



FACULTAD DE DERECHO

**LA INADECUADA REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO
PENAL NACIONAL PARA PODER IMPUTARLE EFICAZMENTE
RESPONSABILIDAD PENAL A ENTES ORGANIZATIVOS**

**PRESENTADA POR
ALEXANDER ALIKAIR LEIVA CALDERÓN**

**ASESOR:
FERNANDO VICENTE NUÑEZ PEREZ**

**TESIS
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

LIMA – PERÚ

2017



**Reconocimiento - No comercial - Compartir igual
CC BY-NC-SA**

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, siempre y cuando se reconozca la autoría y las nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE DERECHO

**LA INADECUADA REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO PENAL
NACIONAL PARA PODER IMPUTARLE EFICAZMENTE
RESPONSABILIDAD PENAL A ENTES ORGANIZATIVOS**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

PRESENTADO POR:

ALEXANDER ALIKAIR LEIVA CALDERÓN

ASESOR:

MG. FERNANDO VICENTE NUÑEZ PEREZ

LIMA, PERÚ

2017

*A mis padres,
por su incalculable amor y
rotundo apoyo*

“No existe tal cosa como la culpa colectiva, y mucho menos hay algo que se llame inocencia conjunta. De lo contrario nadie podría ser culpable o inocente”
(Hannah Arendt)

INDICE

Portada.....	i
Dedicatoria.....	ii
Epígrafe.....	iii
INDICE.....	iv
RESUMEN.....	viii
ABSTRACT.....	ix
INTRODUCCIÓN.....	x
CAPITULO I: MARCO TEÓRICO.....	1
1.1 Antecedentes de la investigación.....	1
1.2 Marco histórico.....	6
1.2.1 El ente organizativo en el derecho romano.....	6
1.2.2 El ente organizativo en el derecho medieval.....	10
1.2.3 El ente organizativo en la edad contemporánea y el inicio del Positivismo jurídico.....	19
1.2.3.1 Savigny y el nacimiento de la teoría de la Ficción Legal	20
1.2.3.2 Brinz y Bekker y la Teoría de los Derechos sin Sujeto	28
1.2.3.3 Ihering y la Teoría del Ilícito Objetivo	31
1.2.3.4 Gierke y la teoría de la personalidad de las personas jurídicas.....	33

1.2.3.5	Hans Kelsen, la teoría pura del derecho y las personas jurídicas.....	35
1.3	Concepto de ente organizativo.....	38
1.4	La personalidad como atributo predicable de las entes organizativos	44
1.4.1	Presupuestos lógicos de la personalidad jurídica	46
1.5	La capacidad de acción y de culpabilidad de las esntes organizativos	47
1.5.1	Capacidad de Acción de los entes organizativos	53
1.5.2	Capacidad de culpabilidad de los entes organizativos	57
1.6.	El ente organizativo y su responsabilidad ante el derecho penal.....	63
1.6.1	Necesidad político-criminal de reconocer responsabilidad penal a entes colectivos	63
1.6.1.1.	El individuo como sujeto contaminante.....	65
1.6.1.2.	Punibilidad de los individuos integrantes del ente organizativo como exclusiva respuesta del derecho penal	68
1.6.1.3.	Carencia preventiva del derecho administrativo sancionador y del derechi civil.....	62
1.6.2	Necesidad jurídico penal de reconocer responsabilidad penal a entes colectivos	75
1.6.2.1.	Dificultades de imputación objetiva he imputación subjetiva.....	76
1.6.2.2.	Dificultades en base a la proporcionalidad de las penas.....	79
1.6.2.3.	Necesidad práctica de reconocer responsabilidad penal a entes colectivos.....	80
1.6.3.1.	Construcción de un injusto propio para entes colectivos.....	81
1.6.3.2.	Necesidad de desvincular la responsabilidad de la persona natural de la responsabilidad de entes colectivos	83
1.7.	La autorreferencialidad suficiente en entes colectivos concebidos como sistemas autopoieticos de orden superior de segundo grado	85
1.8.	Modelos establecidos en la dogmática comparada para el reconocimiento de responsabilidad penal a entes organizativos	90
1.8.1	Modelo de imputación penal a entes colectivos que no poseen culpabilidad	90
1.8.2	Modelo de imputación penal basado en la personalidad organizativa: the Vicarius Liability und the Organizational Sentencing Guidelines.....	92

1.8.3	Modelo de imputación penal basado en el hecho de referencia como conector en entes colectivos que no poseen culpabilidad (heterorresponsabilidad).....	96
1.8.4.	Modelo de imputación penal basado en el hecho de referencia como conector y culpabilidad propia de en entes colectivos (autorresponsabilidad).....	97
CAPÍTULO II: EL ENTE ORGANIZATIVO FRENTE A LA ESTRUCTURA PENAL ESTABLECIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.....		100
2.1.	Precedentes históricos de regulaciones de relevancia penal sobre entes organizativos previos al código penal de 1991.....	101
2.2.	El ente organizativo a partir de la entrada en vigencia del Código Penal de 1991.....	106
2.3.	Problemática del Acuerdo Plenario 07-2009/CJ-116.....	116
2.4.	La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y el proyecto de ley N°4054/2014-PE que proponía regular la responsabilidad autónoma de las entes organizativos en delito de corrupción.....	113
2.5.	Problemática de la ley que regula la responsabilidad administrativa de las entes organizativos por el delito de cohecho activo transnacional (Ley N°30424).....	115
2.6.	El Decreto Legislativo N°1352 y la persistencia del problema de la Ley N°30424.....	118
2.7.	El principio de legalidad de cara a la responsabilidad penal de entes colectivos en el Perú.....	127
2.8.	La problemática del estado actual de la teoría del delito en la legislación peruana para imputarle adecuadamente responsabilidad penal a entes organizativos.....	131
CAPITULO III: HIPÓTESIS.....		126
3.1.	Hipótesis.....	140
3.1.1.	Hipótesis principal.....	140

3.1.2. Hipótesis específicas.....	141
CAPITULO IV: METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN.....	142
4.1. Diseño Metodológico.....	142
4.2. Técnica de análisis y procesamiento de la información.....	129
4.3. Aspectos éticos.....	129
CAPITULO V: CONCLUSIONES.....	144
CAPITULO VI: RECOMENDACIONES.....	148
FUENTES DE LA INFORMACIÓN FISICAS.....	155
FUENTES DE LA INFORMACIÓN ELECTRÓNICAS.....	162

RESUMEN

La imputabilidad penal a entes organizativos es un tema que aún hoy en día sigue generando muchas controversias puesto que la materia misma se presta a oscuridad, en el presente trabajo de investigación se hace un análisis técnico sobre conceptos jurídicos, sociológicos y filosóficos que han ido evolucionando desde los albores del derecho romano hasta los modelos de imputabilidad de responsabilidad penal más modernos instituidos en el derecho comparado, criterios que se toman como base para establecer la necesidad político criminal, normativo y de aplicación real de reconocer responsabilidad penal al actuar de un organismo empresarial en base al daño social que este puede generar y la necesidad de adoptar nuevos lineamientos en cuanto a la teoría del delito se refiere, así mismo se hace una crítica severa al sistema de responsabilidad penal instaurado por el legislador peruano en el Código Penal vigente y normatividad extra penal por ser incongruente, inconsistente he ineficaz.

ABSTRACT

The criminal imputability to legal persons is an issue that still continues to generate many controversies, since the subject itself lends itself to this obscurity. In the present research work a technical analysis is done on juridical, sociological and philosophical concepts that have involved from the dawn of Roman Law to the most modern models of imputability in topics of criminal responsibility that are instituted in comparative law, such criteria are taken as a basis for establishing the political need for criminal, normative and actual application of recognizing criminal responsibility when acting as a corporate body based on the social harm it can generate and the need to adopt new guidelines on the theory of crime refers, likewise a severe criticism is made to the system of criminal responsibility established by the Peruvian legislator in the current Penal Code and extra criminal law for being incoherent, inconsistent and ineffective.

INTRODUCCIÓN

Las controversias que se gestaron a lo largo de las últimas décadas en torno a si los entes organizativos podían o no ser pasible de ser incorporada como sujetos activos en un proceso penal, ha sido superada en la actualidad en nuestro país desde que entró en vigencia del Código Procesal Penal que fuera promulgado mediante el Decreto Legislativo N° 957 el 28 de julio del 2004; el *ius puniendi* que ejerce el Estado sobre estos entes colectivos en la normativa penal se encuentran regladas bajo la denominación de “consecuencias accesorias” en los artículos 105° y 105°- A del Código Penal vigente, no obstante en el caso del art. 105° no regulan en si una responsabilidad penal de los entes organizativos propiamente dicha, sino es una suerte de sistema de heterorresponsabilidad imperfecto mediante el cual se le atribuirá al ente organizativo todo acto que ha ya sido cometido por una persona natural en

nombre del ente colectivo para ocultar, perpetrar o favorecer un hecho ilícito, y en el caso del art.105° - A, siguiendo los criterios establecidos por el acuerdo penal 07-2009/CJ-116, regula un sistema de imputabilidad de autorresponsabilidad, por el cual el ente organizativo va a responder por criminógenos vicios por defectos de organización del ente organizativo.

La falta de precisión normativa en la redacción de dichos artículos presentan deficiencias toda vez que no se precisa las condiciones que debe tener la persona natural que comete el hecho ilícito, por lo que en el caso del art. 105° se va a vincular las acciones del ente organizativo no solo a los individuos que conforman los órganos de dirección de la organización, sino también a todos los que estén prestando algún tipo de servicio a la misma como por ejemplo personal contratado por tercería, he incluso se podría caer en el absurdo de considerar que el ente colectivo puede tener responsabilidad por los hechos realizados por sujetos que son totalmente ajenos al ente organizativo en sí, pero que cometieron algún hecho ilegítimo dentro de las instalaciones de la misma.

En el caso del art. 105°-A y del acuerdo plenario N° 07-2009/CJ-116 se ha fijado un sistema de imputación para los entes organizativos de autorresponsabilidad en virtud del cual va a ser necesario acreditar la existencia de activos y criminógenos vicios de organización o de deficiente administración en el ente organizativo para poder proceder a imponer una sanción jurídica penal en su contra¹, “variación” introducida que no tiene ninguna base legal, toda vez que el artículo 105° del Código Penal vigente

¹ Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 Fundamento 11°

regula un sistema de responsabilidad totalmente opuesto en su naturaleza, por lo que a todas luces esta variante es una falta total de observancia al principio de legalidad; surgiendo de esta manera una pregunta relevante para poder definir cuál es el ámbito real de aplicación de la responsabilidad penal de estos entes colectivos: ¿Qué características debe poseer un ente organizativo para ser considerada como sujeto activo en la comisión de un delito?, pregunta abordada en los dos primeros capítulos y que ha sido respondida en función a los criterios establecidos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional en torno a la capacidad de acción y culpabilidad que poseen estos entes organizativos.

