁹, en su calidad de barman (empleado), por los delitos de homicidio culposos, lesiones culposas y estragos culposos.

Asimismo, se impuso a la empresa Inversiones García North SAC.,⁸⁰ la consecuencia accesoria de disolución y liquidación, de conformidad con el artículo 105, numeral 2, del Código Penal, que ha decido de CAVERO (2006)⁸¹ se sustentó más en la gravedad de los hechos producidos (las muertes y las lesiones de los asistentes a la fatídica fiesta Zoo) que en la peligrosidad de la estructura empresarial (p. 93-127).

Adecuación al régimen especial

En nuestro país también se ha implementado la responsabilidad de las personas jurídicas de modo similar al caso español, aunque rotulada como 'administrativa', no obstante nuestros órganos jurisdiccionales aún no han tenido la oportunidad para emitir pronunciamiento de fondo respecto a su aplicación, sin embargo, nada obsta una análisis de los casos ya concluidos conforme al régimen

⁷⁷ No se acreditó delegación de facultad de administración.

⁷⁸ Sentencia del expediente N° 043-2015.

⁷⁹ Sentencia del expediente N° 306-2004.

⁸⁰ Expediente N° 493-2002, de fecha 30/04/2004: "...hemos de indicar que [la persona jurídica] tiene la condición de parte pasiva en el presente proceso, en la medida que los hechos punibles que se enjuician fueron cometidos en el ejercicio de la actividad de dicha persona...En supuestos como el descrito, nuestro Código Penal ha establecido varias consecuencias accesorias que son aplicables a las personas jurídicas; siendo ello así, y sin que ello implique violentar el principio *societas delinquere non potest* resulta pertinente aplicar la consecuencia establecida en el segundo numeral de la norma indicada..." (trigésimo considerando).

⁸¹ Revista de Derecho. Universidad de Piura. Vol. 7-2006, páginas 93-127.

de las consecuencias accesorias según las regla del régimen penal actual, tales como Utopía, Business Track, Canal 4 y Odebrecht.

Así, adecuando este caso al régimen especial de responsabilidad penal se concluye que es evidente que sí se cumple el primer requisito⁸², pues Azizolahoff, Paz, North y Ferreyros cometieron delitos de homicidio, lesiones y estragos comprendidos en el catálogo atribuible a las personas jurídicas (delito previo ‘catalogado’), pero conforme a un catálogo abierto⁸³, en su calidad directores, administrador (en “nombre” de la empresa) y subordinado (por ‘cuenta’).

Respecto al segundo requisito, gestores y subordinados actuaron en beneficio directo efectivo de la empresa, pues el desempeño de sus competencias estaban encaminadas a la obtención de ganancias económicas mediante la realización de actividades propias del giro empresarial; con lo cual la comisión de los delitos incrementaron efectivamente el patrimonio de la empresa (comisión del delito en beneficio ‘directo’; relación medio-fin)

Finalmente, el cumplimiento del tercer requisito es evidente, pues la empresa no adoptó ninguna medida eficaz para prevenir la comisión los delitos de homicidio, lesiones y estragos, con lo cual facilitó su comisión.

⁸² Más adelante volveremos respecto a la problemática que genera.

⁸³ La legislación peruana y española han optado por un catálogo cerrado, dentro dl cual no se encuentra el delito de homicidio; sin embargo, el análisis que hacemos aquí parte desde la perspectiva de un catálogo abierto, de allí que demos por cumplido el requisito en comentario.

Caso 5 (C5): Interceptación telefónica, violación de la correspondencia y asociación ilícita para delinquir (Caso “Business Track”)

Hecho y consecuencias accesorias

En el año 2003 se funda la empresa Business Track SAC., integrada mayoritariamente por ex militares de la Marina de Guerra del Perú⁸⁴, la misma que fue instrumentalizada para realizar interceptaciones telefónicas ilícitas, entre las cuales figuran las realizadas a Alberto Quimper Herrera – Ejecutivo de Petro Perú, y Rómulo León Alegría – Ex ministro aprista, referidas a conversaciones sobre actos de corrupción para favorecer a la empresa noruega Discover Petroleum, las cuales fueron difundidas en los medios de comunicación en el año 2008. Es así que, como consecuencia del proceso judicial⁸⁵ que se inició, se condenó a diversos directivos y trabajadores de Business Track SAC., por el delito de interceptación telefónica. Además, se impuso a la empresa Business Track SAC.⁸⁶, la consecuencia accesoria de disolución y liquidación al haberse determinado su carácter instrumental.

⁸⁴ A excepción de Giannotti Grados, Salaz Cortez y Martell Espinoza. Por lo demás, dichos ex militares habían laborado en la Dirección de Inteligencia Naval.

⁸⁵ Sentencia del expediente N° 99-2008.

⁸⁶ Fundamentos 2195 y siguientes: “Como hemos descrito anteriormente los fines de la citada Empresa, no comprendían aspectos referidos a la seguridad integral de la información, ni análisis de vulnerabilidades, sino más bien tenían como objetivo empresarial “información y capacitación empresarial e industrial, realizando estudios, análisis que coadyuven a la obtención de conocimientos que resulten primordiales a las personas naturales y jurídicas para implementar un óptimo proceso de toma de decisiones, pudiendo importar y exportar suministros, equipos, representación de toda clase de personas y/o empresas” (ver ficha de matrícula en Registros Públicos fojas 2462 anexo G), sin embargo dentro de dicha descripción de sus objetivos, se derivó en actividades propias de manejo de información como han referido los acusados. Dentro de ese sesgado ámbito de desenvolvimiento se derivó en la comisión de delitos que tienen que ver con manejo de información, interceptación de teléfonos, violación de correspondencia, pero también se les imputa asociación criminal, actividades delictivas que conforme hemos evaluado en este caso han sido probados, los mismos que sin lugar a ninguna duda, han tenido a la empresa BTR SAC como referencia elemental y esencial para el cumplimiento de sus propósitos delictivos, pues constituía el medio eficaz para sus propósitos delictivos, en consecuencia corresponde en este caso si es legalmente válido aplicar o no las consecuencias accesorias que prevé la ley...2198. En efecto se ha establecido que BTR SAC, persona jurídica legalmente constituida era la Empresa que servía de referencia para que los

Adecuación al régimen especial

Otro caso nacional resuelto conforme a régimen de las consecuencias accesorias que permite un análisis según las reglas del régimen especial es el caso “Petro audios”. Aquí también se verifica el cumplimiento del primer requisito (delito catalogado cometido por gestor o empleado): i) Elías Manuel Ponce Feijoo y Carlos Alberto Tomasio De Lambarri, cometieron el delito⁸⁷ de interceptación telefónica (coautoría) y asociación ilícita para delinquir (autoría) en calidad de Gerente y Gerente de Operaciones, respectivamente (en ‘nombre’ de la empresa); ii) Giselle Mayra Giannotti Grados, Martín Alberto Fernández Virhuez y Jesús Manuel Ojeda Ángeles, cometieron el delito de interceptación telefónica (coautoría) y asociación ilícita para delinquir (autoría) en calidad de empleados⁸⁸ de menor nivel (por ‘cuenta’ de la empresa); iii) Jesús Juan Tirado Segúin

principales involucrados Ponce Feijoo, Tomasio de Lambarri y Giannotti Grados, tuvieran relaciones con clientes o personas interesadas tanto en las actividades lícitas como ilícitas a las que se dedicaban, además dicha empresa servía de elemento de referencia para que varias personas, además de los acusados cumplan determinadas funciones que finalmente en muchos casos tenían propósitos delictivos, estaba integrado por personas con un perfil determinado, en suma era la Empresa adecuada para sus fines tanto lícitos como ilícitos...2206. Resulta bastante improbable que se geste la formación de una persona jurídica, solo con fines delictivos en cualquiera de sus modalidades, mas bien es frecuente que se constituyan personas jurídicas con fines lícitos que no necesariamente tienen propósitos ilícitos, sino que en su desenvolvimiento adecuan su existencia para favorecer, facilitar o encubrir actividades ilícitas, como en este caso, pues nadie contrata con fines ilícitos, razón por la que estimamos pertinente que también se sancione con la disolución aquellas personas jurídicas que finalmente terminaron realizando cualquiera de los supuestos antes referidos, pues solo de esa manera será viable que el Derecho Penal a través de las consecuencias accesorias resulte vigente y sirva para regular adecuadamente el funcionamiento de la sociedad, razones por las que estimamos que en el presente caso, clamorosamente reclama la persona jurídica Business Track Sociedad Anónima Cerrada, su disolución, decisión que adopta este Colegiado en cumplimiento estricto de una interpretación racional de lo que informan los artículos 104 y 105 del Código Penal.”

⁸⁷ En España los delitos de interceptación telefónica, violación de correspondencia y asociación ilícita para delinquir sí están comprendidos en el catálogo de delitos, mientras que en el Perú ninguno de ellos.

⁸⁸ Sobre este aspecto cabe señalar que no media duda respecto a la actuación en nombre de la empresa por parte de los referidos gerentes, más respecto a la actuación de los empleados debemos señalar además que si bien las actividades ilícitas realizadas (interceptación telefónica) no forman parte del objeto social formal de la empresa, no están absolutamente desvinculadas del objeto social, por lo que aquellas se han ejecutado “en el ejercicio de actividades sociales”, en virtud a una relación laboral (“por cuenta”) y por orden de sus superiores

cometió el delito de asociación ilícita para delinquir (autoría) en calidad de empleado (por ‘cuenta’ de la empresa)⁸⁹.

En segundo lugar, en cuanto al segundo y tercer requisitos, es evidente que la actuación desplegada por representantes y empleados fue realizada en beneficio de la empresa Business Track SA, como así se señala reiteradamente en la sentencia, precisando que dicho beneficio es directo pero potencial⁹⁰, pues la información obtenida ilícitamente sería, y ese era el motivo de su obtención, posteriormente comercializada; debiendo añadir por último que la comisión de dichos delitos fue posible a razón de la ausencia de medidas eficaces para prevenir esos delitos.

5.2. Segundo grupo de casos: Delitos especial y de tendencia unitaria

Hasta aquí hemos visto básicamente casos de intervención única de la persona jurídica y referidos únicamente a delitos comunes y escenarios de dicho tipo, en cambio, en el presente apartado pasaremos a analizar casos de intervención múltiple de personas jurídicas, referidos esencialmente a delitos especiales como otros de tendencia unitaria (de organización criminal), los mismos que permitirán seguir incursionando en la praxis del régimen penal especial en desarrollo, con vista inmediata al tema de la autoría y participación.

⁸⁹ Distinto en el caso de los sentenciados Alberto Oswaldo Salas Cortez Y Pablo Eriks Martell Espinoza en calidad de cómplices primarios por la comisión del delito de interceptación telefónica en calidad de cómplices, sin embargo, sus conductas delictivas no pueden ser tomadas en cuenta para efectos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a saber: Según el Código español porque si bien podría señalarse que actuaron en ejercicio de actividades sociales, también es cierto que no estaban sujetos a la autoridad de los gestores de la empresa, pues no tenían vínculo laboral o similar con la empresa, el único contacto se conformaba con empleados de la empresa (Martín Alberto Fernández Virhuez); y, de forma similar conforme a la legislación peruana, ya con más claridad. A diferencia de los casos C1, C2, C3 y C4.

⁹⁰ De forma similar al C

5.2.1. Jurisprudencia española⁹¹: Delitos especiales

Caso 1 (C1a): Estafa continuada – empresas Aniés (STS 742/2018 – SAP 141-2017)

Hecho

El caso nos circunstancia en el marco de sendos contratos de póliza y garantía de operaciones comerciales (relación financiera) suscritos por la empresa Caja de ahorros y crédito de Piedad de Navarra (perteneciente al grupo Banca Cívica) (acreedora) con las empresas Almacenes Aniés S.L y Forrajes Aniés S.L (deudores) (dedicadas al cultivo y comercialización de alfalfa, bajo la administración de hecho de Luis Carlos), con fecha 18 de marzo de 2009 y 14 de julio de 2011, respectivamente; a los que accedieron las segundas por medio de ardid y que fueron renovados por el mismo medio en abril de 2012 en mérito a documentación contractual falsa (contratos de suministro con clientes, las empresas Forrajes San Agustín S.L., S.A.T. 8398 ASGI y Deshidratadora San Mateo S.L.) que daba apariencia de solvencia; fraude que al ser descubierto determinó que la acreedora paralice la financiación a las empresas deudoras y que, a su vez, en respuesta éstas ordenen a las entidades bancarias donde mantenían sus cuentas detener el pago de los recibos cancelados por adelantado por la acreedora, generándose un perjuicio económico para esta última.

El modus operandi era el siguiente: en mérito al contrato de financiamiento la empresa acreedora pagaba por adelantado remesas de recibos correspondientes a las “operaciones comerciales con clientes” que las empresas deudoras le remitían y que estas utilizaban para sus actividades comerciales; y en

⁹¹ Ver link en las referencias.

contraprestación, a la fecha de vencimiento de dichos recibos, los cobraba a través de las cuentas bancarias de los “clientes” de las empresas deudoras y que en realidad pertenecían a la empresas deudoras. Así, la contraprestación correspondiente a la primera remesa era pagada por las deudoras a la acreedora con el que recibía de ésta en calidad de segunda remesa, y así sucesivamente, durante el periodo mayo-julio 2012.

Por último, la empresa Gestiones Mondoto S.L., que también funcionaba bajo la administración de Luis Carlos, dedicada a la explotación de inmuebles, recibió dos transferencias dinerarias desde una cuenta de Almacenes Aniés S.L., el cual fue devuelto a esta última inmediatamente.

Fallo

El Tribunal determinó que en el caso de autos concurrían los elementos del tipo requeridos por el artículo 31 bis del Código español para afirmar la responsabilidad penal de las empresas Almacenes Aniés S.L y Forrajes Aniés S.L⁹², considerando que: i) Luis Carlos cometió un delito continuado de estafa comprendido en el catálogo atribuible a las personas jurídicas (delito previo ‘catalogado’) en su calidad de administrador de hecho (por ‘cuenta’ de la empresa); ii) con la comisión del delito se consiguió incrementar efectivamente el patrimonio de la empresa, pues el importe dinerario desplazado ilícitamente mediante engaño ingresó a las cuentas bancarias de las empresas y fue utilizado por éstas para seguir desarrollando su actividad comercial (comisión del delito en

⁹² Por el contrario, el Tribunal Supremo absolvió a la empresa Gestiones Mondoto S.L del delito de estafa continuada considerando que, si bien aquella también pertenecía a Luis Carlos, no tuvo el propósito de participar en el plan delictivo de Almacenes Aniés S.L y Forrajes Aniés S.L, pues no tuvo intención de ocultar el patrimonio porque el monto dinerario que le fue transferido por la primera fue inmediatamente devuelto a ésta, e inclusive, su giro económico no tenía vínculo alguno con el de las empresas condenadas (explotación inmobiliaria).

beneficio ‘directo’ y ‘efectivo’ de la empresa; relación medio-fin); iii) las empresas facilitaron la comisión del delito de estafa pues no adoptaron ninguna medida que lo hubiera prevenido eficazmente, por lo que aquél le es atribuible como propio [defecto de organización por falta de “cultura” de respeto a la norma; relación causa (defecto) – causa (delito)].

En consecuencia, condenó a las empresas Almacenes Aniés S.L y Forrajes Aniés S.L, como coautoras del delito continuado de estafa, imponiéndoles pena de multa, lo cual es conforme tanto a la acusación al carácter orientado intrínsecamente a la actividad lícita de las empresas condenadas, por lo que desde una proyección a futuro no se vislumbraba su peligrosidad y por tanto no se presentaba la necesidad de prevenir la continuidad del delito.

Caso 2 (C2a): Defraudación tributaria – empresas Lito (STS 123/2019 – SAP 29/2021)

Hecho

El caso nos circunstancia en el marco de la empresa Representaciones Lito S.L.,⁹³ dirigida por Amador (administración de hecho), dedicada a la representación artística en el marco de las actividades recreativas, culturales y espectáculos musicales, por cuya actividad cobraba una comisión (porcentaje) del resultado de la actividad realizada. En ese marco, tenía la obligación de cumplir con el pago del Impuesto al Valor Añadido (IVA), el cual, en los años fiscales

⁹³ El “grupo empresarial” Lito estaba conformado por: i) la empresa principal Representaciones Lito SL [integrada por un Consejo de Administración (6 consejeros, entre ellos, Amador-Presidente), Secretaría y Consejo de Delegados (3 consejeros, entre ellos, Amador), pero cuya dirección y gestión material y efectiva correspondía a Amador] tenía como central actividad la representación de orquestas; y, ii) las empresas soporte: Escena Rent SLU (encargada del transporte de artistas y orquestas), Soner Sonido e Iluminación SL y Esmuli Pro Rent SL (encargadas del alquiler y reparación de equipos) y Representaciones Artísticas Lito SL; propiedad de Amador. Persona jurídica con una estructura empresarial más compleja de aquellas que ya hemos visto hasta ahora, que tienen bastante similitud a los “grupos empresariales peruanos”.

2011 y 2012, solo pagó de forma parcial [el registro inicial, anulado parcialmente con posterioridad, determinó que el incumplimiento comprendió el pago incompleto de los impuestos IVA (pago parcial), sociedades (pago parcial) y de los agentes de zona (falta de retención)].

Fallo

El Tribunal determinó que en el caso de autos concurrían los elementos del tipo requeridos por el artículo 31 bis del Código español para afirmar la responsabilidad penal de la empresa Representaciones Lito SL, considerando que:

i) Amador cometió un delito de defraudación tributaria comprendido en el catálogo atribuible a las personas jurídicas (delito previo ‘catalogado’) en su calidad de administrador de hecho (por ‘cuenta’ de la empresa); ii) con la comisión del delito se consiguió incrementar efectivamente el patrimonio de la empresa, pues la defraudación tributaria permitió acrecentar su patrimonio (comisión del delito en beneficio ‘directo’ y ‘efectivo’ de la empresa; relación medio-fin); iii) la empresa facilitó la comisión del delito de defraudación tributaria pues no adoptó ninguna medida que lo hubiera prevenido eficazmente, por lo que aquél le es atribuible como propio [defecto de organización por falta de “cultura” de respeto a la norma; relación causa (defecto) – causa (delito)].

En consecuencia, condenó a la empresa Representaciones Lito SL como autora del delito de defraudación tributaria, imponiéndole pena de multa y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones públicas, esta última más acorde a la naturaleza del hecho.

Caso 3 (C3a): contra la Seguridad Social (STS 833-2021)

Hecho

El caso nos circunstancia en el marco de las obligaciones socio-laborales de la empresa Fluido Mecánica S.L., conformada por los hermanos Lucía, Arturo y Claudio, este último también como administrador, que desde 1997 hasta 2007 incumplió dolosamente su obligación de ingresar la totalidad de las cuotas de Seguridad Social, aparentando un estado de insolvencia mediante la suscripción de obligaciones contractuales bajo condiciones perjudiciales con las empresas Compañía Eléctrica Peñalabra SA, Nordcon SL, Explotaciones Industriales Guerniquesas SL y Explotaciones Agrarias Del Norte SL, también de propiedad de dichos hermanos.

Fallo

El Tribunal Supremo determinó que en el caso de autos concurrían los elementos del tipo requeridos por el artículo 31 bis del Código español para afirmar la responsabilidad penal de la empresa Fluido Mecánica S.L., considerando que: i) Claudio cometió un delito contra la seguridad social comprendido en el catálogo atribuible a las personas jurídicas (delito previo ‘catalogado’) en su calidad de administrador de Derecho (en ‘nombre’ de la empresa); ii) con la comisión del delito se consiguió incrementar efectivamente el patrimonio de la empresa, pues el impago de las cuotas de la Seguridad Social repercutía en la no disminución de su patrimonio (comisión del delito en beneficio ‘directo’ y ‘efectivo’ de la empresa; relación medio-fin); iii) la empresa facilitó la comisión del delito contra la seguridad social, pues no adoptó ninguna medida que lo hubiera prevenido eficazmente, por lo que aquél le es atribuible

como propio [defecto de organización por falta de “cultura” de respeto a la norma; relación causa (defecto) – causa (delito)].

En consecuencia, condenó a la empresa Fluido Mecánica S.L., como autora del delito continuado de estafa, imponiéndole pena de multa y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones públicas.

5.2.2. Jurisprudencia peruana⁹⁴: Delitos especiales

Caso 4 (C4a): Peculado, corrupción activa y asociación ilícita para delinquir (Caso “Canal 4”)

Hecho y consecuencias accesorias

En el mes de setiembre de 1998, José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres, administradores de facto del Canal 4, acordaron, con Vladimiro Montesinos Torres, asesor presidencial y Director del Sistema Nacional de Inteligencia, la entrega de dinero del Estado Peruano a favor de los primeros, a cambio de utilizar dicho medio de comunicación para apoyar la reelección presidencial de Alberto Fujimori Fujimori. Es así que, como consecuencia del proceso judicial que se inició, se condenó a José Francisco Crousillat Carreño⁹⁵, por los delitos de peculado (extraneus cómplice), corrupción activa y asociación ilícita para delinquir; y a José Enrique Crousillat López Torres⁹⁶, por el delito de peculado (extraneus cómplice).

Por otro lado, se determinó la instrumentalización de las empresas “Canal 4” y La Planicie Properties Sociedad Anónima, la primera por su utilización para la comisión del delito de peculado, imponiéndosele consecuencia accesoria de

⁹⁴ Ver link en las referencias.

⁹⁵ Sentencia anticipada del expediente N° 11-2001.

⁹⁶ Sentencia del expediente N° 11-2001.

prohibición de actividades⁹⁷, y recomendándose su imposición para la segunda por su utilización para ocultar el dinero procedente de dicho delito.

Adecuación al régimen especial

En sede nacional también podemos citar un caso concreto dentro de este segundo grupo: caso “Canal 4” (América Tv), cuya adecuación al régimen especial en comento arroja una primera conclusión: José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres cometieron los delitos de peculado, corrupción activa y asociación ilícita para delinquir, y delito de peculado, respectivamente, comprendidos en el catálogo atribuible a las personas jurídicas (delito previo ‘catalogado’) en su calidad de representantes (miembros del directorio) de Canal 4 _actualmente América Televisión_ (por ‘cuenta’ de la empresa); con lo cual se cumple el primer requisito.

Sin embargo, resulta problemático determinar si en el presente caso se verifica o no una actuación en beneficio de Canal 4. En efecto, el acuerdo consistió, de parte de Canal 4, en la prestación de servicios de publicidad y afines a favor del partido oficialista (Alianza Electoral Perú dos mil98), a cambio de la entrega periódica de sumas de dinero de origen estatal, sin embargo, este dinero fue recibido directamente por los empresarios, no ingresó a las arcas de Canal 4 (no existe prueba de ello), es más se acreditó que fue ocultado mediante la empresa de propiedad de unos de los directivos mencionados, La Planicie

⁹⁷ Sentencia de 08/08/2006 (fundamento 102). Sin embargo, cabe señalar que dicha consecuencia accesoria fue posteriormente anulada mediante sentencia de 14/12/2006, emitida en el recurso de nulidad N° 3766-2006, por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, a razón de haberse exonerado a Canal 4 del pago de reparación civil.

⁹⁸ Aquí también sería posible analizar la responsabilidad penal de la persona jurídica, específicamente, de un partido político, en relación a la comisión del delito de corrupción activa. Al respecto, la responsabilidad del partido oficialista puede verificarse si tenemos en cuenta que el delito fue cometido por su representante y en su beneficio (ganar las elecciones presidenciales).

Properties SA⁹⁹, siendo esta última la que más bien cumpliría con el requisito en comento. Bajo esa misma línea, podríamos añadir no obstante que, teniendo en cuenta que el dinero fue recibido por los dos únicos propietarios de Canal 4 (accionista mayoritario al 99% y minoritario al 1%), se puede interpretar también que existe un beneficio directo aunque potencial, pues el dinero puede muy bien ingresar posteriormente al patrimonio de Canal 4. A manera de conclusión, creemos que las razones expuestas pesan más a favor de negar la concurrencia del requisito en cuestión, inclusive, la Corte Suprema ha considerado que Canal 4 “no tuvo conocimiento, ni participó”, es decir, fueron acuerdos ilegales dirigidos por la búsqueda de beneficios propios, distintos a los de la empresa.

En tercer lugar, más allá de la conclusión expuesta y estando a una superación hipotética de dicho requisito, el tercer requisito se evidencia con la ausencia de medidas eficaces de prevención del delitos de corrupción y afines, con lo cual se afirmaríase su responsabilidad penal por dichos ilícitos [defecto de organización por falta de “cultura” de respeto a la norma; relación causa (defecto) – causa (delito)].

5.2.3. Jurisprudencia española¹⁰⁰: Delitos de tendencia unitaria

Caso 5 (C5a): Tráfico ilícito de drogas (STS 154/2016 -TID) y Blanqueo de capitales (SAN 29/2016 – STS 583/2017)

El caso nos circunscribe en el marco de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas y blanqueo de capitales.

⁹⁹ En efecto, nada obsta que esta empresa pueda ser objeto de responsabilidad penal, como también lo recomienda el órgano jurisdiccional, para el caso en concreto, por el delito de lavado de activos.

¹⁰⁰ Ver link en las referencias.