En la misma línea, se ha analizado también la tipificación que ha establecido el legislador en el Código penal y la estructura de la misma, como lo concerniente al hecho de conexión que se encuentra establecido en el art. 105°, toda vez que tomando como base la posición mayoritaria asumida en la legislación comparada, se equipara la acción delictiva que se le atribuye al ente colectivo con el hecho de referencia que va a servir como conector, de esta manera resulta imposible que el ente organizativo realice una conducta en el mismo sentido que lo haría una persona natural, considerándose así que dicha conducta se debe construir a partir del acto ilegítimo que realiza la persona natural, quien deberá cumplir con determinadas condiciones para poder establecer una vinculación concreta entre su accionar y los del ente organizativo. No obstante, de la lectura del art. 105° se aprecia que no establece mayores alcances sobre las condiciones que deberá tener el sujeto que realiza el hecho delictivo.

Por otro lado el acuerdo plenario N° 07-2009/CJ-116 tampoco ofrece mayores detalles en ese sentido, estableciendo que para poder aplicar una sanción penal a un ente organizativo, primero se tiene que haber individualizado al sujeto o sujetos que cometieron el ilícito además de haberlos sancionado penalmente, lo cuestionable para este planteamiento está, en primer lugar en las dificultades que existen en la praxis para individualizar a los sujetos (personas naturales) que cometieron materialmente el delito dentro del ente colectivo y en segundo lugar ¿Qué pasa con los entes organizativos en los casos en que, a pesar de haberse comprobado la culpabilidad del o los sujetos activos no se da una sentencia condenatoria?, sea por prescripción de la acción penal, suspensión de ejecución de la pena o reserva de fallo condenatorio, cuestionamientos que también han sido abordados en el presente trabajo de investigación.

Del mismo modo, el criterio de imputación usado en ley N° 30424 Ley que regula la responsabilidad administrativa de los entes organizativos por el delito de cohecho activo transnacional, es el mismo, en el art. 3° se establece un criterio de autorresponsabilidad y en el art. 4° se establece un criterio de autorresponsabilidad para el ente colectivo, y aun cuando este denominada como “responsabilidad administrativa” esto no es del todo así, dado que en el fondo esta ley regula una responsabilidad penal declarativa.

En consecuencia, este trabajo apunta como objetivos el aclarar esta situación y poner al descubierto la ineficacia de la normatividad nacional actual en materia penal para poder imputarle responsabilidad a los entes organizativos, así como dejar en evidencia los conflictos dogmático surgidos para los operadores de justicia al momento

de aplicar los criterios establecidos en los artículos 104°, 105° y 105°-A del Código Penal vigente, el acuerdo plenario N° 07-2009/CJ-116, la Ley N° 30424 y el Decreto Legislativo 1352, por haber fijado un sistema de imputación de autorresponsabilidad y de heterorresponsabilidad paralelo y que viola el principio de legalidad.

Teniendo como hipótesis principal que en el ordenamiento jurídico penal nacional vigente no existe una adecuada regulación respecto a la responsabilidad penal de los entes organizativos, en la misma línea se ha establecido como primera hipótesis derivada que La actual estructura normativa nacional provoca conflictos dogmáticos al momento de interpretar conjuntamente los criterios establecidos por el legislador en los artículos 104° y 105° del código penal con los del acuerdo plenario 07-2009/CJ-116 y la Ley N° 30424, por ser de distinta naturaleza.

Se ha planteado como segunda hipótesis derivada que la construcción tradicional asumida por la teoría del delito actual no es adecuada para poder imputar eficazmente responsabilidad penal a un ente organizativo y como tercera hipótesis derivada que el legislador peruano al intentar equiparar el modelo punitivo para personas naturales a los modelos punitivos creados para los entes organizativos en el derecho comparado a asumido dos modelos distintos en su naturaleza, lo que viola el principio de legalidad.

Por lo cual la importancia de esta investigación radica en determinar lo inadecuado del tratamiento actual que se le está dando en el marco normativo penal nacional a la imputación a los entes organizativos como sujetos activos en la comisión de un delito.

Así mismo la limitación natural que se ha afrontado en la presente investigación, es la bibliográfica, puesto que, al ser un tema poco tratado desde su aplicación en la legislación nacional, existen pocas fuentes bibliográficas que tratan el problema en concreto, existiendo mayor referencia en bibliografía extranjera, empero dicha bibliografía está más enfocada a delimitar el marco en el que giran cada modelo de atribución de responsabilidad penal hacia entes colectivos, no existiendo un análisis más profundo en cuanto a la pertinencia o no de aplicar cada tipo de modelo en una determinada realidad social, ni existiendo un estudio sobre el grado de éxito o no que haya tenido algún determinado sistema jurídico y que haya asumido cualesquiera de los modelos establecidos jurisprudencialmente en el derecho comparado.

El diseño metodológico usado en cuanto al tipo de investigación ha sido básico y con enfoque cualitativo porque sólo busca ampliar y profundizar el caudal de conocimientos científicos existentes acerca de la realidad analizando las teorías científicas planteadas, el método científico usado es el método dogmático, y la presente investigación es no experimental y transversal, es no experimental porque no se manipula ninguna variable con algún experimento, es transversal porque la toma de datos se ha recogido en un lapso específico de tiempo.

Así mismo la presente investigación se ha sostenido en los principios dictados por la ética, respetándose la propiedad intelectual, tomándose en cuenta todos los aspectos establecidos y regulados en el Decreto Legislativo N° 823 (Ley de Propiedad Intelectual), Decreto Legislativo N° 822 (Ley Sobre Derechos de Autor) así como otras normas de similar índole de nuestra legislación.

Es por ello que en el primer capítulo denominado marco teórico se ha hecho un análisis sobre cómo se ha concebido al ente organizativo desde su creación en el derecho romano, pasando a través de las aportaciones clásicas de notables juristas en el medio evo y la edad contemporánea como Sinibaldo dei Fieschi, Savigny, Brinz, Becker, Ihering, Gierke y Kelsen, quienes fijaron conceptos fundamentales como la capacidad de subjetividad y la personalidad jurídica que estos entes poseen, hasta llegar a las discusiones más actuales que giran en torno a la capacidad de acción y culpabilidad que pueden llegar a tener dichos entes.

Discusiones que han dado a luz a los cuatro modelos de imputación penal de entes organizativos establecidos en la dogmática comparada: el modelo de imputación penal a entes colectivos que no poseen culpabilidad, el modelo de imputación penal basado en la personalidad organizativa: *the Vicarius Liability*, el modelo de imputación penal basado en el hecho de referencia como conector en entes colectivos que no poseen culpabilidad (heterorresponsabilidad) y el modelo de imputación penal basado en el hecho de referencia como conector y culpabilidad propia de entes colectivos (autorresponsabilidad), estudiando las necesidades de índole político-criminal, normativo y de aplicación real del reconocimiento de cada una de ellas.

En el segundo capítulo se ha aplicado los conocimientos estudiados anteriormente de cara a la realidad peruana desde sus primeras concepciones en el Código Penal de Santa Cruz de 1836, las regulaciones establecidas en el Código Penal de 1991 en sus artículos 104°, 105° y 105°-A, el acuerdo plenario 07-2009/CJ-116, hasta llegar a la Ley N° 3054 y el Decreto Legislativo N° 1352, centrándose el

análisis principalmente a partir de la entrada en vigencia del Código Penal de 1991, poniendo en evidencia la existencia de dos sistemas de imputación penal de autorresponsabilidad y de heterorresponsabilidad paralelamente que generan inestabilidad jurídica sobre todo si tomamos en cuenta el protagonismo del ente organizativo en los últimos años como agente potencial de dañosidad social.

Así mismo se hace un análisis de la ineficacia para hacer frente a este problema de la teoría del delito actual ya que tiene como único autor principal a la persona natural, planteándose la necesidad de crear una nueva teoría del delito donde se reformulen conceptos como acción y culpabilidad enfocándolos no únicamente desde una perspectiva psicológica-naturalista si no desde un punto de vista de la epistemología y la sociología, finalmente se analiza estos problemas mencionados desde el punto de vista del principio de legalidad y se determina su afectación al mismo.

Posteriormente en el tercer capítulo se ha expuesto la hipótesis general y específicas que han dado lugar al presente trabajo. En el cuarto capítulo se ha establecido y se ha expuesto la metodología que se ha usado para el análisis del tema en cuestión.

En el capítulo quinto se han determinado las conclusiones finales a las que me permitieron llegar el presente trabajo de investigación para finalmente haber establecido las recomendaciones y lineamientos pertinentes necesarios a tomar en cuenta a fin establecer un sistema de imputación penal único y efectivo para organizaciones empresariales.

Este esquema permite analizar la estructura de la imputación a entes organizativos como sujeto activo de un delito, desarrollando posiciones dogmáticas que apoyan la necesidad de la intervención del derecho penal para regular las conductas de los entes organizativos teniendo en cuenta la preponderancia como agente que ha logrado tener en el desarrollo social diario.

CAPITULO I: MARCO TEÓRICO

1.1 Antecedentes de la investigación

El profesor Iván Fabio Meini Méndez en su tesis “La responsabilidad penal de los entes organizativos” realizada en la pontifica Universidad Católica del Perú analiza la vigencia de la misma en torno a la importancia que cobra la participación de entes organizativos en el mercado de intercambio de bienes y servicios que se rige por los mandatos de la oferta y la demanda, así como el tratamiento que se le ha venido dando en el derecho penal económico.

Parte de un diagnóstico dogmático íntegro de las consecuencias accesorias reguladas en el art. 105° del código penal cuestionando si cumplen su fin de neutralizar (o por lo menos reducen) las condiciones que permiten o facilitan la comisión de determinados actos ilícitos causados por un individuo en beneficio de un ente organizativo, para luego analizar el principio *societas delinquere non potest* en el ordenamiento jurídico peruano y finalmente centrar la discusión principal en si se puede, merece y sobre todo si es necesario responsabilizar penalmente a un ente organizativo.

Concluyendo que, en nuestro sistema jurídico, dada la plena vigencia del principio *societas delinquere non potest* y al no existir precepto alguno que proclame la responsabilidad penal de entes colectivos a fin de que haya una aplicación coherente de este sistema, no se puede hablar de una imputación penal para entes organizativos.

Además, que el código penal de 1991 ha fijado ya reacciones contra los entes colectivos bajo el *nomen iuris* “consecuencias accesorias”, por lo que quedaría descartada (desde un plano formal) la responsabilidad penal a estos entes.

Por otra parte para este jurista no cabe la sanción penal a entes colectivos toda vez que esta sanción siempre ha de recaer sobre alguien o algo que haya podido ser motivado por las normas, y por lo tanto, comportarse de una manera diferente a la que origino la imposición de la sanción, pues las decisiones y acuerdos tomados en el seno de una empresa son adoptados por

los individuos que la componen, resultando contradictorio imponer una sanción penal a una empresa si esta no ha tenido la posibilidad de actuar de otra manera, puesto que dogmáticamente no tienen capacidad de acción y por ende tampoco de culpabilidad.

Desde una perspectiva opuesta, la tesis realizada por la abogada Carolina Rodríguez Castro titulada: “La introducción de la responsabilidad penal de entes organizativos en la informalidad financiera” en la maestría de derecho penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, analiza los cuestionamientos que ha traído consigo el debatir la introducción de la responsabilidad penal de los entes organizativos en el ordenamiento jurídico nacional y como desemboco en la promulgación de la Ley N° 30424 que regula la responsabilidad administrativa de los entes organizativos.

Así mismo critica el escaso desarrollo de en la dogmática nacional para tratar el ingreso de este nuevo tipo de responsabilidad y delimitar el ámbito real de aplicación de la ley N° 30424, mostrando de esta manera los distintos escenarios que pueden llegar a configurarse a raíz de la participación de un ente colectivo en la comisión de un ilícito, usando para ello a la informalidad financiera como el ámbito concreto de análisis; lo que le permitió a la tesista hacer diferencias entre el tratamiento que se debe seguir contra aquellos entes organizativos constituidos con el único fin de delinquir, de aquellas otras que han sido creadas bajo la concepción de operar fiel y legalmente en el mercado.

Análisis que le permitió establecer como eje central de la investigación las condiciones a observarse en los entes organizativos a fin de ser calificadas como sujetos informales y la capacidad de estos de responder penalmente en virtud de la aplicación de la ley N° 30424 que, aunque lleva el título de responsabilidad administrativa de entes organizativos, en el fondo esta ley es de esencia penal.

Llegando a la conclusión que al ser los entes colectivos los únicos sujetos con capacidad plena de llevar a cabo acciones como intermediarios financieros, estas tendrán que responder directamente por los requisitos de autorización solicitados por la SBS y AFP, así mismo la actual tipificación del delito de instituciones financieras ilegales está concebido para sancionar penalmente a las personas naturales que realizan prácticas financieras informales (directivos o gerentes) que, a título propio, se han apropiado del dinero del público sin contar con una autorización de la SBS y AFP; dejando fuera de sus márgenes de punición a los entes colectivos.

Así mismo la plena capacidad que les reconoce la normatividad administrativa a los entes organizativos para actuar como intermediarios financieros debe ser trasladada al ámbito penal mediante de la introducción de la responsabilidad penal de entes organizativos para el delito de instituciones financieras ilegales.

En la misma línea de investigación el abogado Bonifacio Meneses Gonzales presento la tesis titulada “la responsabilidad penal de los entes

organizativos en el derecho penal peruano” en la maestría de derecho penal de la Universidad San Martín de Porres, en la cual se analiza la polémica sobre la institucionalización de la responsabilidad de entes colectivos en el derecho penal.

Parte de hacer un análisis estructurado sobre la problemática doctrinaria de reconocer responsabilidad penal a entes organizativos tomando como base las posturas dogmáticas del derecho comparado a favor y en contra para tratar la problemática principal acerca de si es posible fundamentar en el derecho peruano la responsabilidad penal empresarial o si estamos condenados a seguir bajo el yugo de una irresponsabilidad empresarial a razón de la vigencia del principio *societas delinquere non potest*.

Concluyendo que es necesario hacer un cambio en la normatividad nacional y en la teoría del delito, para esto se debe instaurar una equivalencia normativa entre la persona natural y los entes colectivos a fin de construir satisfactoriamente un concepto de culpabilidad empresarial, teniendo como base dos fundamentos:

1. La fidelidad del derecho como condición de la vigencia de la norma, y
2. La igualdad objetivada entre las personas y la posibilidad de cuestionar a nivel jurídico la norma participando en la producción común de sentido.

Es necesario precisar que pese a haber hecho una búsqueda exhaustiva sobre trabajos de investigación (tesis) que hayan sido sustentadas en las

principales universidades de nuestro país relacionadas con el tema aquí investigado, únicamente he encontrado como referencias las tesis expuestas líneas arriba.

1.2 Marco histórico

1.2.1 El ente organizativo en el derecho romano

Las primeras concepciones formales que se tiene en cuanto a los entes organizativos como un ente dotado de subjetividad provienen desde los orígenes del derecho romano, no obstante, la noción doctrinaria de ente organizativo en sí, tiene su génesis en el derecho romano post-clásico en el código hermogeniano² que establecía la máxima *hominum causa omne ius constitutum est* para puntualizar que todo lo concerniente al mundo del derecho se ha creado por causa de los hombres; de lo que se puede afirmar *a priori* que, desde estas fuentes muy originarias ya se concebía a los intereses del ser humano, sean personales o colectivos, como el destinatario final de las normas.

Los romanos nunca construyeron una teoría general de las personas y mucho menos la concibieron como hoy en día se lo hace, no obstante, llegaron a reconocer dos categorías de personas: primero estaban las personas físicas, o

² Compilación jurídica realizada por el notable jurista Hermógenes a fines del siglo III D.C, quien tomo como base los fundamentos establecido por Gayo un siglo antes en sus célebres *Institutas*, quien a su vez había enmarcado a la persona como el eje central y básico en torno al cual gira el derecho, teoría que tuvo gran acogida en el humanismo renacentista a inicios del siglo XV.

sea el ser humano, pero no todo ser humano tenía el estatus de sujeto de derecho, dado que para que sea reconocido como tal se le exigía por ley: ser ciudadano romano (*status civitatis*), ser libre (*status libertatis*) y ser jefe de familia (*status familiae*)³ solo estos tres requisitos le conferían a la persona física de total capacidad jurídica (*caput*); y en segundo lugar estaban los complejos personales o complejos patrimoniales (llamadas también organizaciones humanas) a quienes también se les asignaba el estatus de sujeto de derecho dotados de cierto grado de subjetividad, un claro ejemplo a mencionar era cuando el titular de una determinada cantidad de bienes fallecía y era necesario que alguien más las administre, naciendo de esta manera como producto de esta preocupación por parte del Estado la “herencia yacente” (*personae vice fungitur, personae vicem sustinet*).

Hasta el periodo clásico del derecho romano esta capacidad jurídica que se les reconocía a estas organizaciones humanas (entidades patrimoniales) no contaban con atributos de la personalidad alguna, es con el surgimiento del derecho bizantino que esta concepción tiene una primera evolución significativa

³ Respecto a estas exigencias, es necesario hacer algunas precisiones, en cuanto al *status civitatis* se podía distinguir entre los ciudadanos romanos, quienes eran el centro de las *civitas* y como tales gozaban de los derechos de *Ius connubii*, *Ius testamentifatio*, *Ius actiones*, *Ius commercii*; y los ciudadanos no romanos o extranjeros, quienes convivían con el pueblo romano, pero continuaban manteniendo su propio derecho. En cuanto al *status libertatis* se podía diferenciar entre personas libres, quienes a su vez se clasificaban en: el *ingenuo* referidas a las personas que nacieron libres, y el *libertato* referidas a las personas que en determinado momento adquirieron la libertad (conformados por esclavos manumitidos); y los esclavos quienes no eran considerados como personas, si no como cosas que integraban el patrimonio que poseía una persona libre, no obstante, se les reconocía condición humana. En cuanto al *status familiae* solo los hombres podía convertirse en *pater familias*, las mujeres podían llegar a ser *siu iuris*, pero jamás *pater familias*, generalmente tenían la condición de *alieni iuris* al igual que los otros integrantes de la familia.

y se les empieza a dotar de capacidad jurídica, estableciéndose ya para ese momento dos clases de entes organizativos:

- a) **Las *universitas personarum*** el ejemplo más claro de esta clase entes colectivos eran las asociaciones o llamadas también corporaciones, que estaban compuestas por un conjunto de personas naturales con un fin determinado, como prototipo más clásico por excelencia en esta categoría estaba el Estado (*populus romanus*) a quien se le reconocía derechos y obligaciones, poseedor de patrimonio propio⁴ (*aerarium populi romani*) con capacidad jurídica soberana sobre los *libertos*.

Es en base a esta figura que se edificaron otras entidades como las *coloniae* y los *municipia*, no obstante cuando se concibieron como sub-variaciones de las *universitas personarum* en la época de la república romana, por razones técnico-políticas tuvieron una capacidad patrimonial muy limitada, revirtiéndose por completo esta restricción en el periodo imperial a inicios del año 27 a.c.; otro ejemplo clásico de *universitas personarum* eran las corporaciones⁵ quienes tenían que estar constituidas como mínimo por tres personas que recibían la denominación de *socii* o *sodales*, además de contar con un estatuto establecido, órganos

⁴ He incluso dentro de la capacidad que poseía por ley, podía adquirir patrimonio a través de testamento

⁵ Llamadas también *sodalicias*, *collegias* o *societas*, esta forma de asociación es de las más antiguas en cuanto a reconocimiento legal, se hacía mención a su existencia desde la ley de las XII tablas, no obstante, la autonomía de los individuos que las componían en cuanto al ente colectivo en si se estableció recién en los albores del derecho clásico

directivos instituidos y un patrimonio autónomo e independiente de los individuos que las conformaban.

Es a partir de que se decretó la *lex lulia de collegiis*⁶ que se empezó a exigir, además de los requisitos ya mencionados, la autorización estatal (que podía ser otorgada por el emperador o el senado) como elemento obligatorio para la constitución y legal reconocimiento de estos entes colectivos. La entidad de mayor relevancia y que despertaron mayor interés para los tratadistas de derecho romano más connotados como Ernest Kornemann, o Theodor Mommsen, fueron los Municipios que fue un sistema adoptado principalmente para ser aplicado en las ciudades que eran conquistadas y que a pesar de estar bajo subordinación mantenían cierto grado de autonomía, estas entidades se dividían en tres categorías

- i. **Los *municipia foederata*** constituidos por las ciudades libres que decidían unirse al imperio romano de forma voluntaria a través de la celebración de tratados o alianzas, manteniendo su organización política interna, pero siempre bajo el mando del emperador romano, además que sus habitantes poseían ciertas

⁶ No existe un acuerdo unánime entre los autores de quien dio y cuando entro realmente en vigencia esta ley, sin embargo, la mayoría de académicos se la atribuyen al emperador Augusto y establecen como fecha de su promulgación al año 7 d.c.

gracias como la no obligación de servir en el ejército romano, más si en un ejército accesorio propio de cada ciudad.

- ii. **Los *municipia socii*** formados por los pueblos más contiguos a Roma, de igual origen, sus habitantes gozaban de la plenitud de derechos establecidas en las leyes para los ciudadanos romanos.

- iii. **Los *municipia coerita*** compuestos por las ciudades que eran subordinadas por el poderío militar de Roma, a estas ciudades el imperio romano solo les dejaba la administración de asuntos que no tenían mayor relevancia política o económicamente para los intereses de Roma. (QUINTANA ROLDAN, 2001: p. 33).