Hecho 1: Versa sobre el ilícito negocio de tráfico ilícito de drogas

dirigido por Avelino, cometido mediante el transporte de cocaína en el interior de maquinaria pesada desde España hacia Venezuela y viceversa, para su posterior comercialización en el mercado europeo. La maquinaria era de propiedad de la empresa española Transpileo S.L (dedicada a la obra pública), su exportación a Venezuela era realizada por la empresa africana Investissiment Trans Spain Africa S.A. (ITSA) a cargo de la primera, cuyo administrador común de hecho era Avelino. En Venezuela se acondicionaba la cocaína en el interior de la maquinaria y era importada hacia España por la empresa Geomadrid Machinery, administrada por Ignacio, para su posterior comercialización.¹⁰¹

Hecho 2: Versa sobre la ilícita introducción en el mercado lícito de las ganancias obtenidas del ilícito negocio del tráfico ilícito de drogas por la organización criminal dirigida por Avelino (blanqueo de capitales), a través de inyecciones dinerarias en diversas empresas sea para inversión (Transpinelo), su adquisición (Almansa Transporte de Maquinaria, Pataleta Excavaciones y Derrivos, Oct 2000 e Investissement Trans Spain África) o creación para estrictos fines delictivos – sociedad pantalla (Transportes Moreno Ioan), de las cuales aquél era su administrador común; así también, mediante la adquisición de bienes muebles e inmuebles, realización de transferencias bancarias y otros realizados a través de las empresas Cover Collado Inversiones S.L., Cover Collado Construcciones S.L, Mejias Playa y Domus Village, de propiedad de Imanol.

¹⁰¹ A efectos de la comisión de este delito la organización criminal estaba conformada por otras múltiples personas naturales y jurídicas (la empresa Crismar se encargada del transporte marítimo de la maquinaria hacia Venezuela; la empresa Joymaca se encargada de figurar como importador de la maquinaria hacia Venezuela; la empresa Multiservicios y Maquinaria OP se encargada de recoger la maquinaria en Venezuela y acondicionar en su interior la droga; y “Gloval Machinery S.A.” que figuraba como empresa receptora en España), sin embargo no estuvieron comprendidas en el caso.

Fallo

El Tribunal Supremo determinó que en el caso de autos concurrían los elementos del tipo requeridos por el artículo 31 bis del Código español para afirmar la responsabilidad penal de la empresa Transpileo S.L, considerando que:

i) Avelino cometió un delito de tráfico ilícito de drogas comprendido en el catálogo atribuible a las personas jurídicas (delito previo ‘catalogado’) en su calidad de administrador de hecho (por ‘cuenta’ de la empresa); ii) con la comisión del delito se consiguió incrementar efectivamente el patrimonio de la empresa, pues la reimportación de la maquinaria significó el reingreso de ésta a su patrimonio (comisión del delito en beneficio ‘directo’ y ‘efectivo’ de la empresa; relación medio-fin); iii) la empresa facilitó la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas pues no adoptó ninguna medida que lo hubiera prevenido eficazmente, por lo que aquél le es atribuible como propio [defecto de organización por falta de “cultura” de respeto a la norma; relación causa (defecto) – causa (delito)].

En consecuencia, condenó a la empresa Transpileo S.L como autora del delito de tráfico ilícito de drogas, imponiéndole pena de multa a fin de salvaguardar especialmente a las decenas de trabajadores que laboran en la empresa.¹⁰²

Respecto al hecho 2, el Tribunal Supremo determinó que en el caso de autos concurrían los elementos del tipo requeridos por el artículo 31 bis del Código español para afirmar la responsabilidad penal de las empresas

¹⁰² Al haberse acreditado que las empresas ITSA y Geomadrid Machinery eran de naturaleza instrumental o de pantalla, el Tribunal Supremo las excluyó del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, condenado a la primera a pena de prohibición de realización actividades comerciales y multa, y disolución y multa, respectivamente.

Transpinelo, Pataleta Excavaciones y Derrivos, Oct 2000, Investissement Trans Spain África, Almansa Transporte de Maquinaria y Transportes Moreno Ioan - empresa instrumental, considerando que: i) Avelino cometió un delito de blanqueo de capitales comprendido en el catálogo atribuible a las personas jurídicas (delito previo ‘catalogado’) en su calidad de administrador de hecho (por ‘cuenta’ de la empresa); ii) con la comisión del delito se consiguió incrementar efectivamente el patrimonio de la empresas (comisión del delito en beneficio ‘directo’ y ‘efectivo’ de la empresa; relación medio-fin); iii) las empresas facilitaron la comisión del delito de blanqueo de capitales, pues no adoptaron ninguna medida que lo hubiera prevenido eficazmente, por lo que aquél les es atribuible como propio [defecto de organización por falta de “cultura” de respeto a la norma; relación causa (defecto) – causa (delito)].

En consecuencia, condenó a las empresas Transpinelo, Pataleta Excavaciones y Derrivos, Oct 2000, Investissement Trans Spain África¹⁰³ (a pena de multa, suspensión de actividades y clausura de locales), Almansa Transporte de Maquinaria (a pena de multa), y Transportes Moreno Ioan - empresa instrumental (a pena de multa y disolución) como autoras del delito de blanqueo de capitales.¹⁰⁴

¹⁰³ En este segundo proceso penal se acreditó, a diferencia del primero, que la empresa no era meramente instrumental o pantalla.

¹⁰⁴ Respecto a las empresas Cover Collado Inversiones S.L., Cover Collado Construcciones S.L, Mejias Playa y Domus Village, si bien se constató la comisión de blanqueo de capitales, por Imanol, quien como administrador mantuvo el control de la gestión de dichas empresas y las utilizó conjuntamente con Amador para introducir dinero ilícito en el mercado, sin embargo, no se acreditó que dichas conductas reportaran objetivamente provecho o beneficio directo o indirecto para dichas empresas, sino que gozaban de prosperidad, excluyéndose por tal motivo su responsabilidad penal

Caso 6 (C6a): Blanqueo de capitales (STS 483-2020)

Hecho

El caso nos circunstancia en el marco de otra organización criminal, esta vez radicada en Rusia, que extendió sus actividades ilícitas a territorio español, donde instaló una sede cuya dirección fue encargada a Álvaro, a fin de seguir realizando sus actividades ilícitas e introducir las ganancias ilícitas en el mercado lícito.

Bajo dicho encargo, Álvaro, en los años 2002 y 2004, constituyó en España las empresas inmobiliarias Vikser Finkas Management S.L., y Development Diagnostic Company S.L (DDC SL), respectivamente, de las cuales se constituyó en administrador de derecho, cuyo capital provenía: i) de fondos ilícitos de las empresas de propiedad de Francisco, tanto de la empresa Development Diagnostic Company Limited (DDC L) _ administrada de hecho por Álvaro y socia mayoritaria de aquellas_ como de la empresa Fondex Corpration con sede en Islas Seychelles (paraíso fiscal), a través de préstamos ficticios; y, ii) de préstamos obtenidos de entidades bancarias públicas con tasa de interés 0%.

Este incremento patrimonial alcanzado con la inyección de dichos fondos ilícitos permitió que las empresas Vikser Finkas Management S.L., y Development Diagnostic Company S.L., emprendan proyectos inmobiliarios importantes, relacionándose con funcionarios públicos a dichos fines, y que derivó en actos de corrupción en beneficio de dichas empresas, por los que fue condenado judicialmente.

Fallo

El Tribunal Supremo determinó que en el caso de autos concurrían los elementos del tipo requeridos por el artículo 31 bis del Código español para afirmar la responsabilidad penal de las empresas Development Diagnostic Company S.L (DDC SL) y Development Diagnostic Company Limited (DDC L), considerando que: i) Álvaro cometió un delito de blanqueo de capitales comprendido en el catálogo atribuible a las personas jurídicas (delito previo ‘catalogado’) en su calidad de administrador de Derecho y hecho (en ‘nombre’ y “por cuenta” de DDC SL y DDC L, respectivamente); ii) con la comisión del delito se consiguió incrementar efectivamente el patrimonio de la empresas, pues el ingreso de los fondos ilícitos en el patrimonio de DDC SL permitió el desarrollo de sus actividades empresariales y el incremento del mismo, y por tanto, el incremento patrimonial de DDC L (comisión del delito en beneficio ‘directo’ y ‘efectivo’ de la empresa; relación medio-fin); iii) las empresas facilitaron la comisión del delito de blanqueo de capitales, pues no adoptaron ninguna medida que lo hubiera prevenido eficazmente, por lo que aquél les es atribuible como propio [defecto de organización por falta de “cultura” de respeto a la norma; relación causa (defecto) – causa (delito)].

En consecuencia, condenó a las empresas Development Diagnostic Company S.L (DDC SL) y Development Diagnostic Company Limited (DDC L) como autoras del delito de blanqueo de capitales, imponiéndoles pena de multa.

5.3. Tercer grupo de casos: Grupos empresariales y afines

5.3.1. Jurisprudencia estadounidense¹⁰⁵

Casos “préstamos pequeños” (Commonwealth versus Beneficial Finance Company, Household Finance Corporation, Liberty Loan Corporation, Local Finance Corporation y otros)

Para este caso, ya citado, útil también para comprender la responsabilidad penal en el marco de grupos empresariales, nos remitimos a los hechos (1 y 2) descritos en el aparatado correspondiente. Nos interesa aquí referirnos básicamente a los hechos en relación a la responsabilidad penal de la empresa Beneficial Finance Company, empresa matriz.

Por ello, basta con precisar que John M. Farrell, Francis T. Glynn y Edward R. Newhall, declarados culpables de los diversos cargos, no eran formalmente gestores o subordinados de la empresa matriz Beneficial Finance Company, sino de una subsidiaria, Beneficial Management. Ocupaban el cargo de vicepresidente y director; directores regionales de relaciones públicas en Nueva Inglaterra-Massachusetts, el segundo durante el periodo diciembre de 1956 hasta principios de 1958, el tercero a continuación. Por lo tanto en principio la responsabilidad penal debía recaer sobre la subsidiaria Beneficial Management no sobre la matriz, no obstante, recayó sobre ésta.

¹⁰⁵ Ver link en las referencias.

Caso “Monopolio” (EE.UU vs. Corporación Johns-Manville, Keasbey & Mattison Company y otros)

Hecho

El caso nos circunstanancia en el desenvolvimiento del mercado estadounidense de los años 50’, en específico, en el rubro del comercio de tuberías y acoplamientos de asbesto-cemento, en el que las empresas Johns-Manville [matriz conformada por Johns-Manville Sales Corporation, Johns-Manville Products Corporation y Johns-Manville Corporation de California (subsidiarias)] y Keasbey & Mattison Company, únicas fabricantes en el país, concentraban el 95% de ventas, frente al 5% de un sector minoritario importador (tubería europea).

En ese contexto, se detectó que dichas empresas habían arribado a acuerdos para fijar precios en el mercado estadounidense, y que, a fin de impedir que sus competidores (sector minoritario importador) afectaran los precios acordados, también arribaron a acuerdos con los exportadores europeos para acordar la restricción de la cantidad de la tubería que el sector minoritario importaba a EE.UU.

Ante dichas circunstancias el gobierno estadounidense acusó a dichas por infracción del artículo 1 y 2 de la Ley antimonopolio [Ley Sherman, 1980: Sección 1: “Todo contrato, combinación en forma de fideicomiso o de otro tipo, o conspiración, para restringir el comercio o el comercio entre varios Estados o con naciones extranjeras, se declara ilegal”. Sección 2: “Toda persona que monopolice o intente monopolizar o combinar o conspirar con cualquier otra persona o personas para monopolizar cualquier parte del comercio o comercio

entre los distintos Estados o con naciones extranjeras, será considerada culpable de un delito grave (...). Sección 3 (...)], bajo tres cargos: i) combinación y conspiración para restringir irrazonablemente el comercio interestatal y extranjero de tuberías y acoplamientos de asbesto-cemento; ii) combinación y conspiración para monopolizar el comercio interestatal y extranjero de tuberías y acoplamientos de asbesto-cemento; y, iii) intentar monopolizar el comercio interestatal y extranjero y el comercio de tuberías y acoplamientos de asbesto-cemento.

Fallo

El jurado, con opinión del Tribunal del Distrito de Pensilvania, con fecha 21 de mayo de 1964 decidió absolver a las empresas Johns-Manville Corporation y Keasbey & Mattison Company de los cargos imputados, pues no se acreditó la comisión del delito (monopolio y otros).

5.3.2. Jurisprudencia italiana¹⁰⁶

Caso “Incendio en la planta de producción de acero TKAST, Turín – Italia” (Casación Penal N° 38343)

Hecho

El hecho versa sobre el incendio acaecido en una fábrica de producción de acero italiana en el fallecieron varios trabajadores.

Dicha actividad productiva constituía uno de los rubros al que se dedicaba el grupo empresarial italiano dirigido por el Holding Thyssen Krupp AG (TKAG), sector específico que era dirigido por el sub holding Tyssen Krupp Stainless (TKL), que, entre otras empresas, controlaba a la subsidiaria Thyssen

¹⁰⁶ Ver link en las referencias.

Krupp Acciai Speciali Terni (TKAST) dedicada a la producción de acero, con sede y planta principal en Terni.

El incendio aconteció el 05 de diciembre de 2007 en una planta secundaria de TKAST, específicamente en la planta APL5, sede Turín, encargada de las fases de recocido y decapado de acero, que fue ocasionado por la existencia de múltiples irregularidades y falta de mantenimiento del equipamiento de la planta, las mismas que respondieron a la decisión de cerrar dicha planta y trasladarla a Terni y consecuentemente con ello la prescindir de la inversión en seguridad; produciendo la muerte de siete trabajadores; ello pese a que dicho suceso ya había sucedido en otra planta de la empresa y que ello motivó a partir de ese momento una mayor inversión en seguridad.

Fallo

La corte de Casación italiana determinó en el caso de autos: i) que el Director General (CEO, “EH”), directores (“PuM”, “PG”, “MD”, “SR”) y ejecutivos (“CC”) de TKAST cometieron el delito de omisión dolosa de las precauciones contra accidentes de trabajo (art. 437, primer párrafo, CP), homicidio culposo (art. 589, primer, segundo y tercer párrafos, CP) e incendio culposo (art. 449 CP); ii) el delito de homicidio culposo por infracción de normativa sobre seguridad en el trabajo integra el catálogo de delitos atribuibles a las personas jurídicas y por tanto habilita la responsabilidad de ésta; iii) este delito es considerado como “propio” de TKAST a razón de la ‘identificación orgánica’ que vincula a ésta con aquellos, pues estos han actuado en el marco de su competencia social, han actuado, no como sujetos individuales, sino como la entidad misma, como un cuerpo, en su interés y ventaja (principio de

responsabilidad propia); iv) además, a TKAŠT se le reprocha haber incumplido su obligación de implementar medidas de prevención de delitos concretos; culpa o falla de la organización (principio de culpabilidad).

En consecuencia, condenó a TKAŠT al pago de multa de 1, 000,000.00 EUROS, inhabilitación, exclusión de beneficios, decomiso y publicación de la sentencia.

Caso “Manipulación del mercado bursátil italiano - Unipol” (Casación Penal N° 4324)

Hecho

Unipol es un grupo empresarial italiano dedicado a varios rubros económicos, entre ellos, el financiero. En ese contexto, Unipol Spa, durante varias sesiones bursátiles de la Bolsa de Valores de Milán correspondientes a marzo y abril de 2003, a través de su subsidiaria Meieaurora Spa, adquirió acciones preferentes del grupo con el objeto de aumentar artificialmente el valor de las mismas, que una vez producido el incremento transfirió un paquete de acciones a través de la empresa matriz del grupo, Finsoe Spa; logrando obtener con ello una ventaja (ganancia) de 409,000.00 EUROS.

Fallo

La corte de Casación italiana determinó en el caso de autos que: i) el Director financiero de Unipol Spa cometió el delito de manipulación bursatil¹⁰⁷; ii) este delito es considerado como “propio” la matriz de Unipol Spa (Finsoe Spa) a razón de la ‘identificación orgánica’ que vincula a ésta con aquél, pues éste ha actuado en el marco de su competencia social, ha actuado, no como sujeto

¹⁰⁷ Art. 2637 del Código Civil italiano y art. 185 del Decreto Legislativo N° 58/1998; también incluido en el catálogo de delitos atribuible a las personas jurídicas.

individual, sino como la entidad misma, como un cuerpo, en su interés y ventaja (principio de responsabilidad propia); iv) además, a Unipol Spa (Finsoe Spa) se le reprocha haber incumplido su obligación de implementar medidas de prevención de delitos concretos; culpa o falla de la organización (principio de culpabilidad).

En consecuencia, y no obstante la Corte declaró la prescripción del delito cometido, condenó a Unipol Spa (Finsoe Spa) al pago de multa de 10,300.00 EUROS¹⁰⁸.

Caso “Corrupción en el sector salud italiano” (Casación Penal 24583)

Hecho

El caso versa sobre múltiples hechos, entre ellos, el soborno de 500,000.00 EUROS recibido por Fitto Raffaele, presidente de la Región de Puglia (Italia), de parte de Giampaolo Angelucci, ‘director de hecho’ del Grupo Tosinvest (integrado por Tosinvest Finanziaria, consorcio San Raffaele, Tosinvest Sanità, fundación San Raffaele, Tosinvest Servizi, Tosinvest Immobiliare, Santa Lucia 2000 y TGS 2004, Editoriale Libero, Giada y Multires), a cambio de la adjudicación del concurso público para la adjudicación de la administración de once (11) residencias sanitarias para ancianos de la región de Puglia a favor del consorcio San Raffaele por un monto contractual de 198,000.000.00 millones de EUROS. Asimismo, Editoriale Libero, Giada y Multires se beneficiaron económicamente de aquella adjudicación, sobresaliendo la contratación del suministro de periódicos del consorcio San Raffaele a Editoriale Libero.

¹⁰⁸ Conforme al art. 8 del DL 231 la prescripción del delito no exime la responsabilidad de las personas jurídicas (responsabilidad autónoma). Ver también: *Casación Penal N° 2848, Sección 4, 25 de enero de 2021.*

Fallo

La corte de Casación italiana en su análisis determinó en el caso de autos que el ‘director de hecho’ del grupo Tosinvest, Giampaolo Angelucci, cometió el delito de cohecho.

En segundo lugar, circunscribiendo el análisis a las subsidiarias Tosinvest Servizi, Tosinvest Immobiliare, Santa Lucia 2000 y TGS 2004, en tanto sus respectivos representantes legales habían sido absueltos del delito de cohecho por principio no se cumplía con el primer requisito. Sin embargo, restaba analizar si la actuación de director de hecho las alcanzaba. Se partió por la regla según la cual “no se puede presumir un ‘interés de grupo genérico’ para imputar responsabilidad a las empresas pertenecientes a una grupo empresarial”. Debe acreditarse un interés o ventaja concretos. Debía verificarse que el ‘director de hecho’ del grupo, Giampaolo Angelucci, había actuado ilícitamente también en interés o ventaja concretos de las subsidiarias Tosinvest Servizi, Tosinvest Immobiliare, Santa Lucia 2000 y TGS 2004; no se acreditó.

Además, en tercer lugar, ninguna de dichas subsidiarias realizaba su actividad en el sector salud ni tampoco mantuvo relaciones económicas con la subsidiaria adjudicataria, Consorcio San Raffaele, de las cuales pudiera surgir alguna ventaja o beneficio.

Verificaciones que permitieron a la Corte confirmar la absolución de las subsidiarias mencionadas; situación contraria a la de otras subsidiarias (Consorcio San Raffaele, Tosinvest Finanziaria, Tosinvest Sanità, fundación San Raffaele, Editoriale Libero, Giada y Multires) que sí se beneficiaron económica de la comisión del delito.

En ese sentido, el delito en cuestión es considerado como “propio” de las empresas acusadas, a razón de la ‘identificación orgánica’ que vincula a éstas con el director de hecho de todas ellas, pues éste ha actuado en el marco de su competencia social, ha actuado, no como sujeto individual, sino como la entidad misma, como un cuerpo, en su interés y ventaja (principio de responsabilidad propia); iv) además, a dichas empresas se le reprocha haber incumplido su obligación de implementar medidas de prevención de delitos concretos; culpa o falla de la organización (principio de culpabilidad).

Caso “Estafa contra el Estado italiano” (Casación N° 52316)

Hecho

Conforme DL 143/1998 (Ley “Ossola”), el gobierno italiano, a través de su operador SIMEST, otorgó subvenciones económicas favor de exportadores nacionales que realizaban ventas financiadas de sus productos a compradores extranjeros. Con base a ello, en 2008, el grupo empresarial italiano Riva [integrado por Riva Fire Spa (matriz), Ilva Spa e Ilva Sa (subsidiarias, la segunda “ficticia” con sede en Suiza)], administrado por Riva Fabio Arturo, urdió una trama para beneficiarse ilícitamente de dichos beneficios estatales. El grupo Riva, aprovechando que Ilva Sa era una empresa del grupo domiciliaba en el extranjero (Suiza), dispuso que otra empresa del grupo, Ilva Spa (con sede en Italia, ‘empresa exportadora’) venda (exporte) sus productos a aquella mediante financiamiento (venta al crédito) con el objeto de acceder ilícitamente a las subvenciones estatales, pues los productos adquiridos (importados) por Ilva Sa (‘empresa extranjera importadora’) eran vendidos al consumidor final (ciudadanos suizos) por el mismo precio y al contado.

Fallo

La corte de Casación italiana en su análisis determinó en el caso de autos que “RFA”, ‘director’ de Riva Fire Spa (empresa matriz del grupo Riva) cometió el delito de estafa en perjuicio de Estado italiano-SIMEST Spa¹⁰⁹.

Asimismo, que si bien el delito había sido cometido por “AA”, actuando por y en nombre de subsidiaria Ilva Spa¹¹⁰, en su calidad de ‘director’, por lo que en principio no podría extenderse la responsabilidad a otra empresa del grupo (matriz u otra subsidiaria), no obstante, la comisión del delito no se cometió en interés y beneficio de aquella _la subsidiaria_, que era solo aparente, sino más bien, realmente, de la empresa matriz Riv Fire Spa, pues las ganancias (liquidez) obtenidas como consecuencia de la estafa al gobierno fueron a parar a los fondos de la matriz, comisión en la que por lo demás participó el ‘director de hecho’ de ésta.

Finalmente, en cuanto a la culpa o defecto de organización de Riva Fire Spa, se consideró que la existencia de un modelo concreto de prevención no era suficiente en el presente caso para eximir de responsabilidad a la matriz, descartándose un posible “fraude” al modelo por parte de la alta gerencia de ésta pues el órgano de constituido para su supervisión carecía de independencia suficiente.

¹⁰⁹ Art. 604 bis CP Italiano.

¹¹⁰ También ‘gerente de Riva Fire Spa’ como ‘administrador delegado de Ilva Sa’

5.3.3. Jurisprudencia peruana¹¹¹

Caso “Club de la construcción” (Odebrecht, Graña y Montero y otros)

Hecho

El caso nos circunstanancia en los hechos de corrupción en que participó el Grupo Empresarial ODEBRECHT (empresa de origen brasileño) – matriz, a través de diversas empresas que lo integran (Constructora Norberto Odebrecht SA sucursal Perú y Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción SAC)¹¹², Grupo empresarial “Graña y montero” (ahora AENZA).

Hecho 1: Versa sobre el concierto ilícito arribado en el año 2012 entre Jorge Acurio Tito (Gobernador Regional del Cusco, Perú) - agente público peruano, y Jorge Henrique Simoes Barata (Director Superintendente de Odebrecht en el Perú - periodo 2001-2011) y Renato Ribeiro Bortoletti (Director de Contrato de la empresa Odebrecht Ingeniería y Construcción SAC) - agentes privados, destinado a favorecer a ODEBRECHT (Consorcio Vías de Cusco, conformado por dichas empresas) con el otorgamiento de la buena para la ejecución de la obra “Mejoramiento de la transitabilidad peatonal y vehicular de la avenida Evitamiento de la ciudad del Cusco”, a cambio de un pago de \$ 3,000,000.00 millones de dólares.

Hecho 2: Versa sobre el concierto ilícito arribado en el año 2006 a 2010, entre el Alejandro Toledo (Presidente de la República del Perú) – agente público peruano, y Jorge Henrique Simoes Barata (Director Superintendente de Odebrecht en el Perú - periodo 2001-2011) – agente privado, destinado a

¹¹¹ Ver link en las referencias.

¹¹² Sentencia que aprueba acuerdo de colaboración eficaz expedida por el Primer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios – Expediente N° 35-2018-2.

favorecer a ODEBRECHT y OTROS (Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 2 S.A., y Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A, ambas conformadas por Constructora Norberto Odebrecht SA sucursal Perú, Graña y Montero SAC, JJC Contratistas Generales SA, e Ingenieros Civiles y Contratistas Generales SA) con el otorgamiento de la buena para la ejecución de la obra “Corredor Vial Interoceánico Sur Perú – Brasil, Tramo 2 y 3”, a cambio de un pago de \$ 35,000,000.00 millones de dólares. Idéntico modus operandi se realizó para favorecer a dichas empresas con la agilización en la entrega de certificados de avance de obra, esta vez con el concierto de funcionarios de OSITRAN.