Empero pese a que estas entidades colectivas no presentaban una uniformidad continua, presentaban característica en común y tratamiento singular establecidas en la ley para determinados casos, por ejemplo, se había establecido que si los administradores (*Decuriones*) presentaban algún desbalance patrimonial producto de un lucro obtenido ilegítimamente, solo era posible reclamar esta conducta a los mismos administradores, negando absolutamente la responsabilidad por hecho propio de los municipios:

“Más se duda si se dará la acción de dolo contra los municipios; y juzgo que no se puede dar por su dolo; ¿Por qué dolo pueden cometer los municipios? Pero en el caso que les haya resultado algún interés por el dolo de los que administran sus caudales, juzgo que no ha de dar. Por el dolo de los Decuriones se dará la acción contra ellos” (ULPIANO, citado por JUSTINIANO, 1872: P. 169)

- b) **Las *universitas rerum*** las clásicas organizaciones humanas en esta clasificación eran las fundaciones⁷ entendidas como personificaciones de un patrimonio destinado a un fin en concreto, tuvieron su origen conjuntamente con el derecho imperial y alcanzaron su mayor apogeo durante el derecho justiniano al reconocérseles capacidad jurídica autónoma, derecho a heredar por testamento, etc.... Otro claro ejemplo de *universitas rerum* era el *fiscus* que desde su concepción fue entendida como el conjunto de bienes que se encontraban circunscritos al patrimonio imperial, hasta el inicio de la era denominada: del bajo imperio romano⁸ en donde empezó a ser concebido de una manera distinta, entendido ya como una persona civil, con determinados derechos y obligaciones, autonomía y personalidad jurídica propia y sobre todo se consideraba que la conformaba el patrimonio total del Estado.

⁷ Fueron constituidas en su mayoría bajo la denominación de instituciones benéficas.

⁸ Marcado por el ascenso al poder del emperador Diocleciano en el año 284 y que significó el fin de la tiranía sembrada por la dinastía de los Severos en donde hubo un deterioro significativo de las instituciones del Estado.

Los romanos no hicieron una distinción minuciosa entre los entes de naturaleza pública y de naturaleza privada, es más “las agrupaciones humanas de naturaleza eminentemente privadas eran muy pocas en comparación con las de naturaleza pública” (IGLESIAS, 1972: p. 471), dado que para la lógica romana antes de hacer una diferenciación meticulosa entre el tipo de naturaleza que podían llegar a tener cada asociación, estaba la de superar los dogmas que se tenía en cuanto al individuo y hacer extensiva la aplicación, en la medida que sea posible, de sus principios hacia los entes colectivos.

No obstante la mayor controversia que se ha generado hasta ahora entre los eruditos del derecho romano está referida a la definición en concreto que concibieron los propios romanos para el ente organizativo y desde que momento la concibieron como tal; para Arangio Ruiz “La persona jurídica en roma es el resultado de un proceso de abstracción, el fruto de una evolución continua que dio lugar a dos fenómenos, el primero de ellos las corporaciones (de notoria trascendencia) y en segundo lugar las fundaciones (de tenue y delicada envergadura que solo las más sutiles investigaciones las has sacado a la luz en su máxima expresión), no obstante de cualesquiera que estemos hablando, tenían capacidad jurídica reconocida, autonomía patrimonial y derechos y obligaciones adquiridos diferentes al de los individuos que las componían,

alcanzando de esta manera cierto grado de subjetividad” (Cf. ARANGIO-RUIZ, 1986: p. 77-100)⁹.

Posición contraria es la de DiPietro y Lapieza quienes sostienen que “la concepción de persona jurídica en si es una construcción muy elaborada que nace a partir del siglo XX, en Roma una idea tan elaborada nunca alcanzo a existir, no obstante si aparecen criterios muy primigenios donde no cabe hablar sobre el grado de subjetividad que pudieron o no haber poseído estos entes” (Cf. DI PIETRO y LAPIEZA, 1985: p. 82-91)

En mi opinión la posición asumida por DiPietro y Lapieza es errada, toda vez que si bien es cierto los romanos no idearon al ente organizativo con la amplitud y magnitud que se la concibe hoy día, entendieron que para que el ser humano pueda desarrollarse en su máxima amplitud en la sociedad, no bastaba con reconocerle derechos y obligaciones como individuo, sino que también había que reconocérselos a las organizaciones humanas que estos conformaban, dado que al existir fines que el individuo por sí solo no puede alcanzar siempre se va a ver en la necesidad de agruparse, extendiendo de esta manera el reconocimiento legal al ente organizativo y dotándola también de un grado de subjetividad, prueba de ello es que el legislador romano le reconoció las siguientes facultas a los entes jurídicos:

⁹ Este criterio es compartido por Luis Rodolfo Argüello, Eugene Joseph Petit, Juan Iglesias, entre otros.

- a) Los bienes propiedad de las asociaciones bajo ningún supuesto se hallan en copropiedad con los individuos que integran a la misma.
- b) La asociación perdura con individualidad propia, independiente de los individuos que la conforman, aunque estos se vean reducidos a una sola persona.
- c) Las deudas que adquiriera la asociación son propias, independientes de los individuos que la conforman. (IGLESIAS, 1972: p. 102)

De la misma forma Albertario señala que “los primeros registros del concepto de ente organizativo datan desde el periodo del derecho clásico, puesto que el Digesto es solo una extrapolación de los juristas que precedieron a esta época y dado que aquí se reconocen la mayoría de entes colectivos, el concepto de los mismos nacieron realmente en el derecho romano clásico” (ALBERTARIO citado por VACCA, 1989: p. 62), sin embargo Volterra sostiene que esto no era así, “que para el derecho romano clásico el único sujeto capaz de predicar derechos y obligaciones era el ser humano y que las entidades que nacieron producto de la organización corporativa de los individuos, fueron solo para facilitar su accionar, no obstante no responden jurídicamente al concepto de ente colectivo, como si lo hace durante el derecho romano post-clásico, donde se les empieza a reconocer personalidad jurídica y autonomía a estos entes colectivos” (VOLTERRA, 1986: p. 472), posición que es compartida para la presente tesis.

1.2.2. El ente organizativo en el derecho medieval

En la edad media, la evolución de derecho en cuanto a los entes organizativos se refiere, se dio con mayor énfasis en el derecho canónico, quienes continuando con las instituciones creadas por el derecho romano¹⁰, identificaron la individualidad de las asociaciones humanas y la naturaleza ficta que poseían, empero debido a la gran expansión que tenía el Sacro Imperio Germánico, los problemas no tardaron en aparecer, dado que al coexistir diferentes clases de derecho dentro de la jurisdicción del imperio eran frecuentes los casos donde los individuos o las asociaciones que estos conformaban y que estaban establecidos en una determinada ciudad, iban a otra a requerir a los tribunales que resuelvan las controversias de circunstancias jurídicas creadas por ordenamientos jurídicos diferentes a los reconocidos por ese tribunal.

De esta manera a fin de plantear una solución que actúe como remedio general *Accursius*¹¹ en las glosas del tratado de *Summa Trinitate*, propuso que previo a determinar el grado de validez de las leyes que regían en cada ciudad con relación a la de las otras ciudades, se tenía que determinar la trascendencia que estas normativas podrían tener con relación al derecho común en general,

¹⁰ El Sacro Imperio Germánico continuo con el legado jurídico que habían heredado de Roma y lo estableció como derecho general común, si bien es cierto nunca hubo un reconocimiento de vigencia de este derecho de forma explícita, si hubo manifestaciones que permitían llegar a esta conclusión como cuando el emperador Maximiliano de Habsburgo en 1495 ordenó a la Cámara Tribunal del Reich (*Reichskammergericht*) la aplicación del Derecho Romano para determinados casos, no obstante en la mayoría de supuestos se aplicaba el derecho nacional de los países que integraban el imperio.

¹¹ Notable jurista italiano reconocido por organizar las glosas de Justiniano.

sin embargo los juristas de la época (llamados post-glosadores) notaron que el problema no se resolvía con la solución planteada por Accursius, puesto que en algunas ciudades, sus estatutos no permitían la aplicación de tal lógica, toda vez que el derecho común había sido derogado tácitamente en cuanto se refiriera a las personas (sean naturales o jurídicas) a quienes la normatividad local gobernaba, y mucho menos se podía aplicar el derecho de otras localidades, en tanto que se trataban de leyes de aplicación excepcional, por lo que solo era posible su aplicación a los casos que estén expresamente previstos en estas.

De otro modo existían ciudades donde su normatividad interna consentía una derogación del derecho romano común referente únicamente a los bienes que se encuentren dentro de esta ciudad, por lo que solo en estos casos era factible plantear la solución de Accursius.

Por su parte algunos post-glosadores renombrados como Pierre de Billaperche (quien instauró por primera vez una división clara entre estatutos de carácter personal y estatutos de carácter real), Alberico da Rosciate (quien tuvo una connotada referencia a los intestados y sus actos procesales), Baldo Degli Ubaldi y Bártolo de Sassoferrato (de quienes sus estudios fueron considerados brillantes y avanzados para la época, a tal punto de que fueron reconocidas como leyes posteriormente en España mediante ordenanza real de 1499) siguiendo un método causista fijaron la posible solución en la naturaleza propia de cada estatuto, estableciendo que en los casos que las normativas de cada ciudad se refieran paralelamente a personas y bienes, era necesario primero determinar si

la disposición primigenia fue dada en relación a la persona o a sus bienes, predominando siempre la persona sobre las cosas, en los casos que no sea así se podía aplicar las soluciones planteadas anteriormente.

Además, plantearon el antagonismo entre la personalidad del ente jurídico con la de los individuos que la conformaban, reconociendo de esta manera expresamente a las *universitas* como entes ficticios con subjetividad y es sobre este concepto corporativista que se adopta a partir de ese momento una nueva concepción sobre la forma de creación de entes netamente canónicos como monasterios he iglesias.

Es importante recalcar también que es en esta época que se empieza a concebir que los entes organizativos podían llegar a tener una responsabilidad penal por hecho ajeno, circunscrito a la responsabilidad penal que pudieron llegar a tener los miembros que la componían, cuyo castigo era, en el caso de los entes colectivos civiles, la detención y pérdida de libertad de los individuos que las conformaban y la extinción del ente organizativo.

En el caso de los entes canónicos solo estaba establecida la excomunión como sanción, siendo así que en el siglo XVIII Sinibaldo dei Fieschi, mejor conocido como el Papa Inocencio IV, quien era profesor de derecho en la universidad de Bolonia, advierte problemas en estas sanciones catalogadas; partiendo del sustento de que las *universitas* no pueden delinquir y por ende no pueden ser castigadas penalmente y mucho menos, en el ámbito eclesiástico pueden ser excomulgadas, ya que esta sanción solo se puede aplicar

materialmente a los individuos, creando de esta manera su famosa locución *societas delinquere non potest*.

No obstante cuando Inocencio IV concibió esta locución, no la hizo con el sentido que hoy se la conoce, “El propósito real que tuvo este canonista, no fue en ningún momento, el de construir una doctrina abstracta con relación a la naturaleza propia de los entes organizativos, si no, únicamente el de acotar una solución que sirva de remedio general y sea de aplicación práctica para los hechos que se venían suscitando en ese momento, y que permitiera respetar los derechos de los entes colectivos y sus integrantes” (MARTINEZ BLANCO, 1995: p. 165).

Plasmando esta teoría en el XIII concilio ecuménico¹² donde además se deja sentado lo que Sinibaldo dei Fieschi propuso como concepto de ente organizativo, llamándola persona ficta; concepto que desplazó a las *universitas*; otro gran aporte que hizo es en cuanto a la capacidad criminal de los entes fictos, hasta antes de Sinibaldo dei Fieschi no se había considerado siquiera la posibilidad de que los entes organizativos posean capacidad delictiva activa o pasiva con relación al análisis de la conducta criminal¹³.

Siendo así que este canonista medieval empieza a concebir al ente organizativo también desde esta perspectiva, estableciendo que “si la acto

¹² O llamado también el primer Concilio de Lyon, celebrado en tres sesiones entre el 27 de junio al 17 de julio de 1245, fue convocado por el Papa Inocencio IV, donde además de fijar nuevos criterios jurídicos para los entes colectivos, se buscó destituir al rey Federico II Hohenstaufen y excomulgar al rey Sancho II de Portugal, dando inicio para tales fines a la Séptima Cruzada.

¹³ De ahí que naciera el principio *impossibile est quod universitas delinquere*.

ilegítimo realizado por el administrador se había llevado a cabo a solicitud de los miembros que la integraban, se admitía responsabilidad de los entes fictos” (Cf. PANIZO ORALLO, 1975: p. 112-120), sin embargo el propósito real de esta doctrina era el impedir que las sanciones recaídas sobre las corporaciones que se sublevaban en contra de los interés del emperador o del Papa afectara a algunos miembros en particular, independientemente de si eran culpables o no. Siendo así que “de la lectura de la doctrina canónica medieval desarrollada se puede afirmar a *priori* que estos canonistas fueron los progenitores espirituales de lo que modernamente se entiende como persona jurídica” (BINDER, 1907: p. 3), formándose de esta manera por primera vez una teoría propia y autónoma del ente organizativo.

1.2.3 El ente organizativo en la edad contemporánea y el inicio del Positivismo jurídico.

Las posiciones fijadas por Inocencio IV sirvieron como base para que cinco siglos después se diera el siguiente avance significativo en cuanto a la evolución del concepto de ente organizativo se refiere, de la mano de Friederich Karl Von Savigny y Otto Von Gierke como máximos representantes del positivismo jurídico.

1.2.3.1 Savigny y el nacimiento de la teoría de la Ficción Legal

Savigny, fue el pionero en la era contemporánea en crear una teoría sobre los entes organizativos de dimensiones bastas y completas, basada en la ideología jurídica romana y los fundamentos instaurados siglos atrás por Sinibaldo dei Fieschi, a la cual llamo “teoría de la ficción” y que tuvo muchos adeptos de notable trascendencia en la época.

Esta teoría conceptualizó a los entes colectivos como consecuencias de artificios elaborados que la ley se veía en la imperiosa necesidad de concebir por motivos de conveniencia, dado que se tenía que reconocer una existencia “artificial” a entes como el Estado y así legitimar el ejercicio de potestades como el *ius puniendi*, formándose de esta manera una “ficción”, cuyo concepto subsumía una serie de ideas totalmente distintas a la noción de personalidad que es inherente al ser humano, y que en opinión de este jurista, era la única y verdadera doctrina que contenía la esencia del derecho en sí.

Es por ello que concibe a los entes colectivos como “creaciones fictas” de artificiosa capacidad y a las cuales divide en dos grupos:

- a) los entes organizativos de existencia necesaria siendo el ejemplo clásico en esta categoría el Estado y
- b) los entes organizativos de existencia posible caracterizadas por que se encuentran bajo la subordinación y aprobación de

los entes organizativos de existencia necesaria, un ejemplo clásico de ellas son las corporaciones y fundaciones.

Savigny al momento de conceptualizar esta teoría, en un primer momento intento mostrar una tenue pero bien marcada posición científica de adhesión entre los fundamentos del derecho positivo con los fundamentos del derecho natural, empero a medida que iba avanzando su investigación fue limitando gradualmente los alcances de ambas corrientes y posteriormente aislando al derecho natural por considerar inadecuado su valor operativo sin llegar a la total negación esencial de los fundamentos que dieron origen al mismo, dándole de esta manera, una mayor supremacía al derecho positivo, puesto que para el razonamiento de este jurista, el derecho positivo estaba dotado históricamente de una autosuficiencia y autonomía ya consolidada que no poseía el derecho natural, partiendo desde un análisis de acoplamiento entre el método sistemático y el método histórico que vendrían a formar lo que él llamaba una “unidad ideal”.

En un segundo momento Savigny concatena esta “unidad ideal” con los fundamentos políticos y filosóficos de la época, que estuvieron marcados por una amplia influencia del desarrollo del método científico

en el mundo del derecho, dando nacimiento en 1840 a su obra: “El Sistema del Derecho Romano Actual”¹⁴.

Sin embargo, aunque esta obra generó mucha fascinación entre los juristas alemanes de este período, lo que le permitió a Savigny aumentar su número de discípulos, también surgieron fuertes detractores que criticaron duramente su obra, siendo el más notable de todos Anton Friederich Justus Thibaut¹⁵.

Polémica doctrinal que se materializó con mayor intensidad en la reforma del Código Civil alemán, donde Thibaut manifestaba que el mejor camino a seguir para Alemania era el establecer un Código Civil codificado y moderno, en su exposición de motivos sostenía firmemente ser “un ferviente aliado de la madre patria” y explicaba haber sido convocado por “personas respetables en extremo” para trabajar un tema del que ya hacía tiempo se había ocupado.

Efectivamente había hecho una amplia crítica a los que planteaban la derogación y proscripción del Código de Napoleón que regía hasta ese

¹⁴ Obra considerada una de las más importantes de la escuela histórica y que aportó en gran medida a la pandectística alemana, ofreciendo reflexiones importantes e innovadoras para la época sobre el derecho.

¹⁵ Destacado jurista alemán, fue profesor principal de la Universidad de Jena y de la Universidad de Heidelberg en derecho civil, su principal obra: *The systems des Pandektenrechts*, publicada en 1803, fue el primer compendio moderno que trató de manera meticulosa la influencia del derecho romano y del derecho canónico en Alemania, además de ser uno de los críticos de la teoría del derecho penal formulada por Feuerbach.

momento en tierras alemanas y la creación de un nuevo derecho civil diferente al derecho civil francés; y aunque él nunca fue un defensor acérrimo de dicho cuerpo legal, tenía un postura equilibrada donde planteaba la elaboración de un código propio elaborado por alemanes y para Alemania, pero con las bases del Código Napoleónico, que pudiera unificar no solo jurídicamente si no también políticamente a su nación, poniendo fin, de esta manera, a la “confusión” que, según este jurista, se gestaba entre las fuentes del derecho.

Por otro lado, estaba la postura de Savigny quien sostenía que la posición fijada por Thibaut debía examinarse con extremo cuidado y analizarse desde una doble perspectiva histórica, de un lado estaba la noción del progreso que venía predicando por todo Europa la Ilustración Francesa de la mano de Auguste Comte, la cual sostenía que en todo el continente existía un afán desmesurado por la estructuralización y el organizacionismo jurídico, dejando de lado la pasión por alcanzar el reconocimiento y la gloria que tanto caracterizo a la evolución natural de la sociedad y sus sistemas jurídicos, quedando en su lugar un convencimiento excesivo en el que se profesaba que la sociedad y su sistema jurídico-político estaba destinada a alcanzar la perfección.

En otro orden de ideas, estaba la acepción histórica que se le había dado al legalismo, el cual establecía que todo derecho positivo tiene su génesis en las leyes y es en virtud de esta que el derecho como ciencia

y las legislaciones que forman parte de su estructura están contenidas de conceptos mudables y circunstanciales.

De esta manera Savigny ratificaba el valor que supone el derecho como ciencia jurídica y de lo que él consideraba se debía tomar como base para la elaboración del Código Civil alemán: el derecho romano originario y el Código Napoleónico, este punto fue el más álgido en el debate suscitado, toda vez que Thibaut tenía fuertes críticas hacia el derecho romano haciendo especial mención en que este, tal y como se conceptualizaba en la idiosincrasia europea por ese entonces, no era el derecho planteado por Justiniano, si no la interpretación que se le dio al Corpus Iuris Civilis en el medioevo, lleno de glosas, siendo su principal argumento que el adoptar este derecho como base supondría la intromisión de un derecho extranjero y que bajo este supuesto sería menos gravoso para el interés del pueblo alemán quedarse con el Código Napoleónico.

Por su parte Savigny compartía la crítica hecha al derecho romano por Thiabut, pero en un sentido opuesto, él consideraba que era necesario volver a los orígenes puesto que los glosadores y post-glosadores habían desfigurado al derecho romano, siendo sumamente necesario realizar un enorme esfuerzo para reconfigurar estas bases y volver al auténtico derecho Justiniano y en base a esto poder trabajar un

Código Civil para Alemania, para Thiabut este esfuerzo era totalmente inútil y equivocado, puesto que este derecho estaba totalmente desfasado, controversia que al final gana Savigny.

A raíz de esto se produjo un segundo momento en el pensamiento de Savigny, algunos autores lo denominan “evolución”, mas no comparto esa opinión puesto que en un tercer momento su pensamiento se asemejaría más al primero como más adelante se verá, en este segundo momento Savigny deja evidenciado su rechazo a las teorías y metodologías planteada por la escuela de Marburgo y sostiene firmemente que el derecho es en su núcleo derecho positivo puro, adoptando de esta manera una posición absolutamente anti naturalista extrema.

En este mismo sentido, para este jurista, la codificación no es más que un conjunto de lineamientos intelectuales con matices políticos, poniendo como ejemplo a Francia que, según sostenía Savigny, la existencia de un Código había significado una regresión en los fines que perseguían y que había sido más un símbolo de estandarte para la revolución y por ende nocivo para los intereses de Francia, también se pronunció en cuanto a la corriente filosófica fundada por Rene Descartes: El Racionalismo, en la que destacó la importancia que se le daba a las tradiciones como componente principal de todos sus contenidos,

contraponiéndola al concepto bonapartista que regía en la mayoría de legislaciones como fundamentos políticos en aquella época.

Evidenciando así las fuertes tendencias de tinte político que muchos juristas han sostenido, estaban impresas en las bases de la ideología de la escuela histórica del derecho; las críticas hacia estas posiciones extremista no se hicieron esperar por lo que de alguna manera Savigny se vio obligado a retroceder en las acepciones que predicaba, empezando por afirmar que el derecho en general es el resultado natural de las creencias de la sociedad y de su desarrollo en la historia, reconociendo la intrínseca relación existente entre la dogmática formalista y el derecho natural.

Lo que dio lugar a un tercer momento en el pensamiento filosófico-jurídico de este jurista, y que dio lugar a su máxima obra: El Sistema de Derecho Romano Actual, caracterizada porque vuelve a los orígenes de su pensamiento dándole mayor preponderancia a la investigación histórica y a lo sistemático, o tal como lo define en su libro

“Las razones que dieron lugar a la llamada escuela histórica parecen haber sido erradicadas, la principal tarea que hoy nos debe preocupar es realizar una búsqueda de la verdad sin más pasiones de por medio (...) no se debe perder de vista las unidades jurídicas primitivas que nos han llevado hacia donde

ahora nos encontramos, los dogmáticos estamos en la obligación de preservar y desarrollar las creaciones teóricas y prácticas que hemos heredado, allí donde el equilibrio y la concordancia que debe existir entre teoría y práctica se resquebraja, allí donde la práctica parece transformarse en un procedimiento eminentemente mecánico a causa de un superficial ejercicio en la esencia de la teoría (...) siendo el camino más adecuado a seguir para este ejercicio restablecedor el estudio del derecho romano” (Cf. SAVIGNY, 1878: p. 4-52).