Hecho 3: Versa sobre el concierto ilícito arribado en el año 2004 a 2011 entre el José Luis Cuba Hidalgo (Viceministro de Comunicaciones del MTC- Perú) – agente público peruano, y Jorge Henrique Simoes Barta (Director Superintendente de Odebrecht en el Perú - periodo 2001-2011), agente privado, destinado a favorecer ODEBRECHT (Consorcio Tren Eléctrico, conformado por Constructora Norberto Odebrecht SA sucursal Perú y GYM SA) con el otorgamiento de la buena para la ejecución de la obra “Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima – Callao, Línea 1, Tramos 1 y 2”, a cambio de un pago de \$ 1,400,000.00 y \$ 6,700,000.00 millones de dólares, para el 1 y 2 tramos, respectivamente.

Hecho 4: Versa sobre el concierto ilícito arribado en el año 2013 entre Félix Manuel Moreno Caballero (Gobernador Regional del Callao - periodo 2011-2014), Gil Shavit, y Ricardo Boleira Sieiro Guimaraes (Director Superintendente de Odebrecht Infraestructura en el Perú - periodo 2013-2016), destinado a favorecer a ODEBRECHT (Consorcio Vía Costa Verde Callao,

conformado por Constructora Norberto Odebrecht SA sucursal Perú y GYM SA) con el otorgamiento de la buena para la ejecución de la obra “Construcción de la Vía Costa Verde – Tramo Callao”, a cambio de \$ 2,400,000.00 y \$ 1,600,000.00 millones de dólares respectivamente.

Fallo

Los hechos fueron subsumidos en el tipo penal de colusión (art. 384 del Código Penal), imputándose a los colaboradores como personas físicas, Jorge Henrique Simoes, Renato Ribeiro Bortoletti, Ricardo Boleira Sieiro Guimaraes y Antonio Carlos Nostre Junior, la calidad de cómplices primarios, y a Constructora Norberto Odebrecht SA sucursal Perú y Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción SAC (ODEBRECHT) la imposición de consecuencias accesorias. La sentencia de colaboración eficaz establece como beneficio premial: i) la exención de pena para los primeros, y ii) la exención de consecuencias accesorias y del pago de reparación civil (Ley N° 30737), para las personas jurídicas, sin precisar en cambio, a diferencia de aquellos, título de imputación alguno.

6. Análisis

6.1. Introducción

Consideramos que este nuevo escenario _el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas_, ‘gris aún’, debe estar por esta razón abierto a las posibilidades, pues la claridad de sus contornos irán perfilándose en el constante devenir dogmático. Por ello, coincidimos con Gómez-Jara (2015), cuando expresamente señala, refiriéndose específicamente a la cuestión de la autoría y participación:

Los límites de qué formas de co-responsabilidad deben aplicarse vendrán determinadas en gran medida por el concepto de autoría y participación que se sostenga. Negar la posibilidad ab initio de que existan relaciones de autoría y participación conllevaría a tener que justificar una distinción donde la ley no distingue y, además podría comportar consecuencias prácticas que pudieran no ser deseables políticamente. Quizás hubiera sido deseable que el Legislador español abordara esta cuestión de manera explícita, pero ausente dicha regulación, se deberá emplear el acervo teórico existente. (p. 252)

Pero más allá de la concreta regulación española lo cierto es que varios ordenamientos jurídicos extranjeros (EE.UU, Italia, Perú, etc., además de España) comparten nociones afines, aunque con algunas diferencias (v.gr., entre sistemas del *common law* y *civil law*, etc.); a la que, por ahora, no concurren ideas que puedan desplazarlas sino que suman a su perfeccionamiento; por lo que es coherente y útil incorporar los textos legales en el análisis tanto para descifrar la mejor aplicación como para su perfeccionarlo de *lege ferenda*.

Sobre ello, Silva (2020)¹¹³ nos brinda una explicación sencilla. Primero, distingue entre *modelos teóricos* y *modelos legales* en materia de responsabilidad de las personas jurídicas. Los primeros indica se clasifican en modelo de tradición clásica (inglés, vicarial, responsabilidad objetiva), modelo europeo (autorresponsabilidad, culpabilidad por la organización) y modelo intermedio (justicia distributiva); tomando postura por este último. Los modelos legales los clasifica en modelo de responsabilidad administrativa (Alemania, Italia, Perú) y

¹¹³ <https://www.youtube.com/watch?v=8TVZyvxwXC4> “El significado variable de la exigencia de compliance”.

modelo de responsabilidad penal (España, EE.UU), siendo este último más garantista.

El modelo clásico es seguido por EE.UU. Uno de los países de mayor tradición en el tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, perteneciente al *Common Law*¹¹⁴. Adopta un modelo legal de responsabilidad penal de las personas jurídicas, basado en esencia en el modelo teórico de tradición clásica (inglés): “sistema vicarial o por transferencia”, una responsabilidad de carácter netamente objetiva, por el hecho de otro, cuyo fundamento jurídico reside en la doctrina del *alter ego*. Si bien todo ello, importante resaltar, orientado por un canon (fundamento económico): La eficiencia. Este es el elemento distintivo del sistema estadounidense. El conglomerado jurídico en esta materia tiene como objetivo el “desincentivamiento económico” (prevención) de conductas ilícitas en la empresa, por lo que la regla reza que la empresa será sancionada, pero podría resultar beneficiada con la atenuación e inclusive la exclusión de las sanciones en caso adopten un compliance (política pública).

El principio rector de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los EE.UU es la eficiencia, y es sobre esta que el gobierno de dicho país construye la política pública que hace extensiva a todos los estados miembros. Así, se trata de un análisis costo-beneficio en el marco la prevención de la “criminalidad empresarial”.

Por otro lado, en el plano jurídico la materia se orienta hacia una responsabilidad vicarial o por transferencia, la corporación es penalmente

¹¹⁴ Fuente principal del Derecho en el *common law*: la jurisprudencia.

responsable de las conductas ilícitas de sus gestores o subordinados conforme a la teoría del ‘*alter ego*’ (instrumento), ‘agencia’, etc., una responsabilidad por el hecho ajeno, construida bajo la doctrina del ‘*respondeat superior*’, según la cual, siguiendo a Villegas (2015), los requisitos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en cuanto a forma esencialmente los mismos que incorporan las legislaciones ya estudiadas, son: i) que una persona física, gestor o subordinado, haya cometido un delito¹¹⁵; ii) que el delito se haya cometido en el ejercicio de sus funciones, y, iii) que hayan actuado en beneficio de la persona jurídica (p. 140 y siguientes).

La aplicación de esta doctrina la advertimos en el caso concreto arriba citado (“préstamos pequeños”) en el que se responsabilizó penalmente a varias corporaciones, que en un enfoque de eficacia resulta consecuente pero conforme al cual tampoco se puede descartar *prima facie* algún tipo de beneficio punitivo _atenuante o eximente_ a favor de aquellas que muestren una clara decisión de adoptar un compliance eficaz, pues es ésta eficacia para desincentivar la criminalidad empresarial la que guía la aplicación de la doctrina del *respondeat superior* que puede subordinarse en pro de dicho fin; conformando con ello y bajo dicho enfoque una responsabilidad de tipo vicarial, pues Finance Company, Household Finance Corporation, Liberty Loan Corporation y Local Finance Corporation no responden por un hecho propio sino por un ‘hecho ajeno’, el delito cometido por sus gestores, configurándose una responsabilidad objetiva.

¹¹⁵ La conducta ilícita se transfiere del gestor o subordinado a la corporación como si esta lo hubiese realizado [tipo objetivo (*actus reus*) y tipo subjetivo (*mens rea*)]. Aunque en algunos casos, respecto a grandes corporaciones, se ha acudido a un concepto nuevo: conocimiento colectivo (*collective knowledge*), conocimiento (dolo-imprudencia) compuesta (*mens rea compuesta*, *composite mens rea*), que ya hemos tratado anteriormente y al cual nos remitimos.

Éste es el enfoque bajo el que debe resolverse y comprenderse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los EE.UU., que, es importante decir, reconoce la responsabilidad de las personas jurídicas desde hace mucho tiempo, siglo XIX, importada de Inglaterra, con quien comparte su pertenencia al *Common Law*, del que destacamos, en relación al objeto materia del presente trabajo, la iniciativa legal, proyecto del Código Penal de la Comisión de Legislación de Inglaterra y Gales de 1989, cuya cláusula 30 establece reglas de autoría y participación en la materia, señalando que habrá autoría (para la persona jurídica) cuando por la naturaleza del delito su comisión supone una infracción que es inherente al ámbito de la corporación, en cambio participación cuando la infracción la cometen empleados subordinados por falta de supervisión de los directivos (Zúñiga, 2009, p. 156-158).

El modelo europeo tiene otro fundamento: *uno retributivo (castigo)*, de autorresponsabilidad basado en la culpa por la organización, en que el compliance tiene un efecto eximente de culpabilidad; anclado en diversos elementos (que dotan de seguridad al sistema, principalmente la Ley), propio del *civil law*; que es el que hemos tratado en amplitud en el segundo capítulo; diferenciándose del modelo clásico, propio de *common law*, de corte pragmático, que admite la exclusión de responsabilidad pero siempre según un enfoque de costo-beneficio (visión económica).

Es opinión doctrinaria dominante que en España rige este modelo teórico y su jurisprudencia así lo confirma, vinculado además a un modelo legal de responsabilidad penal. En Italia y Perú, creemos, también impera este modelo teórico, aunque sus respectivos modelos legales resultan confusos.

Así, en el Derecho italiano la responsabilidad de las personas jurídicas se encuentra regulada en el Decreto Legislativo N° 231, de fecha 08 junio de 2001, “Disciplina de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, empresas y asociaciones, incluso sin personalidad jurídica, de conformidad con el artículo 11 de la ley de 29 de septiembre de 2000, n. 300”. Y en lo particular, una regulación muy próxima a la peruana. En efecto, se trata de una regulación que expresamente etiqueta como responsabilidad “administrativa” a la que corresponde a las personas jurídicas. Esta cuestión ha sido abordada por la jurisprudencia italiana con conclusiones disímiles, unas postulan una responsabilidad administrativa, otros una de carácter penal, y finalmente, una tercera posición que propone una responsabilidad *tertium genus* (tercer género o intermedio). Ello pues, como en el caso peruano, si bien se etiqueta de administrativa esta responsabilidad, coexisten factores propios de la responsabilidad penal: la competencia recae sobre los jueces penales, deriva de la comisión del delito, etc.

Más allá de esta discusión, la responsabilidad de las personas jurídicas en Derecho italiano, conforme a la jurisprudencia revisada, es conforme a los principios constitucionales del Derecho sancionador. Así, es respetuosa del principio de la responsabilidad por el hecho propio (“autorresponsabilidad”), en el sentido que el hecho de la persona física también se considera por “efecto rebote” *hecho propio de la persona jurídica*, tanto por el hecho de la relación de identificación que existe en aquellas a razón de la posición organizacional-funcional que la primera ocupa en la segunda, como por el fin que persigue la conducta delictiva, esto es, la ventaja o beneficio económico de la persona

jurídica. Asimismo, salvaguarda el principio de culpabilidad (‘culpa por organización’) pues el “reproche” reside en la culpa por una organización defectuosa, concretamente, en la ausencia de un modelo de prevención de delitos concreto o en su insuficiencia; que por esa misma razón el sistema italiano también puede ser interpretado en clave de autorresponsabilidad estricta si se hace residir allí el núcleo de la responsabilidad.

Ahora, también en el *Common Law* se exige la aludida “relación de identidad”, entendida ya inclusive como se ha indicado (responsabilidad vicarial), que en su conjunto conforman la doctrina del respondeat superior _proveniente del Derecho Civil_, aunque el modelo italiano interpreta este hecho de conexión no como hecho exclusivo de la persona física (hecho ajeno) sino también como propio de la persona jurídica. Pero es en el segundo aspecto en que el modelo italiano aleja mucho más las distancias, pues no solo fundamenta el hecho ilícito como “hecho propio” sino que también suma como fundamento la culpabilidad por defecto en la organización, concibiendo las sanciones administrativas contra las personas jurídicas como una retribución o reproche por dicha culpa.

En efecto, el principio de culpabilidad empresarial también es acogido en los tribunales estadounidenses pero traducido *básicamente*¹¹⁶ en la *exigencia de mayor rigurosidad (probatoria)* en la aplicación de la doctrina del *respondeat superior* (de origen civil) _como correlato a la culpabilidad más allá de toda duda razonable (exigible para las personas físicas)_; en cambio bajo el filtro del *Civil Law* esa conclusión se exige vaya acompañe por la corroboración de una concreta categoría dogmática, la *culpabilidad*, que exige la imputabilidad, conocimiento de

¹¹⁶ Sin perjuicio del concepto de “conocimiento colectivo” (dolo específico de la persona jurídica); que por lo demás aún no ha sido aceptado unánimemente por la jurisprudencia Estadounidense, por lo que se sigue manteniendo la sola vinculación aun hecho ajeno.

la antijuridicidad y exigibilidad de una conducta distinta (Muñoz, 2000, p. 408), además de los elementos propios de injusto en las distintas vertientes del principio de culpabilidad (*principio de dolo y culpa, imputación personal y responsabilidad por el hecho propio*), de allí la dificultad dogmática y la ardua polémica para alcanzar unanimidad en cuanto a la ‘capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas’. Es decir, el primero reduce la cuestión básicamente a la prueba del *respondeat superior* (prueba más allá de toda duda razonable), más próximo al contenido de principios de naturaleza procesal, el *principio de presunción de inocencia e in dubio pro reo*.

Es bajo ese contexto en que debería interpretarse la conclusiones de un sector de la jurisprudencia italiana que interpretando el sistema como un *tertium genus* entre penal y administrativo indica que aquél es el resultado elementos esenciales de éstos para “conciliar las razones de la eficacia preventiva con las, aún más ineludibles, de la máxima garantía”¹¹⁷. Es decir, un sistema de autorresponsabilidad que concilia eficacia y retribución, y en cuyo marco el compliance tiene efectos eximentes de responsabilidad. A diferencia del sistema estadounidense que incorpora una pura eficacia preventiva con fundamento económico.

Por último, esto da cuenta que el Derecho penal italiano es consecuente también con un modelo de Estado Constitucional de Derecho, pese a adoptar un ‘concepto unitario de autor’¹¹⁸ si bien matizado (con excepciones que gradúan sus consecuencias negativas), que hacen palpable otra vez que aún un concepto

¹¹⁷ Casación Penal N° 11518, Sección 3, 15 de marzo de 2019.

¹¹⁸ Código Penal italiano (1930), art. 110: “Cuando varias personas concurren en un mismo delito, cada una de ellas está sujeto a la pena establecida para ello, sin perjuicio de lo dispuesto en la siguientes artículos”.

unitario es viable siempre medien la correcciones necesarias, si bien también redundan los argumentos a favor de un concepto restrictivo. Aunque ya en materia de autoría este ordenamiento jurídico no permite mayor extensión, pues los tribunales italianos, de conformidad al texto legal (“responsabilidad administrativa”), no han visto necesario pronunciarse sobre la cuestión, sin perjuicio de su significativa utilidad respecto a otros aspectos principales.

Finalmente, el modelo intermedio hace residir su fundamento también en la eficiencia pero con límite en la justicia retributiva orientada por el compliance, descartando en su fundamento cualquier tipo de retribución. Este planteamiento es el que según Silva Sánchez debe primar y conforme al cual deben solucionarse las cuestiones concretas.

Este esbozo global que podría estimarse fútil es de la mayor trascendencia por el perfilamiento y comprensión de la esencia del *common law* y *civil law* y del hecho que transitan caminos distintos que los separan; nosotros partidarios del sistema jurídico Romano-Germánico y largamente apegados al aforismo *societas delinquere non potest*, no podemos dejarnos llevar por la emoción del ‘pragmatismo’ (estadounidense) por cuya misma virtud aquella no representa ningún obstáculo, sin perjuicio de su innegable influencia; por lo que las soluciones del *Common Law* deberán previamente analizarse de cara a filtros propios del *Civil Law*.

Hemos dejado para el final la jurisprudencia española y peruana, la primera por su anclaje en un modelo de responsabilidad penal y la segunda por la necesidad de analizarla también conforme a éste modelo, con el objeto de tratar con ayuda de la casuística la temática de la autoría y participación de la persona

jurídica en el delito; sin perjuicio de acumular a dicho análisis las reflexiones sobre legislación y jurisprudencia extranjeras antes tratadas (EE.UU e Italia). Estos casos serán presentados y desarrollados por medio del método exegético (como lo seguiremos haciendo), a fin de permitir una aproximación somera y sencilla sobre el concreto modo de aplicación de las normas especiales de responsabilidad penal de la persona jurídica, específicamente, aprehender el juego de los requisitos en el caso concreto y las consecuencias jurídicas que son correlativas a este tipo de responsabilidad. A modo de paradigma, hemos verificado: i) que ante ciertos delitos no se activa este régimen especial (C3), sin perjuicio de que se opte de *lege ferenda* por un catálogo abierto; ii) en qué casos se aprecia un beneficio directo efectivo (C1, C2, C4, C5) o solo ‘potencial’ (C3); iii) cuándo se actúa en nombre o por cuenta de la persona jurídica [sea como gestores o subordinados (C1, C2, C3, C4, C5)] y cuándo no (C5), en este último caso pese a actuar en ‘ejercicio de actividades sociales’, que por lo demás no se identifica con el estricto y formal giro comercial, y por tanto no activa el régimen especial en comento.

Sin embargo, un escrutinio mayor nos pone frente a cuestiones más allá de las vistas en dicha exposición exegética, ingresando en una mayor teorización y consiguiente necesidad de contrastación práctica, relacionadas a diversas categorías como la de ‘sujeto de imputación’, ‘fundamento de punición’, ‘unidad de delito’, entre otros, pero sobre todo, ‘relaciones de participación en el delito’.

6.2. Sujeto de Imputación y Régimen Especial: Persona jurídica, Sociedades “Unipersonales” y Sociedades Pantalla e Instrumentales

De las empresas procesadas y condenadas penalmente en este primer grupo de casos, unas están constituidas como ‘Sociedad Limitada Unipersonal’ SLU (C1)¹¹⁹, otras como ‘Sociedad Limitada’ SL propiamente dicha (C2 y C3*)¹²⁰, otras como ‘sociedad anónima cerrada’ SAC¹²¹; por lo que formalmente constituyen personas jurídicas y consecuentemente les es aplicable este régimen penal especial. No obstante, la realidad puede mostrarnos situaciones que escapan a este entendimiento superficial, vinculando a un mayor análisis; aquello sea a razón de las posibilidades que ofrecen algunos tipos societarios como el tipo de sociedad ‘unipersonal’ o, derivado parcialmente de aquellas o más allá, debido a tendencias delictivas.

Enfoquémonos en el primer supuesto. Las empresas unipersonales son personas jurídicas cuya nota característica es su conformación por ‘socio único’, pero con todo, en las cuales se diferencia formal y efectivamente entre persona jurídica y persona física que la integra. Aunque no siempre sea así. Así, las empresas unipersonales pueden responder penalmente (C1), otras veces no, resultando en este último caso exentas de responsabilidad penal ¿en qué casos? Cuando exista una total confusión entre persona natural y jurídica¹²².

¹¹⁹ Pues en tanto unipersonal, está constituida por socio único, por lo que la denominación más adecuada según la legislación española sería SLU, y no solamente “SL” o “SRL” (sociedad limitada o sociedad de responsabilidad limitada) como en el presente caso (Decreto Real Legislativo 1/2010, Ley de sociedades de capital). En Perú “EIRL” (Decreto Ley N° 21621).

¹²⁰ Integrada por dos socios. No obstante en el C3 no media dato esclarecedor sobre ello*. En España igualmente se aplica la Ley de sociedades de capital. En Perú Ley N° 26887, Ley General de Sociedades.

¹²¹ En España simplemente S.A.

¹²² Especialmente, STS 264/2022, en el que la confusión entre empresa y persona física era total, a diferencia del C1 (STS 36/2022) en el que solo se aprecia confusión parcial.

Dicha confusión entre persona jurídica y física se presentará cuando en el único socio concurren además los roles de administrador y empleado, su patrimonio este mezclado con el de la primera, al punto que la actividad económica responda a la voluntad del único socio, figurando correlativamente la persona jurídica como un ente sin voluntad ni personalidad propia, pues junto al empresario no existe una organización que dote de realidad propia a la persona jurídica. Ésta es la posibilidad que permite este tipo societario. Y si ello es así, carece de sentido exigirle a la persona jurídica una “cultura de respeto” a la norma (sistema de prevención de delitos), pues la misma no tiene posibilidad real alguna de materializarlo. Consecuentemente, en estos casos la responsabilidad penal solo podrá recaer en la persona física (administrador), no en la jurídica, a fin de evitar doble condena por el mismo hecho (principio non bis in ídem).

Contrario sensu, únicamente las empresas unipersonales que posean una organización social real diferenciada a la del socio serán pasibles de responsabilidad penal, pues solo aquí aparecen como entes autónomos e independientes, distintos a la persona física, y por tanto con capacidad para actuar conforme a una “cultura de respeto” a la norma. Esto precisamente se evidenció en el C1: i) órgano de administración diferenciado (Evaristo-administrador, distinto del socio único, ii) empleados (Evaristo) diferenciados del socio único (esposa) y patrimonio propio y diferenciado [capital (620 participaciones) suscrito en su totalidad por socio único, si bien esposa de Evaristo, casados bajo régimen de separación de patrimonios].

Estos caracteres son mucho más palpables en C3, C4 y C5. En C3 (Ferrallas Navacor AB) se evidencia organización diferenciada [Eleuterio,

administrador de derecho, si bien controlada por el acusado Demetrio¹²³ (administrador de hecho)], varios empleados (Francisco y otros), patrimonio propio y actividad lícita efectiva. También en C4 (Inversiones García North SAC), que por su propio tipo societario (sociedad anónima cerrada “SAC”) ofrecen mayores posibilidades de organización interna: órganos de dirección (directorio integrado por sus propietarios, Azizolahoff y Paz), órgano de administración (a cargo de North), empleados (North y el barman Ferreyros) y patrimonio propio (bienes inmuebles y muebles). La ilustración es similar en el C5 (Business Track SAC) y del cual ahondaremos más adelante.

A modo de conclusión, podemos indicar que la concepción de persona jurídica que exige el régimen penal supone su existencia real y diferenciada, con una organización estructural mínima (empresas unipersonales) que la dote de autonomía frente a las personas naturales que las representan; la cual es claramente notoria en las empresas con organización compleja (grandes empresas o grupos empresariales), es el caso italiano y estadounidense antes citados, que desarrollaremos más adelante.

Ahora nos enfocaremos en el segundo supuesto, las denominadas “sociedades instrumentales o pantalla (fachada)”, y afines, extrayendo de la casuística española y nacional, los caracteres esenciales de estas categorías. Así, es evidente que en el C2 la empresa (Desarrollos Inmobiliarios) nació con el exclusivo propósito de cometer el delito, caso al cual el Tribunal Supremo articuló la aplicación del régimen especial¹²⁴. En el caso “X” (complementario)

¹²³ La concurrencia de este solo dato no determina la confusión total.

¹²⁴ Empresa (sociedad limitada SL) formalmente integrada por dos socios (el acusado y socio ostentaba el 99% y la otra socia el 1%) y una administradora (a la vez empleada), pero que el acusado constituyó, aprovechando su intervención como representante legal en el marco de una

también es indiscutible que la empresa nació con ese fin, sin embargo en este caso el Tribunal excluyó este régimen especial¹²⁵¹²⁶. Lo propio se advierte en el caso “Y” (complementario) con la empresa Geomadrid Machinery¹²⁷, o mucho más evidente con la empresa Transportes Moreno Ioan¹²⁸. Algo diferente se aprecia en el C5, pues la empresa (Business Track) nació para operar lícitamente y así lo hizo, pero que posteriormente fue instrumentalizada para la comisión de delitos¹²⁹; circunstancia que se repite en el caso “Y” con la empresa ITSA¹³⁰, y con mayor énfasis, en Transpinelo¹³¹. También en el C3 (Ferrallas Navacor AB) y C4 (Inversiones García North SAC).

En conclusión, las sociedades instrumentales o pantalla (unipersonal o sociedades en estricto sentido) son aquellas cuya única y exclusiva finalidad es la

convocatoria del proceso de selección (para la ejecución de una obra), ex profeso para participar en dicho procedimiento y defraudar patrimonialmente (estafar) a la empresa acreedora. Nació en ese contexto.

¹²⁵ STS 534/2020. Empresas (sociedades limitadas unipersonales SLU) formalmente dotadas de organización diferenciada (José Manuel, administrador de derecho de Management Gezan; Jorge (solidario) y el acusado, administradores de Aplicaciones Tecnológicas Suiza), pero cuyo único y efectivo gestor _levantado el velo societario_ era el acusado _los otros administradores no ejercieron ninguna actividad propia de su cargo_, desprovista de infraestructura y patrimonio propios, sin real ejercicio de actividad lícita alguna por parte de aquellas; mera pantalla e instrumento para la comisión del delito.

¹²⁶ STS 264/2022. Empresa (SLU) confundida totalmente con la persona física y meramente instrumental.

¹²⁷ STS 154/2016. Empresa (SL) constituida en 2009, de propiedad terceros, formalmente dotada de organización diferenciada, pero instrumentalizada para colaborar en tráfico ilícito de drogas-TID (exportación).

¹²⁸ STS 583/2017. Empresa (sociedad) española constituida en 2009 exclusivamente para la compra de vehículos con dinero procedente del TID.

¹²⁹ Empresa (SAC) formalmente constituida en 2003, integrada por tres socios, Gerente General y empleados, capital social y objeto social inicial (información y capacitación empresarial e industrial), variando posterior y simultáneamente este objeto en 2008 (intercepción telefónica y otros).

¹³⁰ STS 154/2016. Empresa (SA) africana de propiedad terceros, formalmente dotada de organización diferenciada y dedicada a la explotación de minas de oro en Mali (Bamako) _si bien en el primer proceso judicial por TID se determinó inicialmente que dicha empresa era mera “pantalla” y articulando el régimen especial pese a ello_, pero que posteriormente fue controlada con asentimiento de los propietarios por el líder de una organización criminal e instrumentalizada para colaborar en TID (importación) y blanqueo de capitales (dinero, maquinaria y otro).

¹³¹ STS 154/2016. Empresa (SL) española dotada de organización, patrimonio propio y más de cien empleados, que realizaba actividad real lícita (obra pública); pero controlada por su verdadero propietario, líder de una organización criminal, para colaborar en TID y blanqueo de capitales (financiamiento de actividades lícitas). Esto también sucede con otras empresas como Almansa Transporte de Maquinaria y otras.

comisión del delito o el encubrimiento de actividades ilegales, meros instrumentos o pantalla del delito, y, contrario sensu, importante destacar, carentes de actividad legal mínima (materialmente carentes de organización, patrimonio, etc.), confundiéndose totalmente persona jurídica y física, pues la personalidad jurídica representa una mera fachada sometida a la voluntad delictiva de la persona física; por lo que no puede exigírseles una “cultura de respeto” a la norma¹³². En cambio, junto a ellas encontramos sociedades que, si bien desarrollan actividad ilegal (esencial en las sociedades pantalla), también realizan actividad legal efectiva mínima (mayor o menor), por tanto, exigible a ellas una “cultura de respeto” a la norma y pasibles de imputación bajo el régimen penal de las personas jurídicas¹³³.

Como se advierte, más allá del carácter formal de la organización empresarial, habrá que estar a la acreditación probatoria de la inexistencia de actividad legal mínima efectiva o de su existencia mínima o mayor que la ilegal¹³⁴; aunque aún no haya unanimidad respecto al tratamiento de las

¹³² En relación a la ‘sociedad unipersonal’, ésta comparte con la sociedad instrumental o pantalla el hecho de estar excluidas del régimen penal de las personas jurídicas, pues ninguna posee autonomía, ambas están sometidas a la entera voluntad de la persona física, de allí la confusión total entre ellas, pero mientras en la segunda se produce por su propia naturaleza netamente instrumental o pantalla (nacen para la comisión del delito), en la primera se debe a las posibilidades organizativas a que el tipo societario ‘permiten’ arribar en un caso concreto.

¹³³ Distinción que permite inclusive aclarar porque el régimen penal de las personas jurídicas en nuestro país es aplicable a las sociedades irregulares, ya que si bien éstas carecen de personalidad jurídica, ostentan verdadera actividad económica legal, suficiente para desencadenar riesgos penales, que precisamente se pretende evitar con dicho régimen.

¹³⁴ Supuesto en el que creemos se encuentra Business Track SAC. Ahora, conforme al régimen español [art. 33.7, 66.1.5 y **66 bis parte final** CPE. “Para la imposición con carácter permanente de las sanciones... (disolución)..., será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) “reincidencia”. b) *Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal*) la sanción de disolución sería adecuada pues su actividad ilícita se tornó más relevante que la legal. En cambio, según el régimen nacional esta sanción solo aplica para aquellas empresas “que han sido ‘constituidas’ y ‘operado’ para favorecer, facilitar o encubrir el delito”, que no sería el caso, pues como hemos dicho, nació y operó inicialmente de forma lícita, solo posteriormente viró a actividades ilícitas. En el caso C4 (Inversiones García North SAC) en

sociedades instrumentales o pantalla (inclusión o exclusión del régimen especial), por lo que la trascendencia que se le otorga al régimen especial _en comparación al régimen de las “consecuencias accesorias”_ en relación a las garantías penales que ofrece aún es parcial.

Al fin y de forma similar como expusimos en el caso de las sociedades unipersonales, las sociedades instrumentales o pantalla no presentan esa autonomía e independencia que se exige a toda persona jurídica para ser sometidas al régimen penal especial.

Más allá de lo expuesto ¿afecta la magnitud o complejidad estructural de la empresa al este régimen especial? La respuesta es negativa. Cualquier persona jurídica, por más pequeña que estructuralmente se muestre¹³⁵, es pasible de responsabilidad penal, v.gr., las sociedades unipersonales.

El aspecto tratado hasta aquí se resume en la premisa de la personalidad jurídica y su contenido material mínimamente exigible para habilitar este régimen especial, que si bien *prima facie* no aporta una solución concreta al problema del sujeto de imputación, sí aporta elementos a tomar en cuenta en dicho análisis, pues, por un lado, no se trata de una mera referencia al concepto ‘personalidad jurídica’ sino a su contenido mínimo, y por el otro, dicha consideración se extiende al cualquier persona jurídica sin importar su dimensión; todo ello habla de un tramo del contenido material del sujeto de imputación y que en nuestra consideración la dogmática penal deberá tener en consideración en su desarrollo pues constituye un dato de la realidad, en que actúa el Derecho, sea que se adecúe

cambio no podría imponerse esta sanción según el régimen español, pues su actividad relevante era claramente legal; tampoco según el régimen nacional, pues también nació y opero legalmente,....

¹³⁵ España, Italia y Perú también extienden este régimen a las personas jurídicas pequeña dimensión.

el planteamiento a la concepción de la teoría de las normas u otras propuestas ya analizadas, sin perjuicio del alcance limitado de algunas formulaciones que restringe su aplicación únicamente a personas jurídicas complejas (Gómez-Jara), deficientes para acoger a aquellas de pequeña dimensión.

Esto último se verifica en los casos C1, C2, C3, C4 y C5, en que la responsabilidad recae sobre personas jurídicas unipersonales o sociedades en estricto sentido de pequeña magnitud, dotadas de organización simple, de las que no se puede predicar conforme a los argumentos de dichos autor la aludida ‘capacidad de autoorganización’ ni conceptualmente ni fácticamente, y con esta demarcación menos aún algún tipo de ‘dolo’. Sin perjuicio de que los mismos puntos de partida (sistemas autopoieticos y autorreferenciales) permitan incluir a este tipo de empresas, pues no todos exigen dicha complejidad.

Pero con todo, y a lo que importa en este punto, la dogmática expuesta proporciona la base suficiente para afirmar con suficiencia que las personas jurídicas tienen capacidad de acción.

6.3. Comportamiento Delictivo y Delito Imputable a la Persona Jurídica:

Acción u Omisión, Dolo o Imprudencia, Unidad de Delito o Ruptura

La primera opción consideramos podría consistir en incorporar uno o más delitos, tipos penales especiales, que tipifiquen la acción propia de las personas jurídicas; pero la misma no se corresponde con la técnica legislativa dominante y también la jurisprudencia citada que ubican el punto de partida en el antípoda (unidad de delito), por lo que no la trataremos en el presente trabajo.

Pero con esta decisión aún resta determinar cuál es el modelo teórico adaptado: clásico (vicarial), autorresponsabilidad o justicia distributiva. Como ya

habíamos adelantado, consideramos que el modelo de autorresponsabilidad es el que mejor se adapta al sistema del *Civil Law*. Y aún aquí hay que vislumbrar dos opciones a partir de la siguiente interrogante ¿cuál es el ‘hecho propio’ de la persona jurídica? Si concluimos que las acciones de las personas físicas que actúan por nombre de la persona jurídica son propias también de ésta, sumado a la culpa por la organización (defecto organizativo), nos ubicamos en modelo de autorresponsabilidad de orientación vicarial (por transferencia) *_Italia_*; si en cambio concebimos que la acción de la persona jurídica reside generalmente en la omisión (de cautelas de riesgos penales) que constituye el defecto organizativo empresarial, en un modelo más próximo y consecuente con el principio de autorresponsabilidad (España). Pero que en nuestra consideración, pese a la anotada diferencia, ambas opciones son idóneas para fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica¹³⁶, que más allá de la estructuración técnica distinta de dicha responsabilidad ambas acogen como elemento esencial el defecto organizativo; aunque ello genera posibilidades participativas diferentes para la persona jurídica.

La primera, por principio de identidad, acogería cualquier tipo de conducta delictiva y de participación (la defiende Gómez Tomillo, aunque con ciertas particularidades). La segunda generalmente una de tipo omisivo fundada en un deber de garante, pero sin que excluya una de tipo activo (la adopta Gómez-

¹³⁶ Complementariamente, cabe preguntarnos si el fundamento de la *peligrosidad* de la persona jurídica cumple alguna función. Sí, tal como aplica para las consecuencias accesorias, aquella se acumula al fundamento de punición de la persona jurídica pero en fase de individualización de la pena, aunque solo respecto de las penas distintas a la multa, pues esta tiene otro fundamento, la gravedad del hecho (proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho) (FEIJOO, 2016, p. 273-276). Así también lo entiende la Corte Suprema del Perú (caso “Bussines Track”). Descartándose como fundamento del injusto y por también de la versión de concepto unitario de autor que se funda en ella.

Jara); que sin embargo también genera una problemática adicional en relación a la unidad del delito.

Avocándonos a esta última posibilidad ¿qué comportamiento se le imputa la persona jurídica? ¿Qué delito se le imputa? El Tribunal Supremo responde esta cuestión: A la persona jurídica se le imputa el mismo delito atribuido a la persona física, en el cual se le imputa una omisión de cautelas obligadas por su posición de garante, por tanto ostenta todas las facultades procesales, sobre todo probatorias, respecto al delito atribuido¹³⁷ (‘unidad de delito’ y ‘comportamiento omisivo’ ‘impropio’). Esto puede verificarse en los tres primeros casos españoles propuestos (C1, C2, C3)¹³⁸, pues el delito imputado a ambas es el mismo (delito de estafa y estafa procesal), y por haber omitido (“dolosamente”, por transferencia) las cautelas tendentes a la evitación de la comisión del delito (comportamiento omisivo, defecto organizativo).

Por lo demás, desarrollando la idea, el comportamiento imputado es de tipo omisivo impropio o en comisión por omisión con fundamento en el deber de garante de la empresa. Esta idea la plasma el Tribunal en estos tres casos, precisando a nuestra consideración, con todo, que esta interpretación destaca la responsabilidad autónoma de la persona jurídica (hecho propio) en la imputación objetiva, en cambio, en la subjetiva se conforma con transferir a aquella el dolo o imprudencia de la persona física. Esto es, un dolo o imprudencia no del ‘hecho

¹³⁷ STS 123/2019; STS 534/2020. “le concierne, pues, no solo, lo relativo a su organización”, sino “también le afecta todo lo relativo a la prueba de los hechos ejecutados por las personas físicas, con todas las circunstancias que pudieran influir en la evitabilidad del delito concreto imputado, así como a la calificación jurídica de la conducta”; de allí que esté facultada para intervenir en la causa para negar la comisión del delito antecedente tanto en su aspecto típico (objetivo y subjetivo) y antijurídico, o cuestionar su tipificación, cuyo ejercicio puede coadyuvar a definir el hecho como atípico, conforme a derecho o a subsumirlo bajo un tipo penal distinto, v.gr., acreditar que la persona física ha procedido con imprudencia mas no con dolo, con todas implicancias que derivan en torno a la tentativa y participación.

¹³⁸ Extensible a los casos nacionales (C4, C5).

propio’ de la persona jurídica (omisión de cautelas) sino del hecho de la persona física. Así, el tribunal asume una posición intermedia entre las dos opciones arriba enunciadas (autorresponsabilidad con ‘rezagos’ de vicariedad).

La ‘unidad de delito’ también la recogen los defensores de la primera opción (autorresponsabilidad de orientación vicarial, inclusive también, el modelo vicarial estadounidense), aunque a la vez plantean, para casos concretos, la ‘la ruptura del delito’¹³⁹, que persona física y jurídica respondan por delitos distintos _dato que a priori afirma más esta postura por su consecuencia con el ‘hecho propio’ (tipo subjetivo)_. Así, Gómez Tomillo explica que en los delitos contra los trabajadores (art. Arts. 311-318 CPE) basta que la imputación contra las personas físicas sea por delitos de homicidio o lesiones, mientras que contra la persona jurídica sea por los primeros delitos (art. 316 y 315 CPE “infracción de normas de prevención de riesgos laborales”), pues lo contrario implicaría entender que a la persona jurídica “le interesa” dicho el resultado de dicha infracción (accidente, muerte o lesiones). Por lo demás, esta formulación, referido su origen, importa considerar al mismo tiempo que a la persona jurídica puede imputársele un comportamiento tanto activo como omisivo, planteando para este último caso la necesidad de una “doble posición de garantía”, para la persona física y la jurídica.

Este dilema no es puramente conceptual, es más bien práctico, pues si bien la formulación del Tribunal Supremo Español es soluble para los casos resueltos, no lo es para otros. Esto se evidencia en el C4 en el que se emiten para los intervinientes fallos diferenciados con base a los mismos hechos. Se condena

¹³⁹ Gómez Tomillo.

a los directores por homicidio culposo agravado, al administrador por homicidio simple y lesiones graves, y al empleado (barman) por homicidio culposo agravado, lesiones graves culposas y estragos culposos. Es cierto que respecto a este último (estragos culposos) no hay discusión, debe imputársele a la persona jurídica, sin embargo, respecto al delito de homicidio y lesiones no existe esa claridad, pues la imputación varía según verifique dolo o imprudencia en el gestor o subordinado.

Consideramos que para solucionar esta problemática debe tenerse en cuenta en primer lugar el principio de *ne bis in ídem*, de esta manera evitamos situaciones de doble punición. Siguiendo la postura del Tribunal resulta coherente concluir que si la responsabilidad penal de la persona jurídica se sustenta en un comportamiento omisivo (omisión de medidas de prevención de riesgos penales), en el caso concreto la imputación contra ella debe residir en la infracción de su posición de garante del deber de adoptar las medidas contra incendios a fin de prevenir resultados funestos (muerte o lesiones); extensivo también a los directores y administrador.

Pero con todo, si según esa misma posición el aspecto subjetivo se transfiere, la persona jurídica responde por ¿homicidio y lesiones culposas por transferencia de la imprudencia de los directores? u ¿homicidio y lesiones dolosas según el dolo del administrador? Descartamos un criterio (subjetivo) basado en ‘mayor jerarquía’ de la persona física (director) respecto de otra (subordinado), pues ello implicaría retomar la ya abandonada teoría del órgano.

Una aproximación a la solución creemos implica estar a las circunstancias del caso concreto. Así, las circunstancias nos hablan de un local (discoteca)

construida en su interior con materiales altamente inflamables, que no cumplía con las mínimas medidas de seguridad, en especial, aquellas contra incendios, más todavía, organizó una fiesta que incorporaba actividades con fuego, que previamente conocía podían generar accidentes, y pese a todo, teniendo el control directo y efectivo de la actividad empresarial, igualmente importante, violó su deber de garante y desencadenó un funesto suceso (muerte y lesiones). Especiales circunstancias que son de menor magnitud respecto a los directores. En conclusión, consideramos que la persona jurídica debe responder penalmente por el tipo penal más grave, doloso, por tanto conforme a la imputación subjetiva del administrador, pues las circunstancias así descritas evocan el real y efectivo *modus operandi* de la empresa que, sin llegar a ser calificada de criminal, manifiesta claramente una falta de cultura de respeto a la norma, pues de haber existido un programa de cumplimiento o medidas preventivas en general el hecho funesto en cuestión se hubiere evitado, sea por el directo cumplimiento de la cautelas por el administrador o indirectamente por las acciones de supervisión de los directores (criterio objetivo).

Ahora bien, aún resta evaluar otra opción; imputar a la persona jurídica su propio dolo o imprudencia. Pero ¿cómo funciona esta fórmula? ¿define el tipo penal? Si el delito imputado a la persona física es doloso, el dolo propio de la persona jurídica _ pensado para personas jurídicas complejas _ reafirma la imputación por dicho delito. De forma similar en caso de la imprudencia propia de la persona jurídica. Pero si el delito imputado a la persona física es culposo ¿la persona jurídica responde en cambio en virtud de su dolo por delito doloso? En el

C4 podría presentarse esta posibilidad¹⁴⁰. Asimismo, si el delito imputado a la persona física es doloso ¿la persona jurídica responde en cambio en virtud de su imprudencia por delito imprudente? ¿Qué sucede en este último caso cuando no existe tipo penal imprudente?¹⁴¹ Cuestiones que serán desarrolladas en relación a las relaciones de autoría y participación.

Por fin, a modo de conclusión preliminar, las personas jurídicas tienen capacidad de acción tanto si se opta una construcción mediante la teoría de las normas o el concepto de manifestación de la voluntad, por lo que las decisiones jurisdiccionales penales que hoy vienen condenando a la personas jurídicas por la comisión de delitos tienen una base inicial dogmática y legal razonable y mínimamente suficiente, con diversas posibilidades de desarrollo según la peculiar dogmatización que se adopte.

6.4. Relaciones de Autoría y Participación

6.4.1. Delitos comunes

Adecuación de la Teoría del dominio del hecho. Según la teoría “adaptada” del dominio del hecho (Gómez-Tomillo) a la persona jurídica se le imputa su hecho (“hecho de empresa”) a título de autoría inmediata (individual), pues aquel solamente puede atribuírsele a una persona jurídica. Así, en C1, C2, C3 y C5 (delito de estafa y estafa procesal, delito de homicidio, lesiones, estragos e interceptación telefónica y otros) no se imputa directamente a la empresa (Auriga, Desarrollos, Ferrallas y Business Track) una acción típica (“el que...”,

¹⁴⁰ De responder la persona física por homicidio y lesiones culposas, el dolo propio de la persona jurídica permitiría imputar a ésta homicidio y lesiones dolosas, generando una “ruptura del delito”.

¹⁴¹ La solución es idéntica. Pero, a diferencia del supuesto anterior, generando impunidad para la persona jurídica. Aquí, inclusive, se abre a discusión el tema de la participación imprudente.

“los que...”), sino aquella que realizó objetivamente (imputación objetiva)

Gervasio, Alberto, Demetrio, Ponce y otros, que aparece como “hecho de empresa” por adición del ‘hecho de conexión’ (“conducta engañosa”, “causación de muerte y lesiones”, “interceptación ilegal”); concluyéndose por ello que tienen “dominio del hecho” y en consecuencia son autoras.

A esta argumentación le sigue el siguiente cuestionamiento. La autoría inmediata, directa o individual conforme a la teoría del dominio del hecho supone dominio, tener en las manos el acontecer del hecho, y la argumentación arriba expuesta no explica la forma en que la empresa (Auriga, Desarrollos, Ferrallas, y Business Track) “dominaron” dicho hecho, haciendo residir el “criterio de autoría” únicamente en la “imputación objetiva de un hecho objetivo ajeno” [hecho de la persona física unido a un ‘hecho de conexión’ referido a una sola persona jurídica]. Repite únicamente el contenido legal del ‘hecho de conexión’ (en nombre o por cuenta y en beneficio). Si bien no se puede desconocer que el ‘hecho de conexión’ está referido a la persona jurídica, esto no se corresponde con los postulados de la teoría del dominio del hecho¹⁴².

Consideramos que a priori se trata de una particular argumentación, pero artificiosa y sin contenido¹⁴³ en relación a la teoría en comento. Sin perjuicio del rendimiento que esta teoría consideramos también proporciona. Por ello, sería más coherente con el modelo de autorresponsabilidad (de orientación vicarial), partiendo del principio de identidad, que el dominio del hecho presente en la persona física (por tanto el dolo) también se transfiera a la persona jurídica como

¹⁴² Consideraciones que solo hacemos para la “autoría inmediata”; dejamos para otro aparatado las referidas a la autoría mediata y coautoría.

¹⁴³ También poco articulada, si se quiere seguir la estructura clásica del delito; aunque esto tampoco tiene porque seguirse.

sucede con la transferencia del hecho, que no afecta la consideración como ‘hecho propio’ de la persona jurídica identificado con el ‘hecho de conexión’ _bajo esta concepción_, pues esta interpretación también es coherente, si se tiene en cuenta que el defecto organizativo también se valora si bien en fase de culpabilidad (culpa por la organización), como sucede en Italia.

Si desplazáramos el defecto organizativo (también el dolo) de la culpabilidad al injusto para afirmar un dominio del hecho de parte de la persona jurídica saldríamos de los marcos dogmáticos de la teoría del dominio del hecho, pues el ‘hecho estrictamente propio’ generalmente se presentaría como una omisión (de cautelas) y materialmente como actos de cooperación (necesaria y no necesaria) en que por principio de dicha teoría está ausente el dominio del hecho, salvo que dicho elemento (defecto organizativo) no implique cambiar la configuración del hecho propio de la persona jurídica, sino solo sumar al hecho de conexión que seguiría definiendo el tipo de acción (acción u omisión).

Sin perjuicio de esto, téngase presente que este autor ante delitos de omisión excluye el dominio de hecho y hace residir la responsabilidad en el criterio de la posición de garante.

Adecuación de la Teoría normativa de la participación. La teoría normativa “adaptada” de la participación (Gómez-Jara) en cambio sí dota de contenido al criterio de autoría. Ésta se atribuye respecto a un hecho propio (defecto de organización). Es claro que la empresa Inversiones (C4) configuró su organización de forma prohibida, pues pese a que tenía la obligación, por su posición de garante en virtud a deberes de aseguramiento, de adoptar las medidas de prevención de ley (medidas contra incendios) a fin de que el negocio

(discoteca) no genere resultados funestos (muerte y lesiones), omitió su cumplimiento, consecuencia de la ausencia de un mecanismo específico (compliance) o general, por lo que menos cabe hablar de posibles “burlas” de dicho mecanismo. Lo mismo se puede decir de Auriga (C1, estafa), Ferrallas (C3, estafa procesal) y Business Track (C5, interceptación telefónica)¹⁴⁴. Se trata de una responsabilidad por su organización¹⁴⁵; se organizó (omitiendo) superando el riesgo permitido (riesgo prohibido), el cual se realizó en el resultado; hizo posible o facilitó que Gervasio, Alberto, Demetrio, North y otros, y Ponce y otros, cometieran el delito (imputación objetiva del defecto organizativo).

Por otro lado, esta argumentación propone asignar a la persona jurídica un tipo subjetivo propio, al que denomina conocimiento organizativo del riesgo (dolo), aunque inaplicable teóricamente a “sistemas organizativos pequeños” como los de Auriga, Desarrollos, Ferrallas, Inversiones y Business Track. Aunque singularmente verifica indiciariamente ese conocimiento en el conocimiento individual (. V.gr., el conocimiento de los miembros del consejo de administración), lo que proporcionaría mayor flexibilidad a esta argumentación. Acercándose así a la teoría conocimiento colectivo o agregado.

Con todo, ambas argumentaciones pueden servir para fundamentar el ‘conocimiento’, aunque su aplicación a los casos en comento (C1, C2, 3, C4, C5) se aproximen, más que a un conocimiento organizativo, a un ‘conocimiento por referencia’ propio de los sistemas hetero-referenciales¹⁴⁶, que en todo caso bien

¹⁴⁴ Esto no puede hacerse extensivo a Desarrollos dado su carácter originariamente instrumental. Similar conclusión, pero discutible, alcanza al C5.

¹⁴⁵ Aquella que surge del rol general de ciudadano de no causar daños a otros a razón de la existencia de un foco de peligro que obliga a actuar para neutralizarlo. Distinta a la posición de garante en virtud a responsabilidad institucional propio de los delitos de infracción del deber.

¹⁴⁶ Tesis de la identificación y de la connotación.

podrían “sustituir” el planteamiento en comento a nivel de tipo subjetivo¹⁴⁷; en cambio en alguno de los casos complementarios (Transpinelo - gran empresa) el conocimiento organizativo sí resultaría encajable, sea por ‘conocimiento organizativo’, ‘conocimiento colectivo’ (dolo específico) o ‘conciencia de las consecuencias de sus planes’ (dolo propio) (situación de co-responsabilidad, estas empresas participan en el delito sus gestores o subordinados, pero respondiendo como autoras). Fuera de ello, la construcción en cuestión se diferencia aún en cuanto ese conocimiento organizativo o colectivo es un concepto nuevo (equivalente del “dolo”), inclusive, otras veces también, omnicomprendivo (dolo-imprudencia)¹⁴⁸.

Existe una opción similar, también ex lege; integrar el tipo subjetivo propio como imprudencia. Que pareciera ser lo más consecuente con el hecho imputado a la persona jurídica; su falta de previsión, inconsciente, por su carencia de psiquis. Generando igualmente, como en el caso anterior, un nuevo juego de las reglas de la participación (“participación imprudente de la persona jurídica en delito doloso de la persona física”) ¹⁴⁹. En todo caso, también en su defecto, es viable remitir este aspecto a los sistemas hetero-referenciales. Esta imprudencia (propia) es evidente en el caso C4 (discoteca), pues un compliance hubiera con toda seguridad evitado la comisión del delito (homicidio, lesiones y estragos), verificable en menor medida también en los demás casos (C1, C2, C3, C5, casos

¹⁴⁷ Solo en C4 cabría la posibilidad de imprudencia (referida), en los demás solo cabe dolo (referido), generando situaciones de co-responsabilidad.