Hace mención también y critica bastante al fracaso del Código prusiano en su intento de darle un tratamiento jurídico a los entes organizativos diferente al que había planteado Sinibaldo dei Fieschi, manifestando que “tomarlo en cuenta sería una influencia nociva de una codificación que estuvo destinada desde su planteamiento al fracaso por aislar a la teoría de la práctica” (Cf. *Ibidem*: p. 240 y ss.), formulando de esta manera su famosa teoría de la ficción.

Si bien es cierto la propuesta hecha por Savigny con esta teoría fue funcionalista y de practica aplicación para la época y creada con el fin de “facilitarles la vida” a los entes colectivos, también lo es que si intentamos dar una respuesta a ¿Cuál es su naturaleza? se generan respuestas difusas y vagas, “puesto que bajo esta concepción solo se está abordando la concepción formal de los entes organizativos”

(SESSAREGO, 1994: p. 42) llevando a excesos dogmáticos al considerar al ser humano individualmente como un todo y a las asociaciones que estos formaban como nada, por lo que, los mayores cuestionamientos que recibió esta teoría formulada por Savigny fue por los fundamentos que uso para crear la misma; críticas que dieron origen a nuevas teorías.

1.2.3.2 Brinz y Bekker y la Teoría de los Derechos sin Sujeto

La primera teoría que tubo acogida y reconocimiento significativo contrapuesta a los fundamentos establecidos en la pandectista alemana por Savigny, fue formulada por Alois Von Brinz en 1860 en la cual sostiene que “la persona natural es la única que posee capacidad jurídica, y que sus creaciones (como por ejemplo el ente organizativo) nunca podrá tener el mismo status jurídico, en consecuencia, únicamente son variantes estructurales especiales del patrimonio de un grupo determinado de personas que persiguen un fin en común” (BRINZ, 1860 : p. 30) por lo que este patrimonio “ya no le pertenece a las personas naturales que integra la sociedad, si no le pertenece al “fin en común” (*Ibidem* : p. 78), en consecuencia se puede afirmar que para este jurista, los entes colectivos eran considerados *res nullius*.

Aunque Brinz con esta teoría pretendía desplazar los dogmas fijados por la teoría de la ficción legal, al igual que Savigny no brindaba

una respuesta completa al problema en sí, dado que, si al ente organizativo se le considera únicamente como una estructura patrimonial de nadie, era contradictorio en sí, toda vez que aun cuando hubiese sido satisfactorio considerar que únicamente se trataba de una finalidad patrimonial en común de las personas naturales que la componían, es innegable que todo patrimonio precisa de un titular de derechos obligatoriamente, dado que es imposible reconocer los derechos que jurídicamente han sido concebidos para personas, a un patrimonio de nadie; y aunque se pretendiera re-conceptualizar y dar un tratamiento jurídico similar de patrimonio al de persona con el fin de encajar en los preceptos jurídicos ya establecidos, tal como lo sugiere Brinz (*Ibidem* : p. 174) resulta de aplicación utópica puesto que es inconcebible pensar en un sujeto de derechos que no cuente con personalidad jurídica.

Por su parte Ernst Immanuel Bekker en 1873 propone una concepción, que en sus fundamentos fue muy similar a la teoría de Alois Von Brinz, en la que sostiene que el conjunto patrimonial formado en una asociación, al no poder reconocérsele personalidad jurídica si es tratado como *res nullius*, se le debe reconocer como sujeto de derecho, en todo caso, el vínculo de representación existente entre los integrantes que la componen y el ente colectivo en sí, traducido en dos supuestos:

- a) **Quien Dispone:** es decir solo puede ser considerado como sujeto de derecho una persona que tenga capacidad de goce,

que integre al ente organizativo y que haya actuado en nombre de y para el beneficio de la misma. Y

- b) Quien Disfruta:** referida directamente al ente organizativo en sí, toda vez que sería esta quien se va a ver beneficiada directamente con las actuaciones realizadas por sus integrantes.

De esta forma Bekker aseguraba al estructurar su tesis que, si el ente colectivo se veía beneficiado con el actuar de los individuos que la integran, estaría actuando como una herramienta teórica revestida por la relación de conexidad existente entre quien dispone y quien disfruta” (*Cf.* BEKKER, 1873: p. 21 - 132) no obstante la tesis de este jurista no responde a si es posible llegar a establecer si el que disfruta puede ser sujeto de derecho sin tener que depender de la voluntad de él que dispone, puesto que se podría dar el supuesto de que tanto el que dispone como el que disfruta pueden llegar a no ser siempre la misma persona, lo que pondría en entre dicho si es necesario que se den las dos circunstancias planteadas en esta teoría para poder establecer al sujeto de la titularidad de derechos del patrimonio.

1.2.3.3 Ihering y la Teoría del Ilícito Objetivo

Rudolf Von Ihering en 1886 propone una teoría novedosa y radical basada en la conceptualización del derecho subjetivo como pieza fundamental, apartándose totalmente de los dogmas fijados por los juristas anteriores; cuestiona principalmente que el significado del derecho en si verse sobre el poder de voluntad, afirmando que “el fundamento del derecho no se encuentra en la voluntad, si no que la voluntad existe gracias al derecho” (IHERING, 1886: p. 332).

Puesto que si se continuaba con la teoría de la voluntad estábamos condenados a lidiar con los problemas irresolubles que esta teoría presentaba como el hecho de que las personas que no tenían voluntad (como los entes organizativos) no podían ser titulares de derechos, No obstante en la realidad era todo lo contrario ya que la única forma de “satisfacer los intereses que estos poseían era a través de la concesión de estos derechos” (*Ibidem.* p. 402).

El núcleo de la teoría de este jurista parte desde la perspectiva que únicamente los individuos pueden ser considerados como sujetos de derecho, por eso busca una respuesta diferente a las planteadas anteriormente y se centra no en el ente organizativo en sí, si no en los individuos que la conforman, y que finalmente son quienes están destinados a disfrutar de los beneficios obtenidos a través de los entes

colectivos que integran, no obstante, este planteamiento es inadecuado, puesto que “el concepto jurídico de disfrutar es relativo y no se puede aplicar como un criterio general, puesto que inmiscuirse en una discusión versada alrededor de este concepto únicamente arrojarían resultados fácticos aplicables en distinto modo para cada caso en concreto” (ZITELMANN, 1873: p. 50).

Pese a que la teoría de este jurista tuvo detractores, es innegable las importantes contribuciones que tuvo, especialmente por la diferenciación que hizo en cuanto a los conceptos de culpabilidad y de lo ilícito, sosteniendo que solo a través de la voluntad humana se pueden cometer ilícitos y haciendo una distinción entre ilícito objetivo e ilícito subjetivo “el ilícito subjetivo es una afectación producida por un derecho culpable, en cambio el ilícito objetivo no lo es” (IHERING, 1886: p.6) diferencia que serviría como fundamento para que tiempo después se desarrollara la teoría del aspecto subjetivo del delito.

1.2.3.4 Gierke y la Teoría de la Personalidad de los entes organizativos

Otto Von Gierke en 1902 propone esta teoría en drástica oposición a la teoría de Savigny y las que se concibieron a partir de esta, afirmando que los entes colectivos podían ser capaces de tener responsabilidad penal, este jurista parte de la concepción romana sobre la personalidad

que posee el individuo añadiéndole la realidad social que se vivía en ese momento, afirmando que los entes colectivos también son personas sociales con similar capacidad jurídica que las personas naturales y la relevancia del actuar de estos puede llegar a tener efectos útiles o lesivos para la sociedad, por lo que se le debería brindar un trato igualitario que a las personas naturales también ente la ley,.

En este sentido la teoría de la personalidad de los entes organizativos, niega el presupuesto fundamental del que parte la teoría de la ficción en la que únicamente el individuo puede ser considerado como persona y como sujeto de derechos, y afirma que “el derecho al brindarle reconocimiento a los entes organizativos como personas no confronta a la realidad, al contrario brinda una acepción de reconocimiento hacia lo que realmente pasa en la vida cotidiana” (GIERKE, 1902: p. 9), por lo que, para este momento se podría hacer una primera gran distinción entre la doctrina de Gierke y Savigny basado en los efectos sociales que producen los entes organizativos.

Gierke elabora un nuevo concepto “situando tanto a la persona natural como jurídica bajo el concepto de organismo, otorgándole un concepto ontológico de unidad espiritual a los entes colectivos, un cuerpo y alma manifestados a través de la voluntad (...) (BINDER, 1907: p. 55).

Cabe resaltar que este jurista no niega el concepto de personalidad que había sido ya fijado por sus antecesores en las pandecta alemana, al contrario reafirma la posición de que solamente una persona con voluntad pueden ser titulares de derechos, por ende los entes colectivos podrán ser sujetos de derechos si y solo si se le reconoce capacidad de tener voluntad, y esta voluntad, al igual que en los individuos, se manifiesta a través de sus órganos, por lo que, como señala Gierke “se puede considerar a los entes organizativos como entes orgánicos de orden superior y dado que la personalidad jurídica depende siempre de la voluntad del sujeto, es necesario establece que los entes organizativos tienen una voluntad unitaria ” (Cf. GIERKE, 1902: p. 42-43).

No obstante a criterio mío, esta teoría tiene dos puntos débiles, primero al hacer una comparación tan similar entre individuo y ente colectivo, no le permitió hacer distinciones más minuciosas como el hecho de que la voluntad de un individuo no puede ser igual a la voluntad de un ente organizativo, puesto que en el primer caso es un tema netamente psicológico, mientras que en el segundo caso va a estar determinado por la conducta de los individuos que la conforman y en segundo lugar es un desacierto afirmar que la realidad de los entes colectivos es autónoma e independiente de los individuos que la conforman.

Empero el mérito de este jurista es indiscutible puesto que la influencia que tuvo para las teorías que nacieron a partir de los inicios del siglo XX y que permitieron fundamentar que los entes organizativos como entes con capacidad de acción, delinquen y operan a través de los órganos que la componen, como las que establecieron Ernest Hafter, Franz Von Litz, entre otros más, quienes tomaron como base la teoría de la personalidad de los entes organizativos.

1.2.3.5 Hans Kelsen, la teoría pura del derecho y los entes organizativos

Hans Kelsen con la creación de su teoría pura del derecho tuvo como fin construir una auténtica ciencia del derecho, para cuyo fin encontró sumamente necesario apartar las normas de los hechos, prescindiendo de todo aquello que, aunque esté relacionado con el derecho, no concierne fielmente a él, el objetivo era “eliminar a aquellos campos extraños como la sociología, la política, la psicología, entre otros” (KELSEN, 1995: p. 9).