¹⁴⁸ Aunque las dos primeras opciones solo serían viables *lege ferenda*, pues la legislación peruana y española nada dicen respecto a la incorporación de nuevas reglas de la participación para las personas jurídicas. En cambio la terca opción es totalmente encajable.

¹⁴⁹ Esta opción también requeriría un cambio *lege ferenda*.

complementarios), pues en tanto entes desprovistos de discernimiento, no tenían la posibilidad de prever ese ‘control preventivo’, no tenían consciencia de ello.

En fin, la presente argumentación concluye que Auriga, Desarrollos, Ferrallas, Inversiones y Business Track ‘participan como autora en el delito de la persona física, por tanto responden por el mismo delito, determinando una situación de co-responsabilidad, la cual se verifica mediante un comportamiento omisivo impropio (posición de garante) respecto a su organización de naturaleza dolosa’.

Teoría del Dominio Funcional-Sistémico de la Organización (Gunter Heine). Según esta teoría la empresa Auriga, Ferrallas, Inversiones y Business Track (C1, C3, C4, C5) tendría el dominio funcional-sistémico de su organización, y en tanto aquellas a lo largo de su existencia no implementaron un compliance que evite la comisión de delitos por sus integrantes, éstos deben imputársele a la empresa como autora mediata habida cuenta de dicho dominio, y a los primeros como autores inmediatos; a lo cual se le denomina responsabilidad por la forma de conducir su vida empresarial (Derecho de autor). Formulación que resulta *a priori* acogible en este aspecto, pues proporciona un criterio específico que fundamenta la autoría (mediata), inclusive, las relaciones entre matriz y filial.

Sin embargo, ya se ha podido analizar en su oportunidad que los fundamentos que hacer residir el concepto de autor en concepciones del Derecho penal de autor llevan a soluciones arbitrarias, propios de variantes impracticables del concepto unitario y extensivo de autor, desligadas del modelo dominante de Estado Constitucional de Derecho.

Teorías de la participación. Estas teorías permiten otra vez analizar el tema desde una perspectiva global pues parten de la negación de la aplicación de las reglas sobre autoría y participación, interpretan la intervención de la persona jurídica en relación con la de la persona física, única autora del delito, y por tanto, aquella solamente partícipe.

Por ello, estas teorías marcan diferencia con las expuestas anteriormente; la persona jurídica es partícipe, no autora, del delito. Según la versión de Rodríguez a las empresas se le imputaría como “partícipes imprudentes” (cooperación necesaria imprudente) por omisión impropia (hecho propio) en delito doloso (C1, C2, C3, C5, estafa, estafa procesal o interceptación telefónica) o en delito imprudente (C4, estragos culposos). Conforme a Boldova responden como “partícipes sui generis” en el delito (hecho ajeno referido objetiva y subjetivamente), por tanto como partícipes (dolosos) en delito doloso [Gervasio (en Auriga), Alberto (en Desarrollos), Demetrio (en Ferrallas) y Ponce y otros (en Business), impulsaron la comisión del delito, C1, C2, C3, C5] o “partícipes imprudentes” en delito imprudente (C4, estragos culposos). Fernández de forma similar. Silva Sánchez más explícito indica que puede configurarse participación estricta, “participación imprudente en delito imprudente”, “participación dolosa en delito imprudente” y “participación imprudente en delito dolosa”.

Solución que tampoco es rechazable, tanto por su coherencia dogmática como por su anclaje en las actuales categorías sobre participación (complicidad primaria y secundaria).

Postura del Tribunal Supremo Español. Por último, teniendo en cuenta el análisis de las teorías precedentes de cara a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, podemos concluir que su postura no se inclina a totalidad por ninguna de ellas, más bien, las asume de forma parcial, pues por un lado considera que la persona jurídica responde por su propio hecho (defecto de organización-injusto propio), coincidiendo con la teoría de la autorresponsabilidad, por otro lado, refiere finalmente su aspecto subjetivo al determinado para la persona física (delito antecedente), pues la persona jurídica responde también por éste mismo delito, armonizando con una versión de la autorresponsabilidad con orientación vicarial. Asimismo, por ello, afirma que la persona jurídica participa (interviene) en el delito de la persona física.

Respecto a lo último, es importante resaltar que según el Tribunal Supremo la persona jurídica participa en el delito cometido por la persona física mediante un comportamiento omisivo “por su posición de garante”, añadiendo que su responsabilidad penal se determinará “a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho (la cursiva es nuestra); con lo cual, el Supremo configura materialmente el comportamiento de la persona jurídica como cooperación necesaria¹⁵⁰ y complicidad (cooperación no necesaria)¹⁵¹ en comisión por omisión, respectivamente, que castiga a título de

¹⁵⁰ Artículo 28 CP Español: “*También serán considerados autores: a) (...) b) Los que cooperan a su ejecución con un acto **sin el cual** no se habría efectuado*”. Artículo 29. Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.

¹⁵¹ Artículo 29: “*Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos*”.

autoría¹⁵². Ahora bien, de aquellas, la primera también ‘se considera’ autoría _para efectos de la pena_, por lo que para la legislación española dicho razonamiento por lo menos respecto a dicha figura es coherente, aunque no sea así con relación a la complicidad (cooperación no necesaria o secundaria), por lo que afirmar autoría en este último caso contradice el marco legal.

Ahora, ¿qué dice la dogmática de esta interpretación que asume el Tribunal? Siguiendo su jurisprudencia, si la analizamos a la luz de la teoría del dominio de hecho, la persona jurídica participa, sin dominio del hecho, con la aportación de un ‘hecho propio’, en la realización del tipo penal que con dominio del hecho comete la persona física; de tal manera que la persona jurídica (partícipe) se subordina a la acción del autor (persona física)¹⁵³. Conforme a la teoría objetivo-formal (versión corregida), habría que estar al verbo típico de cada tipo penal para determinar autoría.

¿Entonces? Debe tenerse en cuenta que la relación de dependencia (la persona jurídica participa en el delito cometido por la persona física) que configura en su interpretación el Tribunal Supremo dista del clásico entendimiento (instigación y cooperación de las personas físicas), habla en cambio de un ‘tipo objetivo propio’ de la persona jurídica, conformado por elementos objetivo-típicos tales como el “actuar el nombre y por cuenta” y el “beneficio”, sumando a ello el defecto organizativo, es decir, sin llegar a constituir un tipo penal distinto, la responsabilidad surge de una ‘estructura típica distinta’ que engloba la acción típica (tipo objetivo y subjetivo) de la persona

¹⁵² Sobre este punto, como veremos más adelante, el Tribunal también ha configurado el comportamiento de la persona jurídica como una de *coautoría*.

¹⁵³ STS N° 541-2019.

física y además otros elementos de la tipicidad propios de la persona jurídica, que en su conjunto permiten atribuirle a ésta el delito a título de autoría.

Pero en cualquier caso, podría entenderse que el Tribunal encuentra en la regla de 31 bis CP una excepción que permite considerar que los aportes de cooperación necesaria y no necesaria de la persona jurídica ‘son’ autoría en estricto sentido, pese a que dogmáticamente aquella careza de dominio del hecho o no realice el verbo típico (salvo en la coautoría que no se exige).

Hasta aquí, la conclusión que sigue en nuestra consideración es afirmar la autoría de la persona jurídica por la responsabilidad penal por el delito.

6.4.2. Coautoría, delitos especiales y delitos de tendencia unitaria

En este segundo grupo de casos seguiremos afianzando nuestro conocimiento sobre el juego de reglas del régimen especial, realizando a la vez un mayor escrutinio respecto a casos de intervención de varias personas jurídicas en la comisión del delito, si bien referidos a unos a delitos comunes, otros en cambio a delitos de tendencia unitaria y delitos especiales, lo cual nos permitirá perfilar un conocimiento meridianamente claro respecto a las fórmulas de autoría y participación de las personas jurídicas en el delito, tanto en intervención única como múltiple, a efectos de analizar su “traslación” a un tercer grupo de casos (grupos empresariales y afines).

Coautoría: Intervención múltiple de personas jurídicas en delitos comunes: coautoría y autoría mediata. ¿Es posible la coautoría en la intervención múltiple de personas jurídicas? Hasta ahora, de todos los casos que hemos analizado, solo en el C2 se deslizaba esa posibilidad (Desarrollos, CVR y Plataforma), pues ya por regla general hasta aquí se ha sentado la idea de

pluriautoría (co-responsabilidad); sin embargo, la especial caracterización con que puede presentarse la casuística obliga a realizar un análisis con mayor rigor respecto a la coautoría, como lo veremos en este segundo grupo de casos, y que el propio Tribunal Supremo Español reconoce como posible.

En efecto, el Tribunal en el C1a (delito de estafa-empresas Aniés) reconoce que las personas jurídicas son coautoras, ya no solamente autoras. Explica, remitiéndose a los resuelto por la Audiencia Provincial, que: “Nos resulta sumamente difícil, a efectos de autoría del delito, distinguir entre una y otra empresa, cuyos objetos sociales vienen a ser muy similares, máxime cuando las dos tenían pólizas de descuento con “Banca Cívica”, los recibos se remitían en nombre de cualquiera de las dos y, lo que parece más importante, tanto una como otra eran las auténticas titulares de las cuentas corrientes en donde “Banca Cívica” cargaba los recibos en la creencia errónea de que se trataba de cuentas correspondientes a los clientes de las dos empresas “Aniés” (fundamento quinto)”.

Una de las argumentaciones que apoya la coautoría es que la propone la “adecuación” de la teoría del dominio del hecho. Conforme a ésta: i) la persona¹⁵⁴ enmarcada en las empresas Almacenes Aniés y Forrajes Aniés es Luis Carlos, quien en su condición de administrador de ambas cometió el delito de estafa en nombre y beneficio de dichas empresas (a quienes se les atribuye una conducta engañosa - “hecho de empresa”); ii) el conjunto de acciones realizadas por Luis Carlos se corresponden con actos parciales esenciales de cada empresa que provocaron el engaño del Banco respecto a su solvencia económica [el

¹⁵⁴ Esta formulación contempla además, lo más natural inclusive, que se trate de dos o más personas enmarcadas, pues de esa manera se comprende mejor el requisito de actos parciales.

administrador remitió “contratos” (falsificados) a nombre de Almacenes Aniés que no correspondían a operaciones reales con clientes; también remitió recibos al Banco respecto de dichas “operaciones” a nombre de ambas empresas; también remitió información inexacta respecto a la cuentas bancarias de cobro a favor del Banco; iii) dichos aportes se produjeron en la etapa de ejecución del delito; y, iii) respecto al plan conjunto, éste no puede desprenderse de la “voluntad” (acuerdo de voluntades¹⁵⁵), sino de ciertos datos [el hecho de que los objetos de las empresas eran similares y estaban directamente vinculados (Almacenes Aniés – cultivo de alfalfa, Forrajes Aniés - comercialización), ambas eran de propiedad de la misma familia, funcionaban como un “grupo empresarial”¹⁵⁶ cuyo negocio en conjunto era el cultivo y comercialización del producto, por lo debe considerarse que su objetivo era el éxito de ambas empresas, por lo que la obtención de financiamiento, aun mediando engaño, beneficiaba a ambas].

Y aquí, como en la autoría individual, son aplicables las mismas anotaciones. Y por lo mismo, el dominio del hecho debe entenderse transferido de la persona física a la persona jurídica, pues sin aquél ésta no podría ser autora; sino solo partícipe. En todo caso esta propuesta incluye como solución paralela práctica, la pluriautoría o autoría accesorio.

La interpretación del Tribunal Supremo en el C1a llena parcialmente los vacíos de la argumentación en comentario, pues en dicho caso señaló una serie de

¹⁵⁵ Recuérdese que otra interpretación similar consiste en imputar a título de coautoría a personas físicas y personas jurídicas bajo el supuesto de que el “acuerdo de voluntades se ha producido entre ellas”, cuestión distinta, sin embargo, el principal óbice es la imposibilidad de “acuerdo de voluntades” entre aquellas, máxime si la persona física (administrador único) es quien representa la voluntad de la persona jurídica.

¹⁵⁶ Lo encerramos entre comillas porque la Ley de Sociedades de Capital española solo considera la existencia de grupo empresarial cuando el control y dirección reside en una empresa matriz, no cuando ello recae en una persona natural (art. 18).

datos en los que observó coautoría¹⁵⁷, destacando que resultaba difícil afirmar autoría individual pues los aportes de ambas empresas estaban entrecruzados, unidos, como si fueran parte de un todo planificado, para la comisión del delito por la persona física. Recordemos que según la jurisprudencia del tribunal Supremo¹⁵⁸ no se exige para la coautoría la realización por todos del verbo típico, sino que, aun no realizándolo, su aporte brindado en fase de ejecución sea esencial para la realización del plan o tengan dominio funcional del hecho. Conforme a esta última teoría se presentarían los mismos inconvenientes ya comentados, pues los actos de cooperación necesaria y no necesaria no suponen dominio sino subordinación a la acción de autor, por tanto tampoco coautoría.

En cambio, también conforme a dicha jurisprudencia es razonable concluir que el aporte de la persona jurídica se realiza en fase de ejecución y es ‘esencial’ para la realización del plan, por tanto, coautoría. Pero coautoría ¿entre persona física y jurídica o entre personas jurídicas? No obstante que el Tribunal afirma que la persona jurídica que participa en el delito cometido por la persona física es autora, tampoco con ello indica que concurre coautoría entre ambas. Esta posibilidad casuística parece haberla extraído de la significancia de los concretos aportes de las personas jurídicas, que exceden a la mera participación trascendiendo a un contexto de ‘plan conjunto’; ausente esta situación, solo se afirmaría autoría (individual), aunque concurren varias personas jurídicas. Si esto

¹⁵⁷ Inclusive la Audiencia Provincial, considerando que las empresas Anies son personas jurídicas que operan normalmente en el mercado (mayor actividad legal, caso común) y que el esquema de compliance responde a empresas complejas, plantea, por analogía a la unipersonales, la posibilidad de castigar única y exclusivamente a su administrador de hecho por la pequeña dimensión de aquellas, aspecto que salva solo por la imposibilidad de condenar a aquél (falleció durante el proceso). Caso distinto a una sociedad instrumental o pantalla.

¹⁵⁸ STS N° 541-2019.

es así, la teoría del dominio del hecho y también la adecuación propuesta resultaría contraria a la línea interpretativa del Tribunal Supremo.

Gómez-Jara tampoco descarta la coautoría (teoría normativa de la participación). Pero estando a la teoría normativa de la participación habría que comenzar señalando la exclusión de la ‘contribución en fase de ejecución’ como requisito de la coautoría, resulta determinante más bien el mayor influjo del aporte en la configuración del delito, una mayor competencia por la organización, en relación al menor efecto o menor competencia para ello del partícipe; caracterización que se adecúa a la posición de garante de la persona jurídica a razón de su deber de aseguramiento por los riesgos penales que acaezcan en su seno y a cuya organización compete. Así, esta teoría daría mejor cabida al supuesto de coautoría observado por el Tribunal, para la que el dominio no define la autoría sino la competencia por el hecho, pues todos los intervinientes tienen dominio, pero unos mayor (autor) que otros (partícipe).

Por ello, la coautoría es admisible también respecto a las personas jurídicas, siempre que concurran los requisitos que le son propios si bien se trate de una apreciación menos exigente, pudiendo plantearse tanto conforme a la versión del dominio de hecho por conforme a la teoría normativa de la participación, aunque con mayor consistencia mediante la segunda.

Delitos especiales. El análisis que hasta aquí hemos desarrollado ha residido en las reglas de autoría y participación en delitos comunes, sin embargo, consideramos necesario ampliarlo al marco de los delitos especiales a fin de indagar la línea argumentativa a seguir, siempre desde la casuística extranjera y nacional. En ese sentido, haremos en primer lugar un breve comentario respecto a

los delitos especiales y su subsunción en los casos concretos (defraudación tributaria y contra la seguridad social).

Los tipos penales de defraudación tributaria (art. 305 CP Español, C2a)¹⁵⁹, contra la Seguridad social (art. 307 CP Español, C3a) son delitos de infracción del deber, específicamente, delitos especiales propios de comisión exclusivamente dolosa activa y omisiva, realizable, por un lado, por quien ostenta una posición de garante (sujeto cualificado), el obligado tributario para el caso, sea contribuyente, responsable u agente de retención o percepción, o por quienes ostentan la condición de obligado tributario, respectivamente. El tipo penal de peculado (art. 387 CP Peruano, C4a) se diferencia solamente en cuanto admite comisión tanto dolosa e imprudente, realizable por quien tiene la condición de servidor o funcionario público. Habrán otros casos que presenten diversas combinaciones, tanto como en los delitos comunes; por lo que el contexto de aplicación es básicamente el mismo; serán las “reglas aplicables” las que propicien soluciones distintas.

La teoría del dominio de hecho resulta inaplicable como criterio delimitador de autoría en estos delitos, los cuales deben regirse por la teoría de la infracción del deber, en la cual, según la postura que se asuma, será factible diferenciar entre autoría directa, autoría mediata y coautoría, o restringirla a la primera; diferencia que sin embargo solo es dogmática, pues la carga punitiva es la misma para todos los autores (autor directo, coautor o autor mediato).

Ahora bien, en los casos C2a y C3a, Amador (también los restantes miembros del Consejo de administración o quienes ostenten la obligación

¹⁵⁹ La Ley Penal peruana sigue ese mismo parámetro normativo.

tributaria) y Claudio eran obligados tributarios en condición de ‘responsables’ legales del cumplimiento de la obligación tributaria; solo a ellos es factible atribuirles responsabilidad penal a título de autoría. Inclusive en el primer caso (C1a) es también posible coautoría, todos los miembros del consejo de administración en virtud a su condición de ‘responsables’.

En cuanto al título de intervención de las empresas participantes (Representaciones y demás) las reglas especiales deben mantenerse, lo cual resuelve ya de principio el fundamento de la autoría de la persona jurídica en la infracción del deber, pues aquellas son también obligadas tributarias y por tanto autoras. En todo caso, de asumirse la posibilidad de coautoría, podría analizarse si entre la empresa principal (representaciones) y “de apoyo” existía algún tipo de dependencia o vinculación en materia tributaria a fin de verificar algún posible escenario de coautoría a razón de un deber de garante conjunto, o alguna situación en que medie asesor externo (empresa contable) que funja como “responsable” frente a la empresas-obligada tributaria, en mérito a una relación contractual perfeccionada para dicho efecto.

Otra cuestión que merece mencionar son aquellos delitos especiales en que el extraneus típicamente responde como cómplice en relación al intraneus que es autor (delitos contra la administración pública). Caso del gestor o subordinado de la empresa al que se le atribuye el delito como cómplice, no como autor. Uno de esos delitos es el delito de peculado (C4a)¹⁶⁰. Ya de entrada tenemos que dejar claro que la responsabilidad penal de las personas jurídicas sí se activa en estos supuestos, pero ¿también como cómplices? Creemos que sí,

¹⁶⁰ En Perú merecen especial mención los delitos de colusión, cohecho pasivo, etc.

pues la persona jurídica tampoco cuenta con la cualificación especial de autoría que exige el tipo; razonamiento que como tal ya deja evidencia de que nada obstaría imputar complicidad a la persona jurídica en otros ámbitos (delitos comunes).

También podemos comentar en relación al caso C3a (delito contra la seguridad social) e igualmente de cara a la posibilidad de complicidad en los delitos especiales, si en caso se afirmase responsabilidad penal contra las empresas colaboradoras (Compañía Eléctrica Peñalabra SA, Nordcon SL, Explotaciones Industriales Guerniquesas SL y Explotaciones Agrarias Del Norte SL), también de propiedad la misma familia ¿bajo qué título responden? Creemos que como cómplices, pues, como arriba, tampoco ostentan la cualificación especial de autoría que exige el tipo.

Finalmente, en cuanto a los delitos de omisión impropia, los tratamos aquí porque un sector de la doctrina los considera delitos especiales (delitos de infracción del deber). Por ello, en paralelo a propuesta a la teoría del dominio de hecho, también se formula la adecuación para esto a partir de la posición de garante. Esta formulación puede verificarse en el C4 (“Utopía”), de tal manera que el administrador North responde penalmente por el delito de homicidio doloso, a razón de su deber de garante, y en tanto la empresa Inversiones García North SAC (discoteca Utopía) también debe responder como autora por el mismo delito, pues aquella no obstante su posición de garante de los riesgos penales que ocurran en su seno en mérito a su deber de aseguramiento, dejó de actuar, omitió tomar la cautelas necesarias para conjurar dichos riesgos; estructurándose una

doble posición de garante. En cuanto a las posibilidades participación, rigen las mismas reglas que los delitos especiales.

En cambio, la propuesta desde la teoría normativa de la participación estaría limitada únicamente a los delitos de dominio o en virtud de organización, no para aquellos por competencia institucional (delitos de infracción del deber). Pero en virtud ésta también se podría afirmar la autoría, solo ésta, ‘autoría única’ y ‘autoría paralela’, conforme a Jakobs. Sin embargo, aún habría que ver si la propuesta también contempla que los supuestos de injerencia y asunción, propios de los delitos de omisión impropia, generan delitos de dominio o delitos de infracción del deber, pues Jakobs afirma en dichos casos la primera opción, en cambio un sector de la doctrina considera que son delitos especiales.

Con todo ello, aquí la conclusión debe entenderse en el sentido que también conforme a las reglas de autoría propias de los delitos especiales también es posible la autoría y coautoría de la persona jurídica, inclusive la participación.

Delitos de tendencia unitaria. Durante nuestro análisis este ha comprendido delitos comunes y especiales, con intervención única y múltiple, pero en ningún caso, supuestos en los que las reglas de autoría viran hacia un sistema unitario, v.gr., tráfico ilícito de drogas, blanqueo de capitales, contra el medio ambiente, organización criminal, entre otros. En éstos pues existe una tendencia en considerar a todos los intervinientes como autores o coautores del delito. El Tribunal Supremo pese a profesar un concepto restrictivo, también es consciente de esta tendencia, conforme a su jurisprudencia¹⁶¹ (Bacigalupo Zapater, 2008, p. 10)

¹⁶¹ SSTs 9-7-1987; SSTs 15-3-1993; 10-10-1995; 14-6-1995.

Así, los dos últimos casos (C5a y C6a) nos circunstancian en el marco de organizaciones criminales dedicadas a actividades ilícitas (tráfico ilícito de drogas, corrupción, entre otros) y, correlativamente, al blanqueo de capitales. También el C5 (“Petro-audios”) y C4a (“Canal 4”), en que pasan de una situación de múltiple intervención delictiva esporádicas (común), a otras de duración extendida en el tiempo con fines delictivos (organización criminal); en que la barreras de la punibilidad se adelantan descendiendo desde la tentativa hasta los actos preparatorios que ya por esas circunstancias son punible como autoría. Es quizá mucho más representativa la incorporación del delito de organización criminal, tipo penal cuya consumación es independiente de la consumación algún hecho delictivo concreto a que se dedique dicha organización.

El tipo penal de tráfico ilícito de drogas es uno de esos casos (art. 386 CP Español). Se trata de un delito común de comisión dolosa activa u omisiva, materializado en el presente caso mediante actos de tráfico de cocaína [comercialización, C5a]¹⁶². El blanqueo de capitales (art. 301 y 302 CP Español) también ha sido configurado por el legislador español de la misma manera, realizado para el caso concreto desde la óptica de las empresas mediante actos de conversión y transferencia (C5a), compra de bienes muebles e inmuebles y transferencias dinerarias, o actos de ocultamiento (C5a), recepción dineraria sin causa alguna, como contraprestación (compra de acciones de capital social) o por aumento de capital con fin de allanar los déficits financieros empresariales (C5a, C6a).

¹⁶² Con la tipificación de la primera conducta típica del TID (art. 296.1 CP Peruano) conforme a actos de “promoción, favorecimiento y facilitación” del “consumo ilegal” de “droga” mediante “fabricación o tráfico” el legislador peruano incorpora todos los comportamientos dolosos posibles, los más y menos relevantes, desvaneciendo la diferencia entre autores y partícipes; instigadores y cómplices materialmente *son* y responden como autores. ESPAÑA

Y en cualquiera de los casos, si en la comisión del delito intervienen tres o más personas el caso se resuelve conforma a las reglas de la ‘coautoría’ o ‘autoría mediata mediante aparatos organizados de poder’ (C5a); conforme a las reglas comunes en caso contrario.

6.4.3. Participación en estricto sentido y tentativa

Como ya se ha visto, la participación en estricto sentido también tiene cabida respecto a las personas jurídicas (extraneus y otros). Y teóricamente también la instigación.