Por lo que para el criterio de este jurista el derecho no se va a manifestar en función de una relación causalista naturalista, puesto que “a diferencia de la naturaleza, cuyos hechos se van a conectar causalmente, en el mundo del derecho lo que se considera como hechos (que van a estar determinados por una acción previa que va a producir

una consecuencia) se van a conectar a través de un conector imputativo” (ATIENZA, 1985: p. 223), fundamentos bajo los cuales se concluía que la norma no tenía un destinatario, estos criterios también los traslado al derecho subjetivo, negando totalmente las teorías de que el derecho subjetivo y el derecho objetivo eran diferentes, “lo que hace para Kelsen reducir el ámbito de circunscripción del derecho desde el ámbito natural hasta el ámbito positivo” (*Ibidem*, p. 252).

Deteniéndose para esto en el estudio de la voluntad en relación con el derecho penal, ya que

“la voluntad presupone la manifestación externa de un supuesto de hecho típico al que el ordenamiento legal le va a asignar una pena y en vista de que no puede existir pena si no hay culpabilidad, esta se debe entender como querida por el individuo, por lo que estamos frente a una culpabilidad de la voluntad, empero dicha idea es discordante con la propia concepción del derecho penal, dado que si se pretende sancionar acciones sin la real concurrencia del momento de la voluntad del individuo, como por ejemplo en los delitos culposos, están condenados a fallar todo propósito que intente demostrar que la imprudencia es un tipo psicológico, ya que dicho argumento va contra sus propios fundamentos” (KELSEN, 1995: p. 72).

Por lo que planteo de cara al derecho penal que se reformule el concepto de culpabilidad penal, en este sentido propone una

concepción normativista de la misma al manifestar que “el sujeto culpable es el mismo sujeto de la norma vulnerada, siendo el conector establecido entre la norma y el sujeto la imputación” (*Cf.* KELSEN, 1911: p. 46- 53)

Resaltando que esta imputación no debe ser entendida desde perspectivas causalistas ni teleológicas, si no desde un punto de vista puramente normativo, en la mismas línea explica que se debe hacer una distinción entre la persona y el individuo, puesto que ambos conceptos no implican necesariamente lo mismo, ya que si el juicio en virtud del cual se va a establecer que una persona es culpable de haber cometido un acto ilegítimo, esa persona va a ser el sujeto de la norma vulnerada, por lo que se le va a imputar un hecho típico, pero esta persona no necesariamente tiene que ser un individuo, ya que el sujeto que va a vulnerar la norma puede ser todo aquel que ostente una obligación jurídica.

Por lo que a criterio de este jurista es factible imputar al ente organizativo responsabilidad penal, el argumento que se venía manejando por aquel entonces sobre la imposibilidad de la responsabilidad penal de la misma porque a un ente colectivo no se le puede imponer una pena privativa de libertad, era insuficiente, inadecuado he inconsistente ya que la única diferencia existente entre un hecho ilegítimo de naturaleza penal y un hecho ilegítimo de naturaleza civil es el tipo de consecuencia que generan las mismas, si se ha

establecido que un ente colectivo es titular de un determinado patrimonio y que una sanción penal no necesariamente está limitada a pena privativa de libertad, sino que también se regulan penas pecuniarias.

En este sentido no era inverosímil aseverar que estos entes organizativos también puedan responder penalmente por ser titular de derechos patrimoniales, lo que implicaría que sus integrantes respondan de manera colectiva por la comisión de determinado delito, lo que, en criterio de Kelsen, haría factible que el Estado renuncie en determinados casos al principio de responsabilidad penal personal.

1.3 Concepto de ente organizativo

A lo largo de la evolución del derecho se ha conceptualizado al ente organizativo de distintas formas, algunas más controvertidas que otras, tal como se ha expuesto en el punto anterior, concepciones que dieron lugar a innumerables horas de debate en las pandectas y que del análisis de los mismos se aprecia que aunque con matices diferentes existen determinados criterios en común que se pueden resaltar; sin embargo ninguno de estos conceptos y aún los más modernos no parecen satisfacer totalmente lo que significa para la realidad social el ente organizativo, puesto que establecer un concepto puro que abarque en su totalidad la connotación propia de la naturaleza de estos entes colectivos más que una solución parecería una tentación.

No obstante, pese a la dificultad que siempre ha existido para definir las y dado que el legislador peruano ha optado por no incluir en algún cuerpo legal una definición de la misma, podemos señalar algunos puntos que nos permitirán acercarnos a una definición aceptable y en la mayor medida posible suficiente intentado abarcar lo que significa en una dimensión real el ente organizativo.

Primero es necesario señalar que el fin del derecho es la persona humana y su correcto desenvolvimiento en sociedad, así lo entiende todo sistema constitucional social y democrático de derecho, los intereses humanos no son únicamente individuales, también son sociales, existen determinados intereses a los que el ser humano no puede llegar a alcanzar por sí solo, por lo que muchas veces se ve en la imperiosa necesidad de asociarse con otros individuos con similares intereses para buscar un fin en común.

Otras veces actúa únicamente un solo individuo pero su fin está consignado a brindar medios materiales de satisfacción para abastecer los intereses de un grupo o sector de personas, en ambos casos si bien es cierto se usan medios diferentes, es innegable que la naturaleza es la misma: el interés social, lo que deja claro que para lograr el fin perseguido es necesario que coexistan en una relación armoniosa tanto de los medios que se emplean como de la persistencia del fin buscado traducido en una unidad de acción, puesto que si un conjunto de personas que se unen voluntaria o necesariamente para alcanzar un determinado fin actúan cada uno por su cuenta en pro de los intereses personales que puedan tener el resultado de la asociación que formaron sería nulo.

Bajo esta línea es lógico sostener que a este conjunto de individuos reunidos con necesidades en común y para cuya satisfacción los integrantes se han desprendido de una parte de su patrimonio para cederlo, se le reconozca autonomía y personalidad propia para ser tratado como sujeto pasible de contraer derechos y obligaciones distinta a la de sus integrantes y con una existencia igual a la duración del interés en común de sus miembros.

Caso contrario sucederá que circunstancias como el cambio en la voluntad o fallecimiento de alguno de estos traiga como consecuencia la extinción del ente organizativo; a lo que cabría preguntarnos ¿El Derecho puede satisfacer estas exigencias? La respuesta indubitablemente sería que sí, puesto que tomando como punto de partida los efectos que surte un concierto de voluntades individuales con fines lícitos y cuyo objetivo es lograr un determinado fin o destinar un patrimonio a la satisfacción de intereses sociales, es menester delimitar el alcance que pueden llegar a tener esos acuerdos y es ahí donde entra a tallar el derecho privado.

Una vez establecido este primer punto, hay que señalar que el concepto de ente organizativo no se puede quedar ahí siendo preciso hacer un análisis más profundo, por lo que siguiendo en la misma línea se puede afirmar que “las personas jurídicas son la representación de una realidad social predeterminada, el derecho únicamente le va a reconocer cierto grado de subjetividad justificado en el interés público existente en darle amparo a algunos proyectos colectivos” (ALBALADEJO, 1996: p. 376), en otras palabras es un sujeto pasible de adquirir derechos y obligaciones nacidos del

carácter social inherente al ser humano, pues estos entes no son una creación indiferente al sustrato social, al contrario estos dos conceptos están ligados íntimamente y que en épocas anteriores se usaran a modo de instrumentos jurídicos para hacer viable el reconocimiento de individualidad a algunas organizaciones colectivas que ya ostentaban cierto reconocimiento.

Por lo tanto, podemos establecer que los elementos que todo ente organizativo debe poseer son: “uno o más fines en común, sustrato social y reconocimiento del Estado” (Cf. FERRARA, 2006: p. 360 – 388). Así mismo, para que a un ente colectivo se le pueda reconocer subjetividad, requiere: “1) que posea un interés social, 2) autonomía de patrimonio, 3) Organización interna establecida y 4) reconocimiento como un sujeto autónomo de sus integrantes que permitiría ser sujeto de imputación diferenciado” (GULMINELLI, 1997: p. 56).

No obstante, si se plantea la cuestión desde un punto de vista más filosófico, de todo lo que he mencionado hasta ahora ¿No parecería que el Derecho crea autoritariamente la realidad social? puesto que se podría entender al derecho como una suerte de sujeto epistémico, para responder a esta pregunta y poder dejar sentada una posición para poder entender la naturaleza del ente organizativo me basare en las teorías desarrolladas por Niklas Lhuman, Jurgen Habermars y Michel Foucault, *a priori* podría parecer que sí, sin embargo hay que tener en cuenta que el derecho como ciencia (al igual que otras ciencias) es un canal comunicativo que provoca

comunicaciones jurídicas, estas comunicaciones son medios cognitivos a través de los cuales esta disciplina va a ser capaz de percibir al mundo¹⁶.

Para estas comunicaciones es imposible ingresar al mundo real exterior, únicamente pueden comunicar cosas relativas a la naturaleza o la sociedad misma, ya que el mundo real exterior no adoctrina de ninguna manera al Derecho, si no que existe únicamente una edificación de la realidad exterior por parte del derecho, sin embargo esta afirmación no se debe de confundir de ninguna manera con el “solipsismo metodológico¹⁷, ya que el fin real es encontrar una vía intermedia entre el solipsismo y el representacionalismo” (FODOR, 1980: p. 63).

En consecuencia, puedo afirmar que en virtud de la perspectiva constructivista jurídica en que he enfocado este último párrafo se puede admitir la preexistencia de un medio para el derecho, traducido en la elaboración autónoma de modelos jurídicos de la realidad acorde con el desarrollo social diario, empero si he afirmado líneas arriba que el derecho es un proceso social entonces ¿no sería lógico afirmar también que esta disciplina trata siempre con personas humanas? Puesto que el derecho y sobre todo el derecho penal ¿no está referido perennemente a acciones, intenciones, voluntad, conductas (dolosas u omisivas), consentimiento, etc....? Obviamente es así.

¹⁶ De ahí que se afirma que el derecho es un proceso social

¹⁷ El solipsismo metodológico únicamente se encarga del procesamiento de información que elabora interiormente el cerebro, el mundo exterior solo tiene influencia en cuanto a órganos encargados de recepcionar afecciones de éste competen lo que se convierten al ingresar al mundo interno de un ser humano en información representadas como contenidos sintácticos sin importar las cuestiones ontológicas.

Sin embargo es menester advertir que las personas con las que se vincula el derecho como proceso social no se circunscribe únicamente a las personas naturales, si no que vas más allá y se vinculan también (incluso yo diría, tomando en cuenta la realidad social actual, que con mayor frecuencia) con las organizaciones colectivas formadas por estas personas; puesto que las personas (sean naturales o jurídicas) como constructos sociales son imprescindibles en la comunicación jurídica, lo que permitirá también sentar una base para la imputación de las mismas por las conductas que pudieran llegar a realizar o dejar de realizar aun cuando se les exige actuar de determinado modo.