En el marco de los delitos de dominio podemos citar el C2 (Desarrollos), a efectos de contrastar la propuesta de adecuación de la teoría del dominio del hecho, pues más allá del fallo formal, permite un análisis hipotético mayor, pues en los hechos descritos también intervienen otras personas jurídicas (CVR y Promotora Plataforma SL). Situación que habla de una posibilidad de coautoría¹⁶³ o complicidad. Nos referimos específicamente a la intervención de Fulgencio, propietario de la empresa CVR, y a la de Leonor, Julieta y Sebastián, representantes de la empresa Promotora Plataforma SL, quienes, según propio Tribunal Supremo “coadyuvaron de alguna manera al propósito delictivo”, destacando inclusive “la exigente colaboración de CVR para su (del acusado) diseño criminal defraudatorio”, aunque entendemos su exclusión del proceso penal pudo haberse sustentado en la insuficiencia probatoria sobre la intencionalidad de su conducta¹⁶⁴.

¹⁶³ El hecho de la intervención de múltiples personas jurídicas en el delito lleva a evaluar dicha posibilidad.

¹⁶⁴ Leonor, Julieta y Sebastián manifestaron que firmaron el documento de “quita” por “confianza” en el acusado.

Sin perjuicio de las dos posibilidades mencionadas, solo nos referimos a la segunda. La teoría del “dominio del hecho” propone una solución al problema de la complicidad de las personas jurídicas, exigiendo, bajo los parámetros utilizados para la autoría, la concurrencia de determinados requisitos: i) la imputación a título de ‘autoría’ contra una persona jurídica (se imputa a Desarrollos Inmobiliarios de Construcción y Restauración una “conducta engañosa” – estafa); ii) la imputación a título de ‘cooperador’ contra una persona física enmarcada en otra empresa; y, iii) la cooperación debe conformarse como un “hecho de empresa” (Fulgencio actuó en nombre o por cuenta de CVR y en su beneficio). Parámetros que también pueden extenderse a las otras empresas intervinientes.

Dicho postulado opta por una concepción de la cooperación como creación del riesgo no permitido, exigiendo conductas de facilitación, aceleración o aseguramiento de la realización del delito o intensificación del resultado, aunque nada obsta el decantamiento por otra teoría, por lo que la imputación de la cooperación a nivel objetivo puede resultar con diversas exigencias; sin embargo, en cualquier caso resulta determinante el doble dolo¹⁶⁵, en la cooperación como el hecho principal (cooperación dolosa en delito doloso). Faltando, para afirmar la responsabilidad penal a título de cooperación, como en la autoría, la imputación a nivel de culpabilidad según los factores ya antes referidos. Se trata en esencia de una argumentación con base a la autorresponsabilidad con orientación vicarial.¹⁶⁶

Una opción adicional advierte participación solo cuando el delito es cometido por subordinados por falta de supervisión de los directivos.

¹⁶⁵ Salvo opción dogmática distinta.

¹⁶⁶ Feijoo Sánchez también opina a favor de admitir la participación (inducción y complicidad).

Respecto a la tentativa (propia de los delitos dolosos), el C3 (Ferrallas Navacor AB) permite hacer un comentario. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁶⁷ aquella es totalmente viable en el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica¹⁶⁸, aunque entendemos que aquella siempre está referida al delito antecedente¹⁶⁹. Así, no parece tratarse de una mera “relación de conexión” sino que estamos en presencia de un legal y efectiva relación de dependencia entre la intervención de la persona física y jurídica (accesoriedad), es necesario que la primera comience la ejecución del delito, de lo contrario la segunda no responde penalmente.

6.4.4. Delitos culposos y participación

Uno de los temas que ha surgido del análisis de la jurisprudencia precedente es la posibilidad dogmática, o de lege ferenda, de la “participación” en los delitos culposos en el ámbito de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que se admiten en minoría, la mayoría son delitos dolosos. Pues retomando ¿participa la persona jurídica en el delito de la persona física tratándose de delitos culposos? La solución discurre en dos caminos, el sistema unitario de autoría o un sistema diferenciador que acepte la participación en los delitos culposos.

La última opción permite dar paso, en lo que resulta pertinente, a figuras como la “coautoría culposa” y “participación imprudente o dolosa en delito culposo”¹⁷⁰. Respecto a la primera, distinta de la ‘conurrencia de culpas’ (autoría accesoria), se requiere un acuerdo de voluntades sobre la conducta imprudente,

¹⁶⁷ STS 2932/2018, de fecha 19/05/2020, fundamento sétimo.

¹⁶⁸ En ese sentido: Gómez Tomillo (p. 197-199); Feijoo Sánchez (p. 71).

¹⁶⁹ Otro dato que habla de la relación de dependencia a la que ya hemos hecho mención.

¹⁷⁰ Descartamos por principio la inducción.

solo de ésta mas no del resultado (elemento subjetivo), por un lado, y la intervención (elemento material), por el otro. Se trata pues de un supuesto en el que todos los sujetos proceden negligentemente. La inducción (participación) a un hecho imprudente solo es factible en la figura de “participación dolosa en hecho imprudente”, donde, como en el caso anterior, el acuerdo, esta vez entre inductor e inducido, debe estar dirigido a la ejecución de una conducta imprudente, mas no al resultado. La punibilidad de la cooperación necesaria (participación) no querida (imprudente) en delito imprudente también es admitida, inclusive, aquella en la que concurre voluntad de cooperar (dolosa), aunque en este último se opte por castigar, no como participación dolosa, sino por “participación (sin más) en delito imprudente” o mediante autoría mediata,... ¿también la cooperación no querida (imprudente) en delito doloso? Finalmente, la complicidad o cooperación no necesaria podría seguir el mismo razonamiento efectuado para cooperación necesaria, opción que sin embargo el Tribunal ha rechazado.

6.4.5. Delitos cometidos en el marco de grupos empresariales

Responsabilidad de la matriz en EE.UU. Como ya habíamos apuntado, el sistema penal estadounidense de las personas jurídicas parte de un enfoque económico con base en la eficiencia, en los términos que ya hemos descrito en su momento; con base doctrinaria en la teoría del “alter ego” (instrumento)¹⁷¹,

¹⁷¹ En relación a considerar que una subsidiaria es *alter ego* de la matriz se consideran los siguientes factores: (1) la matriz y la subsidiaria tienen propiedad de acciones comunes; (2) la matriz y la subsidiaria tienen directores o funcionarios comunes; (3) la matriz y la subsidiaria tienen departamentos comerciales comunes; (4) la matriz y la subsidiaria presentan estados financieros consolidados y declaraciones de impuestos; (5) la matriz financia a la subsidiaria; (6) la matriz provocó la incorporación de la subsidiaria; (7) la subsidiaria opera con capital extremadamente inadecuado; (8) la matriz paga los salarios y otros gastos de la subsidiaria; (9) la subsidiaria no recibe ningún negocio excepto el que le da la matriz; (10) la matriz utiliza la propiedad de la subsidiaria como propia; (11) las operaciones diarias de las dos corporaciones no

“agencia”, etc. Responsabilidad penal que también es aplicable en el marco de los grupos empresariales y cuya solución no es distinta.

En el caso en concreto tanto Beneficial Finance Company como Local Finance Corporation [también en el caso de Johns-Manville (matriz conformada por Johns-Manville Sales Corporation, Johns-Manville Products Corporation y Johns-Manville Corporation de California, subsidiarias) y Keasbey & Mattison Company] eran corporaciones matriz integradas por subsidiarias. En el caso de Local la problemática se redujo porque la persona física que cometió el delito era su máxima autoridad, por lo que aquella respondía directamente. En cambio en Beneficial aquella residía en la aparente desvinculación de las personas físicas por la matriz y por tanto en una responsabilidad de la subsidiaria no de aquella.

La matriz Beneficial Finance Company, como se desprende del caso es una corporación dedicada a los préstamos de consumo (préstamos pequeños) integrada por: i) la corporación Beneficial Management (subsidiaria 100% propiedad de la matriz), encargada de proporcionar servicios de auditoría, contabilidad y legales para los fideicomisos, así como distribuir información instructiva para las 58 oficinas de crédito de la corporación; e ii) Industrial Bankers, New England Equity y Workingmen’s Loan Association, [tres fideicomisos (operadores de las 58 oficinas) bajo control (recursos humanos y financiamiento) continuo de la matriz; partícipes del giro comercial (préstamos de consumo). Esta empresa se denominaba en conjunto “sistema de financiamiento beneficioso”.

se mantienen separadas; y (12) la subsidiaria no observa las formalidades societarias básicas, tales como llevar libros y registros separados y celebrar asambleas de accionistas y de directorio (EE.UU vs. Jon-T Chemicals). Ver también *Handlos vs. Litton Industries*.

En ese contexto, tres empleados de la subsidiaria Beneficial Management fueron declarados culpables de las imputaciones penales; John M. Farrell, vicepresidente y director; Francis T. Glynn y Edward R. Newhall, directores regionales de relaciones públicas en Nueva Inglaterra-Massachusetts, el primero durante el periodo diciembre de 1956 hasta principios de 1958, el segundo a continuación. Por lo tanto en principio la responsabilidad penal debía recaer sobre la subsidiaria Beneficial Management no sobre la matriz, no obstante, recayó sobre ésta.

Para ello los tribunales estadounidenses aplicaron la regla de la ‘relación de agencia o similar’ en mérito a la cual se concluyó que John M. Farrell, Francis T. Glynn y Edward R. Newhall, así como Beneficial Management, eran agentes de la matriz Beneficial y por tanto ésta era responsable penalmente por los actos de dichos agentes. Se verificó que en efecto la matriz era propietaria del 100% de acciones de la subsidiaria Beneficial y que compartían funcionarios [los empleados de mayor rango de Beneficial Management (presidente y vicepresidentes) eran a la vez directores de Beneficial], pero además se acreditó que Beneficial proveía los fondos a Beneficial Management para que esta desarrolle sus actividades, que ésta era una fracción del negocio cuyas actividades inherentes estaban dirigidas al desarrollo de las de Beneficial Finance Company (negocio de préstamos) _ “nombre público común” bajo el que operaba el negocio_. Todo ello evidenciaba la capacidad de control que la matriz mantenía sobre la subsidiaria y que fundamentaba la responsabilidad penal de la primera. Inclusive, en el segundo caso se demostró que un alto funcionario de la matriz tenía conocimiento de los actos de corrupción que se cometían. Es bajo esas

consideraciones que se concluyó que la matriz Beneficial conspiró para realizar actos de corrupción.

Adicionalmente, como indica Villegas (2015) y Osuna (2017), en relación a este mismo caso, el segundo criterio para determinar la responsabilidad penal de la matriz es la ‘instrumentalidad’, “unidad de negocio” o “alter ego”, donde diferencia de la agencia, no existe separación de personalidades jurídicas entre subsidiaria y matriz, sino que son una sola empresa, de tal manera que la matriz utiliza para sus propios fines a la subsidiaria, supuesto que también podría presentarse cuando la persona jurídica sea el alter ego o instrumento de la persona física.

Responsabilidad de la matriz en Italia. En Italia rige la responsabilidad de las personas jurídicas el Decreto Legislativo N° 231, de fecha 08 junio de 2001, que como hemos visto adopta a nuestra consideración un sistema de autorresponsabilidad de orientación vicarial, cuya jurisprudencia la ha extendido también a los supuestos de grupos empresariales.

En efecto, en cuanto a la responsabilidad de la persona jurídica en el marco de situaciones de conglomeración empresarial (grupos empresariales o uniones empresariales), la jurisprudencia ha establecido algunas precisiones a efectos de afirmarla. Cuando el delito se cometa en la subsidiaria, la extensión de la responsabilidad a la matriz u otra subsidiaria exige: i) que, a la par, concurra otra persona física, que actúe por y en nombre de la matriz o subsidiaria; y ii) que, a la par, esta persona física actúe en interés y beneficio concreto de la matriz o subsidiaria, que no puede resumirse de la mera pertenencia al grupo. El delito cometido en la matriz también puede extenderse a las subsidiarias, exigiendo

igualmente que exista una concurrencia conjunta de intereses y beneficios, de la matriz y de la subsidiaria, sea que concurren también personas físicas separadas para cada una, o inclusive, que la persona física que actúe por y en nombre de la matriz también ‘de hecho’ lo haga por la subsidiaria. De allí que también puede resultar que a pesar que el ‘director’ de la subsidiaria y el de la matriz cometan el delito, la responsabilidad recaiga únicamente en la segunda cuando el interés y beneficio solo han alcanzado a la matriz y no a la subsidiaria. Estos es, todos los requisitos deben ser concurrentes, la ausencia de alguno exime de responsabilidad a aquella persona jurídica en la cual no se verifica, independientemente de aquellas en que sí se aprecian todos los requisitos.

Como se advierte, la cuestión no varía tratándose de grupos empresariales conforme a la jurisprudencia italiana, ello sin perjuicio del análisis que debe realizarse en torno a la mecánica concreta en que funciona el grupo y en especial la relación que existe entre matriz y subsidiarias.

Responsabilidad de la persona jurídica en los grupos empresariales en Perú. La experiencia estadounidense e italiana nos permite extraer algunas conclusiones sobre la responsabilidad de la persona jurídica en grupos empresariales en nuestro país, la primera conforme a un modelo vicarial y la segunda a uno de autorresponsabilidad. La cual es, acompañando la opinión mayoritaria de la doctrina española (sea que argumenten el tema como autoría o participación), la responsabilidad de la persona jurídica también resulta aplicable en casos de grupos empresariales. A veces dicha responsabilidad puede extenderse conjuntamente a matriz y subsidiaria, otras o únicamente a la matriz o solo a la subsidiaria, subordinando la presunción de un ‘interés de grupo’ al

principio de autorresponsabilidad y su aplicación al caso concreto. Nada obsta tomar dichas ideas para fundamentar en lo corresponda la responsabilidad penal de la matriz en España y Perú.

Algunas posturas ven en este supuesto autoría mediata: dominio del hecho como dominio de la voluntad y dominio funcional-sistémico. La segunda la habíamos ya rechazado por su fundamento. La primera en cambio, más cercana a la versión italiana, postula la autoría de la persona jurídica matriz como autoría mediata por su ‘dominio de social’ sobre la subsidiaria; pero limitada a situaciones de “instrumentalización” (coacción o engaño); acudiendo a la ‘doble posición de garantía’ cuando se trata de delitos de omisión, para la subsidiaria y matriz. Pero con todo consideramos que resulta limitante circunscribir los supuestos de grupos empresariales a la autoría mediata, pues nada obstaría coautoría siempre que medie el plan conjunto entre matriz y subsidiaria o solo entre subsidiarias.

El planteamiento conforme a la teoría normativa de la participación también se puede trasladar un escenario de coautoría en el marco de grupos empresariales, en un sentido similar al entendido para la coautoría común. Aunque la fórmula es otra. Esto es, siguiendo el razonamiento habitual, habría que determinar si la subsidiaria ha actuado dentro o fuera del marco organizativo de la matriz; escenario de la omisión impropia.

En nuestro país la experiencia reciente da cuenta de una reciente tendencia acusatoria contra las personas jurídicas, sobre todo en el ámbito de los grupos empresariales, que para el Perú son básicamente aquellos dedicados a la contratación de obras públicas, si bien no lo únicos.

Es el caso de Odebrecht, resuelto conforme a las consecuencias accesorias del Código Penal. Este caso nos muestra un claro supuesto de responsabilidad de la persona jurídica en nuestro país, y que en nuestra consideración, representa un supuesto de complicidad (primaria) de la persona jurídica en un delito especial propio – colusión, pues las personas jurídicas Constructora Norberto Odebrecht SA sucursal Perú y Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción SAC _también las personas físicas que las representan _ carecen de las especiales cualificaciones de autoría que exige el tipo, por tanto, su participación en calidad de interesadas en el acto de concierto ilícito solo puede ser imputada a título de cómplices.

En este punto, resulta pertinente traer a colación una innovación normativa presente en la legislación peruana sobre responsabilidad de las personas jurídicas, Ley N° 30424, cuyo artículo 3 prescribe:

Las personas jurídicas que tengan la calidad de matrices serán responsables y sancionadas siempre que las personas naturales de sus filiales o subsidiarias, que incurran en cualquiera de las conductas señaladas en el primer párrafo, hayan actuado bajo sus órdenes, autorización o con su consentimiento (...).

De los supuestos contemplados en este precepto, el primero se acerca a una situación de autoría mediata, la segunda y tercera a la coautoría. Que aplicado al caso citado se subsumiría en un supuesto en que la matriz ordena a las filiales la comisión del delito, pues se sabe que Odebrecht matriz contaba con un departamento creado para efectos de promover actos de corrupción, por lo que la comisión de conductas ilícitas formaban parte de la política del grupo empresarial como medio para maximizar las ganancias. Ello también se puede apreciar en la

matriz ‘Corporación Johns-Manville’, ‘Unipol’ y ‘Riva Fire’. En cambio, por ejemplo, en el ‘caso Beneficial’ se presentaría más bien un caso de autorización o consentimiento.

Pero si bien en el marco de los grupos empresariales se suele estar a la dirección de una persona jurídica (matriz), la realidad peruana parte de grupos empresariales de corte *familiar*, grupos empresariales tradicionales (Grupo Aje, por ejemplo), cuya dirección reside no en una persona jurídica sino en una o más personas naturales. Creemos que esta especial casuística peruana de los grupos empresariales no representa mayores dificultades que las ya analizadas, pues la responsabilidad de la persona jurídica integrante del grupo se afirmará tanto si el delito lo cometen la persona o personas físicas que integran la dirección del grupo o algún gestor o subordinado de la persona jurídica, pudiendo presentarse diversos escenarios de autoría, que se resuelven conforme a las reglas comunes, pues la relación aquí se da entre personas físicas; resolviéndose las relaciones de autoría y participación respecto a las personas jurídicas conforme a la interpretación ya desarrollada.

Adicionalmente, véase aquí que las relaciones económicas son entabladas entre varios grupos empresariales, extranjeros (brasileños, por medio de subsidiarias) y nacionales, que para el caso comprende, por ejemplo, al grupo empresarial ‘Graña y montero’, hoy grupo AENZA¹⁷², estaban formalizadas mediante un contrato de consorcio, supuesto que no representa ningún inconveniente de cara a la responsabilidad de las personas jurídicas; por lo que las posibilidades de vinculación económica siempre estarán al análisis del caso

¹⁷² Que, como Odebrecht, también ha arribado a un acuerdo con el Ministerio Público por los cargos penales imputados.

concreto, pero que por principio se presentan como posibilidades factibles (otros contratos de colaboración empresarial, que ya hemos hecho mención).

A modo de premisa de clausura, lo expuesto en este capítulo da cuenta del avance dogmático y jurisprudencial que se ha alcanzado en materia de autoría y participación el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en que concurren múltiples teorías que buscan explicar y fundamentar este tópico, problemática en la que el Tribunal Supremo español también va marcando la pauta; pero que aun así, es necesario exponerlo, queda mucho camino por recorrer para dotar de identidad propia a este régimen especial en materia de autoría.

6.4.6. Comentario al Proyecto de Ley N° 676-2021 – modificatoria de la Ley N° 30424

No podemos concluir este capítulo sin comentar y contrastar las principales modificatorias que *se pretende incorporar* a la Ley N° 30424 mediante el Proyecto de Ley N° 676-2021-PE¹⁷³, presentado el 10 de noviembre de 2021 por el Poder Ejecutivo ante el Congreso de la República, que impactan claramente con la dogmática y jurisprudencia expuestos.

El primero, positivamente, amplía el catálogo de delitos que permiten admitir la responsabilidad de las personas jurídicas ante: contabilidad paralela (art. 199 CP), lavado de activos (se amplía a los art. 5 y 6 DL N° 1106), delitos aduaneros (Ley N° 28008), delitos tributarios (DL N° 813), terrorismo (se amplía a los art. 2, 3, 4, 5, 6, 6-A, 6-B y 8 DL N° 25475); si bien el proyecto inicial incorporaba una gama mayor de delitos, y precisamente ha sido uno de los motivos por los cuales el Poder Ejecutivo observó el Proyecto aprobado por el

¹⁷³ Ver: <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal/#/expediente/2021/676>

Congreso, sobresaliendo, el delito de tráfico ilícito de drogas, delitos ambientales, entre otros. Pero, críticamente, obviando todavía los delitos de homicidio y lesiones con origen en el incumplimiento de medidas de seguridad (téngase como referencia el “caso Utopía”), y más reincidentemente, los múltiples incendios acontecidos en diversas galerías comerciales de la ciudad de Lima que son generalmente producto del incumplimiento de dicha normativa.

En segundo lugar, *negativamente* a nuestra consideración, el Proyecto **elimina el compliance como eximente tratándose del primer supuesto (actual art. 3, literal “a”), estos es, por delitos cometido por “Sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados (...)”**. Una opción legislativa que contracorriente desarropa parcialmente a este régimen especial del fundamento dogmático que en el *civil law* ha sido tan arduamente buscado e incipientemente alcanzado y que la jurisprudencia de la mayor trascendencia en esa misma tendencia reafirma (véase la jurisprudencia española e italiana).

En cambio parece representar una opción más cercana al *common law* e incluso de mayor impacto, pues no solamente configura un modelo teórico por esencia vicarial, sino que además deroga el fundamento del defecto organizativo (modelo teórico de autorresponsabilidad) o culpa por la organización (modelo teórico de orientación vicarial) y con ello *hace residir la responsabilidad de la persona jurídica el solo hecho ajeno, el delito de la persona física (socio, director, administrador o representante)*, sin perjuicio de que esta opción también sea asumida por otros países, pero que a nuestra consideración representa

un claro retroceso dogmático, por lo que de ser aprobado el referido Proyecto corresponderá a los operadores jurisdiccionales la labor de corrección.

En tercer lugar, *finalmente*, relevante para el presente estudio, **se ha precisado en el primer supuesto (art. 3, literal “a”)** que la responsabilidad de las personas jurídicas por delitos cometido por socios, directores, administradores o representantes, se admite ***“bajo cualquiera de la modalidades de autoría y participación previstas en el Código Penal”***.

Esta propuesta de reforma legislativa, como se indica en la exposición de motivos, canaliza una serie de recomendaciones provenientes del OCDE (La Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales), básicamente una propuesta normativa anticorrupción. Sin embargo, no se puede negar que también es una respuesta coyuntural motivada en los “escándalos de corrupción” acaecidos en nuestro país en los últimos años (caso “Club de la construcción”, Odebrecht y otros), que por ese mismo motivo parecen desviarse de los actuales avances dogmáticos y jurisprudenciales sobre la materia.

Una mirada rápida nos presenta la siguiente interrogante ¿la responsabilidad de la persona jurídica se admite, bajo cualquier modalidad de intervención delictiva, solamente para el supuesto “a” (socios, directores y otros)? ¿no para los supuestos “b” y “c”? Veamos. Los socios, directores y otros, sea se responsan como autores o partícipes (instigadores o cómplices), permitirían responsabilizar a la persona jurídica. Pareciera que la coyuntura es la que define esta modificatoria si se considera que dicha norma está referida a delitos de corrupción, específicamente, colusión (art. 384 CP), en que la persona física solo

puede ser cómplice (delito de infracción del deber). Sin embargo, la norma consideramos tiene un ámbito más amplio de interpretación y ello se desprende de su tenor literal y del catálogo de delitos, pues, cualquiera sea el delito y con ello también los delitos comunes (lavado de activos, cohecho activo, entre otros), se puede activar la responsabilidad de la persona jurídica, sea que el socio, director u similar, responda como autor o partícipe del delito común.

En cuanto a los subordinados no se efectúa la referida precisión legislativa. Así, por principio solo sería admisible la responsabilidad de la persona jurídica derivada del subordinado si éste comete el delito catalogado en calidad de autor, *no a título de partícipe*. Sin embargo, dogmáticamente no existe impedimento alguno para también admitirla en el último supuesto, máxime si la misma propuesta para el caso del subordinado no elimina la eximente del *compliance*, último fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica; resultando por ello también un contrasentido que en cambio proponiéndose la dicha eliminación para el primer supuesto (socios y otros) también se amplíe la responsabilidad tratándose de partícipes (instigadores y cómplices).

Finalmente, precisar que la pretendida modificatoria legislativa, respecto a este tercer punto, únicamente se refiere a las relaciones de intervención delictiva de la persona física, no a las que versan sobre las concretas personas jurídicas _se marca solo el punto de partida (configuración del ‘delito previo’, si bien incompleto)_, y que atendiendo a la adopción para el caso de socios (y otros) de un modelo vicarial (clásico), reduce las posibles fórmulas de intervención propias de la persona jurídica a las que corresponden a las personas físicas, alejándose diametralmente del modelo de autorresponsabilidad estricta y del modelo de

orientación vicarial, pero conservando afinidad con éste último únicamente en la vicariedad (responsabilidad por el hecho ajeno).

Por todo lo expuesto, consideramos, por un lado, la importancia de reconocer la labor del legislador peruano a razón de la atención prestada a la materia; pero por el otro, criticamos la falta de consecuencia de la modificatoria en ciertos aspectos, como lo es, claramente, la eliminación de la eximente por *compliance* en ciertos casos.

Capítulo V

Análisis Y Resultados

Jurisprudencia Española

Tribunal Supremo (STS) - Audiencia Provincial (SAP) – Audiencia

Nacional (SAN)

	Nº	Órgano Judicial	Delito	Comentario
1	36-2022 (SAP 558-2018)	STS	Estafa	Se condena como autora del delito a la persona jurídica (unipersonal)
2	183-2021	STS	Estafa	Se condena como autora del delito a la persona jurídica
	833-2021	STS	Contra la Seguridad Social	Se condena como autora del delito a la persona jurídica
	165-2020	STS	Estafa procesal	Se condena como autora del delito a la persona jurídica, destacando el sistema bidireccional (acumulativo) de este régimen especial
	483-2020	STS	Blanqueo de capitales	Se condena como autoras del delito a las personas jurídicas
	123/2019 (SAP 29/2021)	STS	Defraudación tributaria (empresas Lito) Ver también: STS 542/2021; STS 586/2020; STS 118/2020	Se condena como autora del delito a la persona jurídica, <i>fijando como criterio jurisprudencial: el carácter irrenunciable de los principios que informal el Derecho penal en este régimen especial.</i> Criterio reiterado en: STS 619-2021
	742/2018 (SAP 141-2017)	STS	Estafa continuada (empresas Aníes)	Se condena como <u>coautoras</u> del delito a las personas jurídicas
	583/2017 (SAN 29/2016)	STS	Blanqueo de capitales	Se condena como autoras del delito a las personas jurídicas
	154/2016	STS	Tráfico ilícito de drogas	Se condena como autoras del delito a las personas jurídicas

Jurisprudencia complementaria	STS 164/2022; STS 287/2021; STS 36/2021; STS 534-/2020; STS 496/2020; STS 630/2019; STS 234/2019; STS 506/2018; STS 668/2017; STS 221/2016; STS 516/2016; STS 514/2015.
-------------------------------	---

Jurisprudencia Italiana

Tribunal Supremo de Casación italiano (TSC)

	Casación Penal N°	Órgano Judicial	Delito	Comentario
1	52316 27/09/2016	TSC Sección Penal Segunda	Estafa	<p>Tipo de responsabilidad: <i>tertium genus</i> (administrativo/penal).</p> <p>Se admite la responsabilidad de la persona jurídica en grupos empresariales: matriz y subsidiarias.</p> <p>Salvaguarda de los principios del derecho Penal: principio de autorresponsabilidad y culpabilidad.</p>
2	38343 18/09/2014	TSC Secciones Penal Unidas	Homicidio culposo y otros	
3	4324 29/01/2013	TSC Sección Penal Quinta	Manipulación del mercado bursátil	
4	24583 20/06/2011	TSC Sección Penal Quinta	Corrupción y otros	

Jurisprudencia Estadounidense

	N°	Órgano Judicial	Delito	Comentario
1	Estados Unidos v. Johns-Manville Corporation, 231 F. Supp. 690 (ED Pa. 1964)	Tribunal Federal de Distrito de Pensilvania (EE.UU)	Monopolio	Se admite la responsabilidad de la persona jurídica en grupos empresariales: matriz y subsidiarias
2	Estados Unidos V. Beneficial Finance Company, 360 Mass. 188 (1971)	Tribunal Supremo de Justicia de Massachusetts	Corrupción	

Jurisprudencia Peruana

	Exp. N°	Órgano Judicial	Delito	Comentario
1	11-2001 08/08/2016	Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima	Peculado, corrupción activa y asociación ilícita para delinquir	Se destaca la vigencia del principio <i>societas delinquere non potest</i> Régimen de las consecuencias accesorias – Código Penal
2	493-2002 30/04/2004	Corte Superior de Justicia de Lima	Homicidio, lesiones graves y otro	Se destaca la vigencia del principio <i>societas delinquere non potest</i> Régimen de las consecuencias accesorias - Código Penal
3	99-2008 23/03/2012	2° Sala Esp. en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel - Corte Superior de Justicia De Lima	Interceptación telefónica, violación de la correspondencia y asociación ilícita para delinquir	<i>Se destaca el cambio de paradigma: relativización de societas delinquere non potest.</i> Aplicación de la teoría de la realidad (O.V. Gierke); concepción de la persona jurídica como <i>destinataria de norma penales; con culpabilidad</i> en merito a la <i>actio libera in causa.</i>

*SISTEMA RESTRICTIVO DE AUTORÍA EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS
COMO GARANTÍA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO - PERÚ*

				Régimen de las consecuencias accesorias - Código Penal - Código Penal
4	35-2018-2 Sentencia que aprueba acuerdo de colaboración eficaz	1° Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios	Corrupción	Régimen de las consecuencias accesorias - Código Penal

Comparación

	N°	Semejanzas y Diferencias
1	España	<p>En ambos países existe una clara decisión legislativa y jurisprudencial de sancionar a la persona jurídica por su ‘propio hecho’, autorresponsabilidad o culpa por organización; retribución.</p> <p>También en ambos ésta responsabilidad debe ser respetuosa de los principios del Derecho Penal propios del Estado Constitucional de Derecho.</p>
2	Italia	<p>En España esa decisión también se observa en materia de autoría: con diversidad de criterios a nivel dogmático y a nivel jurisprudencial unas veces bajo el título de autoría otras como coautoría, siempre con base a la responsabilidad propia, y entendemos, también en el de un Estado Constitucional de Derecho.</p>
3	EE.UU	<p>País con un modelo vicarial (clásico) de responsabilidad por el hecho ajeno (delito de la persona física)</p> <p>Gestores o subordinados, sea como “autores” o “partícipes”, permiten responsabilizar penalmente a la persona jurídica.</p>
4	Perú	<p style="text-align: center;">Regímenes sancionatorios alternos</p> <p>Régimen de las consecuencias accesorias, defendido jurisprudencialmente con base al <i>societas delinquere nos potest</i>, en un primer momento, de responsabilidad propia y de relativización de dicho aforismo, en uno segundo.</p> <p>Régimen de responsabilidad “administrativa”, con derogación del <i>societas delinquere non potest</i>, con un modelo de autorresponsabilidad (más o menos estricta) (Ley N° 30424), con giro a un modelo vicarial clásico (Proyecto de Ley N° 676-2021-PE)</p> <p>Sin distinción del título de intervención delictiva para la persona jurídica.</p>
<p>El marco de opciones legislativas observadas, las del <i>common law</i> (EE.UU) y del <i>civil law</i> (España, Italia, Perú), permiten contextualizar y guiar las decisiones legislativas a razón de sus direcciones diferentes, los primeros por la jurisprudencia y el pragmatismo, los segundos por la Ley (en primer lugar), la doctrina y jurisprudencia.</p>		

Situados en el *civil law*, las decisiones legislativas deben estar a sus fuentes, la Ley y el sustrato dogmático que les dota de *contenido material*, justificación de la primera, que de otra manera resulta arbitraria.

Es indudable la influencia del *common law* en nuestros sistemas (*civil law*), pero ello no debe implicar la renuncia a nuestras fuentes del Derecho. España e Italia, países del *civil law*, mantienen la vigencia de éste y de sus fuentes cuando hacen residir la responsabilidad de la persona jurídica en la organización deficiente, y por ello la definición de las relaciones de intervención delictiva de las persona jurídicas también debe acoplarse a dichas fuentes, en Derecho Penal, además de la Ley Penal, también importantísima, la Dogmática Penal, en el marco de un Estado Constitucional de Derecho.

Nuestro país sigue el mismo itinerario propio del Civil Law (Derecho Romano-Germánico) _no obstante que recientes decisiones legislativas se alejan de dichas fuentes_ y en ese contexto, instituye como premisa esencial, la garantía de los principios del Derecho penal propios de un Estado Constitucional de Derecho.

Capítulo VI

Contrastación De Hipótesis

El sistema Restrictivo De Autoría En La Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas Como Garantía De Un Estado Constitucional De Derecho - Perú

Carácter de presupuesto primario y de especial trascendencia corresponde dotarle a nuestro actual modelo de organización estatal, esto es, al *Estado Constitucional de Derecho*, por su significación jurídica, social e histórica, y en ese marco a los principios del Derecho Penal, que ostentan una importancia vital en el ejercicio del *ius puniendi* por el Estado. Al mismo tiempo es pertinente traer a colación un aspecto de la mayor relevancia: nuestra pertenencia al sistema jurídico Romano-Germánico (*civil law*). Esto es, nuestra sujeción, en primer lugar, a la norma jurídica escrita (Constitución y Ley), doctrina, jurisprudencia, y otras fuentes, y como expresión de ello, el irrestricto respecto al principio de culpabilidad por el hecho propio (autorresponsabilidad), y por ello compatible con el modelo teórico de orientación vicarial y el de autorresponsabilidad estricta.

Contrario sensu, deben rechazarse aquellas opciones legales que hacen responsable a la persona jurídica única y exclusivamente en el hecho ajeno (de la persona física), como a nuestra consideración, se observa en el *common law* (EE.UU) _modelo teórico de responsabilidad vicarial clásica_, cuya principal fuente viene dada por la jurisprudencia y el pragmatismo que diluyen la dogmática _en diversos aspectos, como sucede en materia de responsabilidad de la persona jurídica y concretamente en materia de autoría y participación_ tal como la abordamos en el *civil law*; sin perjuicio de la natural influencia del primero sobre éste a razón de la globalización, pero ello no debe suponer el trastocamiento de las bases de nuestro sistema jurídico.

Bajo este presupuesto *¿Se adapta mejor al ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas un concepto unitario de autor o uno restrictivo?* Hemos analizado dogmáticamente que a priori no es rechazable un concepto unitario de

autor y que la sensación de arbitrariedad que puede producir la lectura de este concepto de autor se debe más bien a nuestra arraigada tradición dogmática apegada a un concepto restrictivo de autor, sin bien también hemos verificado que resulta menos preferible que éste. Por ello, se hace necesario someter a una lectura casuística de la responsabilidad penal de la persona jurídica conforme al concepto unitario de autor.

Empecemos por los efectos punitivos prácticos. Ya cuando se trata de personas físicas este concepto conduce a consecuencias símiles que un concepto restrictivo. ¿Qué sucede en el caso de las personas jurídicas? Conforme a un concepto unitario la persona jurídica es siempre autora del delito. Solo en el concepto restrictivo se abre la posibilidad de participación. Pero en el primero habría que distinguir en fase de individualización de la pena concreta. En el restrictivo la distinción se efectúa ya desde el tipo penal, no obstante, la interpretación de la jurisprudencia española asume siempre autoría y también siempre por actos que materialmente son de cooperación (materialmente “participación”). Sin embargo, hay que considerar que ya por principio las penas que se imponen a personas físicas y jurídicas son de distinta naturaleza.

Salvo la pena de multa, las restantes son incompatibles, si bien equivalentes [prisión de la libertad (persona física) y disolución y liquidación (persona jurídica); penas más graves]. Bastaría con esto para reducir mucho más las brechas entre los conceptos de autor. Sin embargo resulta aún difícil extraer conclusiones claras sobre este punto. Sea conforme a un concepto unitario o restrictivo, en ambos casos, sea que la distinción se haga en fase de individualización de la pena o del tipo penal, la pena concreta a imponer responde

a reglas complementarias (prevención general en la multa, peligrosidad en las otras). Es más, como dijimos, también la interpretación que sigue el Tribunal Supremo define autoría desde el tipo penal. Ya con ello la cuestión se volcaría no al concepto de autoría sino al sistema punitivo de las personas jurídicas, pues solo algunas de ellas aparentemente coincidirían con el principio de proporcionalidad de las penas (la multa). Creemos que esto último no es del todo acertado, pues también respecto de las demás penas debería estarse al principio de proporcionalidad punitiva, de tal manera que aun desapareciendo la peligrosidad aquél aconseje una más gravosa, tal como concluyó la Corte Suprema del Perú en el “caso Utopía”. Pero aún si eligiésemos una interpretación más amplia qué diferencia habría. Indaguemos más el punto de partida.

¿Cuál es el límite de los argumentos que afirman que la persona jurídica puede cometer delitos? ¿puede la persona jurídica cometer un delito de forma absolutamente independiente? ¿o solamente en relación a una persona física?

Estas dos últimas interrogantes se responden afirmativamente tratándose de personas físicas. Estas pueden cometer el delito sea con intervención de única de persona física o intervención múltiple. De la persona jurídica se ha fundamentado que también puede cometer delitos; pero no con esa misma amplitud.

¿Qué diferencias se extraen de la adopción de un concepto unitario y un concepto restrictivo de autoría en el marco de la responsabilidad de la persona jurídica? Primero, a priori el punto de partida de ambos conceptos debería ser el mismo. La persona jurídica solamente podría cometer delitos en relación a comportamientos humanos, independientemente de su calificación jurídica; el mundo existe en esencia por la existencia de los seres humanos. Este

razonamiento no pretende sin embargo retornar a una concepción de la persona jurídica como ficción jurídica, pues aún éste es ya un razonamiento de naturaleza jurídica, sino solamente dotar de una base lógica a cualquier teoría que busque fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídica. Por ello, solo en esa medida es que se puede afirmar que a la persona jurídica le es imposible fácticamente cometer un delito con su única intervención. Sin embargo, nada obsta que vinculado a comportamientos humanos la persona jurídica resulte la única que conforme al Derecho Penal merezca sanción conforme a una fundamentación científico-jurídico y político-criminal.

Será casuística la que irá llenando de contenido esa constelación de posibilidades, pero siempre bajo el punto de partida advertido. Así, aun las teorías constructivistas que se fundamentan, por ejemplo, en los ‘sistemas autopoieticos y autorreferenciales’ o en la ‘persona social’, no pueden negar dicha premisa. Por lo expuesto, en el aspecto descrito no existe diferencia entre concepto unitario y restrictivo de autor, ambos comparten esa premisa.

Sin embargo *¿ambos conceptos de autoría requieren también que esa acción humana constituya delito para activar la responsabilidad penal de la persona jurídica? ¿es suficiente una acción humana? ¿una acción jurídico-penalmente relevante? ¿una acción típicamente objetiva? ¿una acción típica objetivo-subjetiva? ¿una acción injusta? ¿una acción injusta y culpable, etc.?*

España e Italia, no obstante haber adoptado conceptos de autoría diferentes _restrictivo y unitario, respectivamente_, ambas exigen como presupuesto de la responsabilidad de las personas jurídicas un hecho típico y antijurídico (injusto) de la persona física, no su condena ni aun su identificación, solo el hecho como

tal. Esta solución creemos incardina a priori con la premisa arriba advertida. Solo es posible concebir la responsabilidad penal de la persona jurídica vinculada a alguna acción humana. De allí que si ésta no reviste mínimamente un carácter típico y antijurídico [conductas neutrales, caso fortuito o fuerza mayor, etc., error de tipo sobre los elementos del tipo objetivo o de las causas de justificación (atipicidad o conformidad con el Derecho)], no podría responsabilizarse penalmente a quien (la persona jurídica) solo puede responder vinculada a dicha acción humana.

Siguiendo ese razonamiento, aun si interpretáramos la responsabilidad de la persona jurídica como un sistema distinto (*tertium genus*), ello solo reafirma la premisa de partida (vinculación a acciones humanas), a la que legislativamente se acompaña para la persona jurídica un título de autoría, siempre; sin embargo, esta propuesta aún deja sin desarrollo a nivel dogmático tanto el ‘contenido mínimo del delito previo’¹⁷⁴ _exigencia legal estrechamente relacionada a grupos empresariales, cuya complejidad podría generar ámbitos de impunidad por la difícil identificación de la persona física concreta responsable_ y, sobre todo, el concepto de autor. Esto sucede también en ordenamientos jurídicos como el italiano, que adoptando un concepto unitario corregido¹⁷⁵, legislan y explican la responsabilidad de la persona jurídica como un ‘tercer género’ con un contenido similar a como lo hacen ordenamientos de concepto restrictivo, ejemplo, España;

¹⁷⁴ Italia.

¹⁷⁵ Además del artículo 110 CP, se establecen precisiones en cuanto a aquellas contribuciones atípicas al hecho principal, tales como la “complicidad primaria”, “complicidad secundaria”, “instigación”, entre otros. Correcciones que, pese al punto de partida (equivalencia causal), incorporan nociones próximas al concepto restrictivo (arts. 111-119 CP).

presentándose símiles cuestiones en cuanto al referido contenido mínimo¹⁷⁶; pero sobre todo obviando una explicación sobre la naturaleza la contribución de la persona jurídica en cuanto intervención en el delito, a diferencia de España que sí van perfilándola y revelando las formas de intervención en el delito que pueden configurarse para la persona jurídica (coautoría).

En último término, con la exposición que precede, *concluimos* que *cualquiera sea el concepto de autoría que se haya decidido adoptar, unitario o restrictivo, si lo que se exige como requisito previo es que una acción humana concreta se subsuma en un tipo penal determinado, entonces, siempre habrá que seguir exigiendo que dicha subsunción se efectúe con el mayor estricto respecto a los principios del Derecho Penal propios de un Estado Constitucional de Derecho*, tales como el principio de legalidad, en especial, el principio de taxatividad, principio de intervención mínima, principio de proporcionalidad abstracta, entre otros. Pues siempre será preferible para determinar la autoría estar a los límites del tipo penal, sea conforme a la teoría del dominio del hecho, teoría normativa de la participación, o también, la teoría objetivo-formal corregida. Por lo tanto, una primera apreciación del tema exige reafirmar que el concepto restrictivo de autoría se ajusta mejor a la responsabilidad de la persona jurídica.

Contrario sensu, vía concepto unitario podría abrirse las puertas para punir conductas que no merecen ni necesitan pena, gravedad de tal consecuencia a la que se incardinaría otra de equivalente magnitud: afirmar responsabilidad de la

¹⁷⁶ Es de interés señalar aquí que el contenido del delito cometido por la persona física (delito previo-pre-requisito) es aún cuestión altamente polémica. Recuérdese que la responsabilidad es sustancialmente autónoma y por tanto puede afirmarse inclusive cuando no se ha identificado a la persona física, trayendo con ello la problemática sobre el mínimo del ‘delito previo’ requerido para la responsabilidad de la persona jurídica. Ver: Casación Penal N° 11518, sección tres, 15 de marzo de 2019.

persona jurídica sobre la base de una conducta humana que debería ser impune (conducta no constitutiva de delito). Ello pues si nos avocamos teóricamente al concepto unitario encontramos en su esencia la amplitud de los límites externos del tipo (límite de la punibilidad o impunidad de la conducta), esto es, la extensión de las conductas que pueden resultar punibles. Bagaje teórico que aunando tesis constructivistas (‘autopoiesis y autorreferencialidad’ y ‘persona social’) y factores de merecimiento de pena, podrían llegar a fundamentar la autoría de la persona jurídica en supuestos por debajo del límite del injusto previo (atipicidad o conformidad).

Mucho más, un planteamiento conforme al concepto unitario debería implicar poder afirmar que la persona jurídica es autora de un delito determinado si su acción es causa del resultado (vinculado a alguna acción humana), abarcando con ello todas las posibilidades de acción de aquella que pueden resultar en la lesión de un bien jurídico penalmente protegido (como la omisión de cautelas de riesgos penales), independientemente de la calificación jurídica de la acción de la persona física, pudiendo ésta ser inclusive atípica, justificada o inimputable. Aquí pues también existe la idea de accesoriedad pero en otro sentido, accesoriedad fáctica, basta que concurra una acción que complementa (fácticamente; la calificación es indiferente) la producción del resultado; allí reside la diferencia entre un concepto unitario y uno restrictivo. Cuestión que revisaremos más detenidamente en lo sucesivo.

En todo caso, para finalizar este punto, en una visión relativizadora de los conceptos de autoría, sobre todo atendiendo a las correcciones que se introduzcan a un concepto unitario en una legislación determinada, vital importancia

cumplirán otros principios del Derecho Penal. Por ejemplo, el principio de lesividad, pues éste funcionará como coto a la admisión del ámbito punible a conductas que no merecen y necesitan pena porque no causaron lesión o puesta en peligro un bien jurídico-penalmente protegido. Principio que también rige en el concepto restrictivo de autor.

Por otro lado, superando el estadio del delito previo, y avocados al ‘hecho propio’ de la persona jurídica, reviste trascendencia resaltar la ausencia del principio de accesoriedad en el concepto unitario de autor; a contrario del restrictivo. Para aquél es intrascendente la idea de participación, cada uno responde por su propio injusto y culpabilidad, los injustos de los diversos intervinientes en el delito se califican de forma independiente, en diferente grado de desarrollo del hecho (unos por tentativa, otros por consumación) y diferente tipo penal (unos por delito imprudente, otros por uno doloso), o simplemente las acciones de unos se califique de impune y otros como punible.

Pero esta diferencia sustancial, la accesoriedad de la participación ¿cumple en la imputación de responsabilidad a la persona jurídica la función de restricción y mejor perfilamiento o determinación de los tipos penales? ¿cómo se configuran las relaciones de autoría de las personas jurídicas? ¿cómo un interviniente más en hecho de intervención múltiple? ¿igual que las personas físicas? ¿en relación a éstas? ¿independientemente? Para desarrollar esta cuestión vamos a tomar como punto de partida la conclusión precedente, concretamente, que la responsabilidad de la persona jurídica exige como pre-requisito la comisión de un delito por una persona física (delito previo), asimismo, teniendo en consideración la autonomía de dicha responsabilidad, pues el referido pre-

requisito fija su atención en el hecho, su ilicitud o ilegalidad, no en la persona física en sí, que puede ni ser identificada ni condenada.

En un concepto restrictivo de autoría ya se han postulado diversas configuraciones, en torno a fórmulas de solución para determinar las relaciones de autoría, faltando aún determinar si dichas configuraciones se adecúan a los principios del Derecho Penal propios de un Estado Constitucional de Derecho (en el concepto unitario falta revisar ambos extremos).

Analicemos en primer lugar la teoría de la autorresponsabilidad con orientación vicarial. Reafirmamos que esta formulación no resulta rechazable, por el contrario, es coherente con la premisa de partida. Una autorresponsabilidad basada en el delito de la persona física, pero además, marcando autonomía, en un hecho de conexión y culpa por organización. Así, dos son los presupuestos de esta formulación: i) el hecho delictivo cometido en un contexto empresarial, ‘hecho propio’ de la persona jurídica [delito previo, cometido con competencia social (actuar en nombre y por cuenta de persona jurídica) y en beneficio social (para beneficiar económicamente a la persona jurídica)], y ii) la culpabilidad o reproche por la exigibilidad de una conducta diferente (ausencia de compliance o medidas de prevención de riesgos penales).

Conforme a ello, la persona jurídica puede responder bajo cualquier título de imputación: autoría o partícipe (complicidad o instigación), según si su responsabilidad está vinculada a una acción delictiva en autoría o participación de una persona física, siempre que, solamente, aquella se haya realizado con competencia y beneficio sociales¹⁷⁷ (‘hecho propio’). Siendo ello así, el

¹⁷⁷ Hecho que como tal importa una responsabilidad vicarial (responsabilidad por el hecho ajeno). Pero aceptable porque también fundamenta la responsabilidad en la ausencia de

concepto restrictivo también tiene aquí la ventaja de la mayor restricción y mejor perfilamiento de los tipos penales, pues el ‘hecho propio’ de la persona jurídica se identifica con el hecho de la persona física a la que se suman elementos de conexión. Es decir, si cumple su función el principio de accesoriedad de la participación, redundando ello en la mejor salvaguarda de los principios del Derecho Penal propios de un Estado Constitucional de Derecho como el principio de legalidad (taxatividad, mínima intervención, proporcionalidad, entre otros).

En cambio, de seguir un concepto unitario de autor se repetirían las mismas objeciones ya expuestas, toda vez que la mayor inseguridad que porta en cuanto al filtro de punibilidad redundaría no solo en perjuicio de conductas que deberían ser impunes en contra de los derechos fundamentales de las personas físicas sino también como consecuencia refleja en perjuicio de la persona jurídica, con la consecuente menor salvaguarda de los principios del Derecho Penal propios de un Estado Constitucional de Derecho. Aunado a ello este concepto resulta inconsecuente dogmáticamente en el marco de esta teoría, pues la transferencia del hecho (tipo objetivo y subjetivo) por principio de identificación quiebra el axioma de la imputación jurídica independiente.

En segundo lugar corresponde analizar la teoría de la autorresponsabilidad estricta. Si restringimos nuestro comentario a la interpretación realizada por el Tribunal Supremo Español, la responsabilidad también se fundamenta en el defecto organizativo pero con la diferencia que éste se desplaza de la culpabilidad al injusto, a partir de lo cual se concluye que la persona jurídica comete el delito

compliance, cuya valoración en fase de culpabilidad y no de injusto no le resta relevancia jurídica ni fuerza fundamentadora y legitimante de la punición. Si bien esto excluye la posibilidad de evaluar el *compliance* como factor de determinación del título de autoría y participación se excluye.

mediante un comportamiento, generalmente *_no siempre_* omisivo, concretamente, la omisión de cautelas de riesgos penales, ‘hecho propio’ de la persona jurídica.

Esta fundamentación y reconfiguración de la responsabilidad de la persona jurídica, a diferencia de la teoría precedente, sí extiende sus efectos jurídicos al ámbito de la determinación de la autoría, pues para ésta tendrá que tomarse en cuenta como base la omisión de la persona jurídica.

Con base a ello, el Tribunal establece que la persona jurídica participa en el delito que comete la persona física mediante una omisión de cautelas en posición de garante que lo hace posible o facilita; que le es imputable a título de autoría. Con esta interpretación se circunscribe el hecho propio de la persona jurídica a actos que hacen posible o facilitan el delito cometido por la persona física, pero que no constituiría participación estricta (¡materialmente lo es!) sino autoría, que entendemos arraigado en una ‘vinculación primigenia y lógica’ (no en la accesoriedad de la participación) para dotar de cierta seguridad al sistema penal y no caer en arbitrariedades producto de la aplicación antojadiza o errada, injusta, del 31 bis del CP; configurando una ‘estructura típica distinta’ que engloba (hecho global) la acción típica (tipo objetivo y subjetivo) de la persona física (i), elementos de conexión (ii) y la omisión de la persona jurídica *_sin perjuicio de otras hipótesis_* (iii), cuya verificación convierte en autora del delito a la persona jurídica por omisión impropia.

Así, el tribunal además de asumir la premisa de partida, sienta doctrina jurisprudencial configurando dicha responsabilidad como régimen de co-responsabilidad, pluriautoría o autoría accesoría, ‘conurrencia de autorías

individuales', de la persona jurídica conjuntamente con la de la persona física.

Pero también ha interpretado factible la configuración de un régimen de coautoría entre personas jurídicas, con base en los requisitos propios de la coautoría, que inclusive encontrarían mayor coherencia en los casos de grupos empresariales o uniones empresariales temporales en que varias empresas del grupo se benefician efectivamente de la comisión del delito. Éstos son los supuestos de intervención de la persona jurídica que hasta la fecha el Tribunal ha revelado casuísticamente en el marco del ámbito de la autoría y participación; si perjuicio de otros supuestos que puedan advertirse a futuro, como por ejemplo, creemos, un régimen de autoría mediata entre personas jurídicas en algunos supuestos, sobre todo ante casos de grupos empresariales o unión temporal de empresas. De estos supuestos, un sector de la doctrina española ha asumido la primera como el supuesto habitual de intervención. Interpretaciones propias de un concepto restrictivo de autor, que no solo se aprecian en los supuestos más habituales y comunes sino también en aquellos caracterizados por su alta complejidad (casos de grupos empresariales).

Por sobre todo ello sin embargo resultan más difíciles las hipótesis sobre sobre la intervención de la persona jurídica como partícipe en estricto sentido conforme a esta teoría, que en nuestro desarrollo la hemos apreciado básicamente en delitos especiales. Dejamos a la casuística y la dogmática el desarrollo de tales hipótesis, con especial atención a la teoría del dominio del hecho, teoría normativa de la participación, entre otras, que permitan concretar las ventajas del principio de accesoriedad en el ámbito de la responsabilidad de la persona jurídica.

En cuanto al concepto unitario de autoría, éste resulta más consecuente con la teoría de autorresponsabilidad estricta pues la omisión de cautelas se considera causa equivalente del resultado ilícito por lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos (imputación objetiva), y por tanto autora del delito. Conforme a éste también a éste también quedan abiertas las puertas para incorporar otras formas de comportamiento de las personas jurídicas siempre que cumplan el requisito de causalidad, cuya amplitud siempre puede ser corregida legislativamente.

Aún con todo, el concepto unitario aún adolece de las objeciones contra los principios del Derecho Penal propios de un Estado Constitucional de Derecho, pues su amplitud bien puede verse desbordada al punto de punir acciones de la persona jurídica que debería ser impunes; y que si bien conforme al concepto restrictivo el estado actual de cosas, según la teoría en comento, aún es incipiente al punto que no permite vislumbrar las concretas ventajas de la accesoriedad por el escaso desarrollo de las hipótesis sobre participación estricta y por tanto su mayor ventaja para salvaguardar dichos principios rectores del Derecho Penal.

En esta cuestión irá tomando especial relevancia aquellas teorías que tratan de configurar una responsabilidad cada vez más autónoma de la persona jurídica. Por ejemplo, en el ámbito de tipo subjetivo, esto es, del dolo e imprudencia propios de la persona jurídica conforme a algunos planteamientos (conocimiento colectivo, conocimiento organizativo, imprudencia) _ con base a tesis constructivistas (‘autopoiesis y autorreferencialidad’ y ‘persona social’) _, cuya eventual legitimación puede en parte dotar de mayor consistencia a este régimen especial de responsabilidad de las personas jurídicas, por lo que deberá

estarse a su adecuada construcción a fin de evitar arbitrariedades que desemboquen en la punición de conductas que no merecen ni necesitan pena. Planteamientos que ya a priori permiten un mejor anclaje del concepto unitario en relación a las desventajas que se advirtieron en la teoría de autorresponsabilidad con tendencia vicarial.

Esto también se aprecia en un concepto restrictivo pero que en ciertos supuestos llevan a ‘figuras de participación imprudente’ que en España son admitidas parcialmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues así lo permite el texto del artículo 27 del CPE (ni para el instigador ni cooperador se exige necesariamente dolo), y que este ámbito también podría admitirse en nuestro país, pues tampoco aquí sucede algo similar, en parte. El Código Penal Peruano tampoco exige dolo de autor y dolo de partícipe (esto sucede en Alemania), pues los arts. 24 y 25 solo exigen dolo en el partícipe (instigador o cómplices) no en el autor, solo que se trate de un ‘hecho punible’, el cual puede ser doloso como culposo [“son delitos...las acciones u omisiones dolosas y culposas...”, art. 11), en todo caso nada obsta alguna precisión legislativa de lege ferenda para el caso de la persona jurídica. Solución que por lo demás arriba como en el concepto unitario a una ruptura del título de imputación (delito distinto para la persona física y la persona jurídica).

Por todo lo expuesto, *el concepto restrictivo de autoría en virtud de la accesoriedad de la participación también aquí _el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas_ restringe y determina mejor los tipos penales en relación a la teoría de autorresponsabilidad de orientación vicarial, efectos que también se muestran tenuemente en la teoría de la autorresponsabilidad estricta*

conforme se desprende del desarrollo jurisprudencial y si bien ésta es aún incipiente; con clara predisposición a una mayor salvaguarda de los principios del Derecho Penal propios de un Estado Constitucional de Derecho. Contrario sensu, el concepto unitario de autoría presenta una clara inconsecuencia con la teoría de la autorresponsabilidad de orientación vicarial y con los principios del Derecho Penal propios de un Estado Constitucional de Derecho, si bien resulta coherente con la teoría de la autorresponsabilidad estricta pero aún con las objeciones que pueden realizársele por portar en su esencia la negación de la accesoriedad.

Finalmente, como tercera conclusión, *el mejor perfilamiento del tipo penal por razón de la accesoriedad del concepto restrictivo también exigiría que por aplicación del principio de proporcionalidad en abstracto en conjunción con el principio de proporcionalidad de las penas se genere una reconfiguración o reinterpretación del sistema punitivo prescrito para las personas jurídicas, en el sentido que tratándose de hipótesis de participación estricta de la persona jurídica se impongan penas proporcionales a la gravedad de su hecho, que estando a su calificación abstracta y concreta, implique la atenuación de la pena en relación a la que corresponda a la persona jurídica autora del delito; solución que dado el estado actual de cosas dogmático y jurisprudencial se acopla mejor a la teoría de la autorresponsabilidad de orientación vicarial y en menor medida a la teoría de autorresponsabilidad estricta. Interpretación que puede resultar de utilidad y no debe descartarse a priori.*

Por todas consideraciones precedentes, la hipótesis formulada resulta ser verdadera pues, atendiendo al primer presupuesto y la suma de premisas

consiguientes extraídas en torno al delito previo, hecho propio de la persona jurídica e individualización de la pena, *el concepto restricto de autoría es preferible frente al concepto unitario, por su mayor salvaguarda de los principios del Derecho Penal propios de un Estado Constitucional de Derecho*, concretamente, *del principio de legalidad y taxatividad, principio de intervención mínima, proporcionalidad y lesividad*; permitiendo al mismo tiempo *salvaguardar*, además de principios penales sustantivos, *principios procesales (adjetivos) del Derecho Penal, tales como el principio de defensa, principio del ne bis in ídem, entre otros*; **existiendo una relación de causa-efecto entre la variable independiente** (Aplicación del sistema restrictivo de autoría a la responsabilidad penal de personas jurídicas) **y la variable dependiente** (Observancia de los principios del Derecho penal propios de un Estado Constitucional de Derecho).

Conclusión que es absolutamente practicable en nuestro país (Perú), partícipe con larga tradición de un concepto restrictivo de autoría que, como en España, con quien compartimos nuestra pertenencia al *civil law* y nuestro decidido apego a un modelo de Estado Constitucional de Derecho, erigimos como valores irrenunciable los principios que limitan el *ius puniendi*; y por lo tanto, una hipótesis que verificada en los términos descritos resulta recomendable adoptar.

CONCLUSIONES

Conclusión General

El concepto restricto de autoría es preferible frente al concepto unitario, porque garantiza mejor la salvaguarda de los principios del Derecho Penal propios de un Estado Constitucional de Derecho: principio de legalidad y taxatividad, principio de intervención mínima, proporcionalidad y lesividad.

Conclusiones Específicas

El Estado Constitucional de Derecho constituye un modelo de organización estatal que vincula a todos actores (Estado, sociedad y ciudadanos) a la salvaguarda de valores y principios de la mayor trascendencia, que en Derecho penal se traducen en los principios que limitan el *ius puniendi* y guían su aplicación en, entre otras esferas, la categoría de la autoría y participación delictiva propia de las personas físicas, conforme a, como sucede en Perú y España, un concepto restrictivo de autoría,

El estado actual de cosas de la dogmática sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas es de progresión constante pero germinal, pero que no obstante en aquél los diversos postulados continúan destacando la necesidad de seguir garantizando los principios del Derecho Penal propios de un Estado Constitucional de Derecho, premisa bajo la debe construirse la teoría del delito propia de la personas jurídicas, a fin de garantizar a éstas una condena razonable y alejada de la arbitrariedad.

La configuración del delito previo _ la subsunción de una acción humana concreta en un tipo penal determinado_ como *pre-requisito* y elemento del tipo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas exige siempre que dicha subsunción se realice con la mayor seguridad jurídica posible y respecto de los principios del Derecho Penal propios de un Estado Constitucional de Derecho, tales como el principio de legalidad, en especial, el principio de taxatividad, principio de intervención mínima, principio de proporcionalidad abstracta, entre otros; por tanto, será preferible en la configuración de dicho pre-requisito estar a la labor de mejor restricción y perfilamiento de los tipos penales que desempeña el concepto restrictivo de autoría y en concreto la teoría del dominio del hecho, teoría normativa de la participación, o también, la teoría objetivo-formal corregida.

La ventaja que proporciona la accesoriedad de la participación del concepto restrictivo de autoría en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas, también restringe y define mejor los tipos penales en la teoría de autorresponsabilidad de orientación vicarial y la teoría de la autorresponsabilidad estricta conforme se desprende del desarrollo jurisprudencial, si bien en ésta última dicho efecto aún se muestra tenue; pero que en general con clara predisposición a una mayor salvaguarda de los principios del Derecho Penal propios de un Estado Constitucional de Derecho.

Finalmente, esta ventaja _el mejor perfilamiento del tipo penal por razón de la accesoriedad_ del concepto restrictivo de autoría, igualmente requeriría en virtud al principio de proporcionalidad abstracto y concreto se genere una reconfiguración o reinterpretación del sistema punitivo prescrito para las personas

jurídicos, en el sentido que tratándose de hipótesis de participación estricta de la persona jurídica se impongan penas proporcionales a la gravedad de su hecho, que estando a su calificación abstracta y concreta, implique la atenuación de la pena en relación a la que corresponda a la persona jurídica autora del delito.

RECOMENDACIONES

Consideramos, en consecuencia con el presente estudio y sus conclusiones, reafirmar la configuración de la responsabilidad de las personas jurídicas por el ‘hecho propio’, con base por tanto en su defecto de organización; evitando decisiones legislativas que se alejen de dicha concepción, pues conducen a la responsabilidad por el hecho ajeno, que contradice los principios del Estado Constitucional de Derecho.

Es necesario que de *lege ferenda* se configuren reglas en materia de autoría y participación en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, prestando especial atención a los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales que, como en España, se vienen desarrollando, a fin de dotar de mayor seguridad a la aplicación de la norma penal sobre la materia.

Esa iniciativa legislativa a nuestra consideración y en consecuencia con nuestras conclusiones debería adecuarse a un concepto restrictivo de autoría por su mejor acoplamiento al Estado Constitucional de Derecho.

Asimismo, el actual catálogo de delitos que activan la responsabilidad penal de las personas jurídicas son mínimos e insuficientes, por lo que también de *lege ferenda* debería ampliarse el catálogo de delitos, sobre todo aquellos que son especialmente concurrentes o habituales en el ámbito empresarial, como los son, aquellos delitos contra la vida, el cuerpo y la salud que se producen a consecuencia de la violación de las medidas de seguridad en el trabajo, dígase, homicidio y lesiones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alzamora Valdez, M. (1984). *Introducción a la Ciencia del Derecho* (9na. Ed.), Lima, Perú.
- Bacigalupo Zapater, E. (2008). La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.
https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2725_bacigalupo_teor%C3%ADa_del_dominio_del_hecho.pdf
- Bacigalupo Saggese, S. (1997). La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Un estudio sobre el sujeto del Derecho penal (tesis doctoral). Universidad Autónoma de Madrid. España.
<https://repositorio.uam.es/handle/10486/4345>
- Bajo Fernández, m., Feijoo Sánchez, J., Gomez-Jara Diez, C. (2016). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el código penal* (2da. ed.). Navarra, España: Civitas – Thomson Reuters.
- Bayona, M., Maggi, G., Pretel, E. (2018). *Los principales grupos económicos operantes en el Perú y sus relaciones laborales. Instituto de Estudios Sindicales – IESI*. <https://www.iesiperu.org.pe/Proyectos/principales-grupos-economicos-operantes-en-el-peru-y-sus-relaciones-laborales/>
- Boldova Pasamar, M. A. (2013). Introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española. *Estudios penales y criminología* (volumen XXXIII).
https://zaguán.unizar.es/record/32178/files/texto_completo.pdf

- Caro Coria, D. C. (2020). Imputación objetiva y compliance penal. En: *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito*. Demetrio Crespo, E., De La Cuerda Martín, M., García De La Torre García, F. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Chanjan Document, R. H. (2018). La responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿un olvido o reinterpretación de los principios del Derecho Penal? *Revista Ius Puniendi* (Nº 8).
- Córdova Acosta, P. A. (2006). Derecho de sociedades, derecho común y responsabilidad de la sociedad holding. Levantamiento del velo corporativo. Responsabilidad contractual y aquiliana. Colombia: *Revista de Derecho Privado* N° 10.
- <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/584>
- Demetrio Crespo, E. (2010). Crítica al funcionalismo normativista. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3º época (Nº 3º).
- <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24633>
- Díaz y García Conlledo, M. (1991). *La autoría en Derecho penal*. Barcelona, España: PPU.
- Dopico Gomez Aller, J. (2010). La responsabilidad de las personas jurídicas. Reforma Penal. Ley orgánica 5/2010. *Memento experto – Francis Lefebvre*. <https://es.scribd.com/document/50878725/Dopico-PERSONAS-JURIDICAS-Memento>
- Elías Laroza, E. (2001). *Derecho societario peruano. La Ley general de sociedades*. Trujillo, Perú: Normas Legales.

- Fernández Díaz, C. R., Chanjan Documet, R. H. (2016). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú. Perú: *Revista de la Facultad de Derecho – Revista PUCP* (N° 77).
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/15640>
- Fernández Teruelo, J. G. (2018). La atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica y sus estructuras de imputación en el modelo penal español. En: Dino Carlos Caro Coria (2018). *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa* N° 4. Ideas solución editorial.
- García Caverro, P. (2008). *La Persona Jurídica en el Derecho Penal*. Lima, Perú: Grijley – Loli & Portocarrero Abogados.
- García Caverro, P. (2012). *Derecho Penal, parte general* (2da Ed.). Lima, Perú: Jurista Editores.
- García Merino, T., Martín Velasco, M. (1992). Un intento de caracterización de los grupos de empresas.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/786115.pdf>
- García-Pablos De Molina, A. (2009). *Derecho Penal, parte general, Fundamentos* (1ra. Ed.). Lima, Perú: Inceccp, Editorial universitaria Ramón Areces, Jurista Editores.
- García Toma, V. (2008). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional* (2da. Ed.). Lima, Perú: Palestra Editores.
- Gómez-Jara Diez, C. (2008). *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial*. Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.

- Gómez Tomillo, M. (2015). *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* (2da. ed.). Navarra, España: Thomson Reuters – Aranzadi.
- González Sierra, P. (2012). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Universidad de Granada.
<https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/22250/2098800x.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Hurtado Paico, J. (2018). ¿En qué consiste una organización criminal y cómo opera la imputación de responsabilidad a sus miembros? Perú: *LP - Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/organizacion-criminal-imputacion-responsabilidad-miembros/>
- Hurtado Pozo, J. H., Prado Saldarriaga, V. (2011). *Manual de Derecho penal, parte general* (Tomo II, 4ta. Ed.). Lima, Perú: Idemsa.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal, parte general, Fundamentos y teoría de la imputación* (2da. Ed., corregida). Madrid, España: Marcial Pons.
- Jiménez Martínez, C. (2015). *Dominio del hecho y autoría mediata en aparatos organizados de poder*. España: Universidad Nacional de Educación a Distancia.
https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20190408_03.pdf
- Kudlich, H. (2016). ¿Compliance mediante la punibilidad de asociaciones? Perú: *Gaceta Penal* (Nº 82).
- López Peregrín, C. (1997). *La complicidad en el delito*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

- Machicado, J. (2008). ¿Qué es la carta magna de Juan Sin Tierra? La Paz, Bolivia: *Panalaysis - Centro de Estudios de Derecho*.
<https://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/cm.pdf>
- Maquiavelo, N. (2010). *El Príncipe*. Lima, Perú: Fondo Editorial Cultura Peruana.
- Mir Puig, S. (1998). *Derecho Penal, parte general* (5ta Ed., segunda reimpresión). Barcelona, España: Reppertor.
- Montoya Manfredi, U. (2006). *Derecho comercial (tomo III)*. Perú: Grijley.
- Morales Godo, J. (2000). Notas sobre la evolución histórica de la persona jurídica. *Ius Et Praxis* (031).
<https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2000.n031.3624>
- Muñoz Conde, F. (2000). *Derecho penal – parte general* (4ta Ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Pacheco Flores, J. A. (2019). Los contratos asociativos y su importancia en la formalización de las Hub. <https://empresaexterior.com/art/70233/los-contratos-asociativos-y-su-importancia-en-la-formalizacion-de-las-hub>
- Pacori Cari, J. M. (2021). Las empresas públicas en el Derecho Administrativo. Perú: *LP - Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/empresas-publicas-derecho-administrativo/>
- Peña Cabrera, A. R. (2011). *Derecho Penal, parte general* (Tomo I, 3ra. Ed.). Lima, Perú: Idemsa.
- Pizza De Luna, I. M. (1965). Las personas jurídicas, sus órganos y representante. Uruguay: *Revista A.E.U.*

- Ragués I. y Valless, R. (2017). *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Reyna Alfaro, L. M. (2019). *La defensa penal de la Persona Jurídica* (1ra Ed.). Perú: Idemsa.
- Rodríguez Ramos, L. (2011). ¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención). *Diario La Ley* (Nº 7561, Sección Doctrina). <http://resp-pj.blogspot.com/2011/04/como-puede-delinquir-una-persona.html>
- Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública* (4ta. Ed.). Lima, Perú: Grijley.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal, parte general, Tomo I, Fundamentos. La estructura del delito* (1ra Ed.). Madrid, España: Editorial Civitas.
- Roxin, C. (2014). *Derecho penal, parte general, Tomo II, Especiales formas de aparición del delito* (1ra Ed.). Navarra, España: Civitas- Thomson Reuters.
- Rubio Correa, C. (2001). *El Sistema Jurídico (Introducción al Derecho)* (8va. Ed., corregida y aumentada, segunda reimpresión), Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial.
- Salinas Siccha, R. (2016). *Delitos contra la Administración Pública* (4ta. Ed.). Lima, Perú: Iustitia, Grijley.
- Sessano Goenaga, J. C. (2006). Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional. Una aproximación a la distinción

dogmática por Jakobs, a través del ejemplo de los delitos de incompetencia y de falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación. España: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-03.pdf>

Tiedemann, K. (2009). *Derecho Penal Económico, Introducción y parte general* (1ra Ed.). Perú: Grijley.

Urruela Mora, A. (2012). La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español en virtud de la lo 5/2010: perspectiva de *lege lata*. *Estudios Penales y Criminológicos* (vol. XXXII. ISSN). P. 1137-7550.

<https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/download/902/871/0>

Villa Stein, J. (2009). El funcionalismo en el Derecho Penal Peruano.

Apreciaciones, teorías y prácticas. *Revista Oficial del Poder Judicial*, año 3 (N° 5°).

<https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/174/237>

Villavicencio Terreros, F. (2017). *Derecho Penal, parte general* (1ra Ed., sexta reimpresión). Lima, Perú: Grijley, Villavicencio, Mesa & Rivera Abogados.

Villegas García, M. A. (2015). Los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos de América. Universidad Complutense de Madrid.

<https://eprints.ucm.es/id/eprint/33361/>

Zugaldía Espinar, J. M. (1999). Las “consecuencias accesorias” aplicables como penas a las personas jurídicas en el CP español. El sistema de penas del

nuevo código penal. *El sistema de penas del nuevo Código penal*

(coordinador: José Hurtado Pozo).

https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1997_15.pdf

Zugaldía Espinar, J. M. (2010). Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español. *Centro de investigación interdisciplinaria en Derecho Penal Económico – CIIDPE*.

<http://www.ciidpe.com.ar/area1/Z%20Espinar.pdf>

Zúñiga Rodríguez, L. (2003). Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del. Art. 105 del CP: Principales problemas de aplicación.

https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_19.pdf

Zúñiga Rodríguez, L. (2009). *Bases para un modelo de Imputación de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* (3ra. Ed.). Navarra, España: Aranzadi - Thomson Reuters.

Estados Unidos de Norteamérica

Tribunal Supremo de Justicia de Massachusetts, *Commonwealth versus Beneficial Finance Company*, 360 Mass. 188 (1971).

Tribunal Federal de Distrito de Pensilvania, *EE.UU vs. Corporación Johns-Manville*, 231 F. Supp. 690 (ED Pa. 1964).

<https://law.justia.com/>

España

Audiencia Provincial (SAP):

AP Pontevedra N° 29/2021, de 18 de junio de 2021.

AP Granada N° 558-2018, de 15 de agosto de 2018.

AP Huesca N° 141-2017, de 20 de noviembre de 2017.

Audiencia Nacional de Madrid – Sala de lo Penal: SAN N° 29/2016, de 15 de julio de 2016.

Tribunal Supremo Español, sede Madrid (STS):

STS N° 36-2022, de 20 de enero de 2022.

STS N° 183-2021, de 03 de marzo de 2021.

STS N° 165-2020, de 19 de mayo de 2020.

STS N° 742/2018, de 07 de febrero de 2019.

STS N° 123/2019, de 08 de marzo de 2019.

STS N° 154/2016, de 29 de febrero de 2016.

STS N° 583/2017, de 19 de julio de 2017.

STS N° 483-2020, de 30 de setiembre de 2020.

<https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>

Italia: Tribunal Supremo de Casación Penal Italiano

Cas. N° 38343 (Sección Unida, 18 de septiembre de 2014)

Cas. N° 4324 (Sección 5, 29 de enero de 2013)

Cas. N° 24583 (Sección 5, 20 de junio de 2011)

Cas. N° 52316 (27 septiembre 2016 - 9 diciembre 2016)

<https://olympus.uniurb.it/>

Perú

Vigésimo Primer Juzgado Penal de Lima de la Corte Superior de Justicia de

Lima, *sentencia de 02/04/2014, emitida en el expediente N° 8132-2014*

(Utopía)

https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20200708_03.pdf

Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la

Corte Superior de Justicia de Lima, *sentencia de 22/11/2011, emitida en*

el expediente N° 043-2015 (Utopía)

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e8b0ec004eaf6a42a23fe26687f7e869/D_Exp_043_161211.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e8b0ec004eaf6a42a23fe26687f7e869

39° Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, *sentencia de*

30/04/2004, emitida en el expediente N° 306-2004 (Utopía)

<https://www.terragnijurista.com.ar/jurisprudencia/corte.htm>

Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la

Corte Superior de Justicia De Lima, *sentencia de 23/03/2012, emitida en*

el expediente N° 99-2008 (Business Track)

https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20120508_02.pdf

Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, *sentencia*

de 08/08/2006, emitida en el expediente N° 11-2001 (Canal 4)

<http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2018/09/06012407/10-segunda-sala-penal-especial-sentencia-exp-n-011-2001-.pdf>

Primer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos

de Corrupción de Funcionarios, *sentencia que aprueba acuerdo de*

colaboración eficaz expedida en el Expediente N° 35-2018-2

(Odebrecht)

[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/397244004a58e809b518fdb1377c37fd/
Exp.+35-2018-2_Resol.+20+-
+Aprueba+acuerdo+de+colaboraci%C3%B3n+eficaz.pdf?MOD=AJPERES&CA
CHEID=397244004a58e809b518fdb1377c37fd](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/397244004a58e809b518fdb1377c37fd/Exp.+35-2018-2_Resol.+20+-+Aprueba+acuerdo+de+colaboraci%C3%B3n+eficaz.pdf?MOD=AJPERES&CA CHEID=397244004a58e809b518fdb1377c37fd)