Pudiendo de esta manera reprocharles sea penal, civil o administrativamente una determinada conducta, sin dejar de vista la personalidad que revisten ya que esto nos va a permitir determinar el grado de autorreferencialidad suficiente que posee el sujeto como sistema autopoietico de orden superior (en el caso de las personas naturales) y como sistema autopoietico de orden superior de segundo grado (en el caso de los entes organizativos) para una adecuada reprochabilidad y eficaz sanción de ser necesario, pero esto será tratado en los capítulos posteriores; para lo que al presente capitulo concierne entonces por lo ya expuesto puedo definir al ente organizativo como una entidad organizativa con autonomía ontológica, voluntad e intereses propios diferentes al de los individuos que la componen y cuya realidad social está fundamentada en una auto descripción socialmente vinculada a un sistema de acción constituido como un vínculo cíclico de equivalencia y acción.

1.4 La personalidad como atributo predicable de los entes organizativos

En la medida que una persona puede ser considerada como sujeto pasible de adquirir derechos y obligaciones es que se le va a reconocer personalidad jurídica, entendida como el “singular atributo que va a permitir que una determinada persona pueda participar en el desarrollo de las relaciones sociales, de modo que dicha interacción va a producir efectos de relevancia jurídica” (DE CASTRO, 2004: p. 213).

Por lo que no existe mayor dificultad al reconocer personalidad jurídica a todo ser humano como atributo inherente a él¹⁸, pero no se puede ignorar que ontológicamente el ser humano es una realidad social en esencia imperfecta y que por sí misma no puede alcanzar determinados fines necesarios para desarrollarse, en la mayor medida posible, plenamente en sociedad, es por ello que como una segunda manifestación de la personalidad jurídica como atributo predicable están las organizaciones colectivas, pero este reconocimiento de personalidad no ha estado siempre tan claro, por lo que se ha hecho necesaria la intervención del derecho positivo para delimitar este punto, en consecuencia se puede afirmar que la capacidad jurídica que puedan llegar a tener estos entes organizativos, van a estar delimitados siempre por el ordenamiento jurídico bajo el cual han sido creadas.

¹⁸ Es necesario establecer en este punto que la personalidad jurídica coincide plenamente con la capacidad jurídica, a diferencia de la capacidad para obrar, que a diferencia de la primera no va a responder por la aptitud que tiene un individuo de ser titular o no de un determinado derecho por la inherente condición de ser persona, si no va a responder a la capacidad que tiene un determinado individuo para hacer ejercicio libre y democrático de determinados derechos, así como cumplir las obligaciones que los mismos le confieren.

No obstante es importante recalcar en este punto que los entes organizativos siempre van a actuar a través de un individuo (sea el representante legal, administrador de hecho, administrador de derecho, etc....), pero los efectos que produzcan estas actuaciones no necesariamente van a ser en pro del individuo, si no también, de la organización misma, es por ello que las consecuencias que puedan llegar a tener dichos efectos no solo se le imputan a los individuos que han actuado en nombre de la organización, sino también a la organización misma, de ahí que algunos autores manifiesten que “el término persona se usa en un sentido meramente traslativo, puesto que esencialmente solo el ser humano (dotado de inteligencia y voluntad) puede ser considerado como persona.

Por ende, las colectividades que estos forman traslativamente se puede afirmar que son sujetos de derechos y deberes, al igual que los individuos que las integran y por ende, conjuntamente con estos van a ser destinatarios de las normas jurídicas” (Cf. DIEZ-PICASO y GUILLON, 1981: p. 647-650), es por ello que “las personas jurídicas son siempre, en última instancia, obra del Estado, puesto que el reconocimiento o atribución de su personalidad por parte del Estado es lo que contribuye a que los entes colectivos surjan a la vida” (*Ibidem*).

No obstante, el estudio de las personalidad jurídica que revisten a las organizaciones colectivas como atributo predicable no limita el análisis únicamente a las técnicas legislativas que se usan en un determinado estado para regular sus actuaciones, puesto que afirmar que la personalidad jurídica es el único mecanismo

técnico de tratamiento jurídico para entes colectivos es absurdo dado que este atributo es solo una faceta, de suma importancia que duda cabe, pero únicamente una faceta entre todo lo que implica el ente organizativo como tal.

1.4.1 Presupuestos lógicos de la personalidad jurídica

Ya ha quedado establecido que a través de la personalidad jurídica es que se les da un tratamiento jurídico similar tanto a entes organizativos como a personas naturales, esto a consecuencia del producto generado como resultado del sistema subjetivista reconocido implícitamente al configurar la adscripción de circunstancias o condiciones de poder y sumisión en los diseños de relación propios establecidos en cada Estado de Derecho, que en su mayoría reglamentan y sistematizan los derechos, obligaciones y relaciones jurídicas como nexos de enlazamiento entre sujetos de derechos, quienes son los protagonistas principales de las relaciones jurídico-sociales diarias.

Además, que como fruto de la evolución que hemos tenido las situaciones de poder y sumisión en que residen los derechos y obligaciones se deducen de los sujetos igualmente considerados, por ejemplo, el crédito es el derecho del sujeto acreedor, la propiedad es el derecho del sujeto propietario, etc.... lo que trajo como consecuencia lógica que, al estar desde un principio el sistema pensado y creado para regular situaciones diarias propias de personas naturales

cuando se empezó a hablar de organizaciones colectivas surgió problemas para regular y definir el conjunto de situaciones de poder y sumisión que les competía.

Se planteó la posibilidad hipotética de que el Derecho creara una regulación paralela para estos entes organizativos que pudiera determinar y regular el modo en que exteriorizan sus titularidades jurídicas pero desde un punto de vista meramente económico, tal idea resultaría demasiado onerosa para el Estado puesto que obligaría a duplicar todo el sistema jurídico, por lo que aplicando criterios de política económica y jurídica se moduló el sistema jurídico pensado únicamente para individuos y adaptó para equiparar en similares términos a los entes organizativos.

1.5 La capacidad de acción y de culpabilidad de los entes organizativos

La teoría del delito desde su concepción ha pretendido modular y armonizar los presupuestos necesarios para la imposición de una pena, históricamente se han dedicado innumerables horas de debate en las aulas de las diferentes facultades de derecho alrededor del mundo para delimitar y establecer los alcances de las mismas, existiendo diferentes posiciones de su concepción, influenciadas en su mayoría, claro está, por las diferentes escuelas que han existido a lo largo de la evolución del pensamiento del derecho penal.

Desde las concepciones del causalismo naturalista de Franz Von Litz y Ernest Von Beling, cuyas teorías fueron abrumadoramente dominantes a los inicios del siglo XX caracterizadas no solo por el desarrollo del sistema general de la teoría del delito (Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) sino además por realizar una notable distinción entre el aspecto subjetivo y objetivo de la teoría del delito, se empezó a concebir al hecho como una acción naturalista, traducido en un movimiento corporal cuyo resultado producía una modificación en el mundo exterior vinculados por un nexo causal, diferencian no solo entre la fase interna (ideación, deliberación) y la fase externa (exteriorización y ejecución) del delito, sino que también advierten la existencia de elementos objetivos (tipicidad y antijuridicidad) y elementos subjetivos (culpabilidad) pero siempre enfocada la valoración jurídica desde el punto de vista naturalista, negando absolutamente la existencia de elementos justificantes para la acción.

Posteriormente el causalismo valorativo de Edmund Mezger y Max Ernest Mayer quienes buscando apartarse del causalismo naturalista de sus predecesores enfocan sus perspectivas desde un punto de vista axiológico introduciendo al concepto de acción a la voluntad, de esta manera se deslinda de la concepción objetivista manifestando la necesidad de analizar en el tipo un contenido valorativo traducido en la intencionalidad del agente, además de concebir a la antijuridicidad no únicamente como la oposición formal a la norma sino que además la concibe de forma material los que le permitió graduar el injusto (tipicidad más antijuridicidad) en la medida del daño causado aumentando la posibilidad de crear nuevas causas de justificación, en lo que la culpabilidad concierne acota que el juicio de reproche que se le va a hacer al autor

de un determinado delito no va a estar determinado únicamente desde el punto de vista psicológico.

Tiempo después el irracionalismo de Georg Dahm y Friederich Schaffstein le dan un tinte más político que jurídico a la teoría del delito ante la resquebrajadura que venía sufriendo el sistema clásico, dando origen de esta manera al: derecho penal de autor, y estableciendo que el bien jurídico protegido tal como lo habían establecido sus predecesores carecía de objeto, siendo lo único notable los sentimientos del pueblo; pasando también por el Finalismo de Hans Welzel quien desde un punto de vista ontológico establece que la acción siempre va a ser una finalidad que va a estar determinado por el actuar consciente y voluntariamente de un determinado individuo en función de un resultado, por lo que la culpa y el dolo lo ubica dentro de la tipicidad y ya no dentro de la culpabilidad, puesto que al ser la acción inclinada a realizar un determinado fin, el legislador al momento de crear las normas no puede hacer más que prever estas acciones, hace también una diferenciación entre el error de tipo (descarta al dolo y la punibilidad) y el error de prohibición (que va a excluir a la conciencia de la antijuridicidad y si es invencible va a eliminar por completo la punibilidad).

Llegando a épocas modernas con Claus Roxin y su funcionalismo moderado y Gunter Jackobs y su funcionalismo radical o sociológico, teoría basada en el sociologismo de Niklas Lhuman, Roxin se muestra de acuerdo en parte con los elementos del delito propuestos por Welzel, pero le añade tintes políticos criminales, basado en que los presupuestos que revisten a la punibilidad tienen que estar

encauzados hacia los fines propios del derecho penal, definiendo a las categorías de delito como instrumentos para alcanzar tal fin, reemplaza las categorías lógicas causalistas por un cúmulo de reglas dirigidas hacia la valoración jurídica puesto que la imputación de un determinado resultado va a depender de la ejecución de un peligro intrínsecamente relacionado con el fin que protege la norma en sí, sostiene además que la culpabilidad está fijada únicamente con la prevención.

Jackobs por su parte enfoca al derecho desde un punto de vista meramente normativista, por lo que el fin perseguido es la resolución de los problemas del sistema social a través de la norma, dejando de lado las tendencias político criminales establecidas por Roxin, puesto que el único fin perseguido es la estabilización del sistema social; la discusión continua tan fervientemente como desde la primera vez que se planteó la teoría del delito.

En la actualidad algunos autores como el profesor Fernando Molina Fernández establecen que la culpabilidad está en vía de extinción y que en pocos años será inútil hablar de esta categoría del delito por la autorregulación de los aparatos y electrodomésticos, otros autores establecen que es todo lo contrario puesto que la culpabilidad como elemento de la teoría del delito parecería estar reforzándose basados en la tendencia que existe últimamente hacia el retorno de lo planteado por la teoría de los elementos negativos del tipo, profesores como Ingeborg Puppe refieren que hablar de dolo y culpa como únicos títulos de imputación es obsoleto y manifiestan la necesidad de incluir nuevos títulos de imputación como la temeridad.

Podría pasarme escribiendo páginas completas sobre lo frondoso y maravilloso de la discusión que circunscribe a la teoría del delito, pero no es el tema de la presente tesis, a modo de conclusión para este punto diré que a título personal considero que es necesario hacer una reestructuración de la teoría del delito, puesto que está pensada para la persona natural como único actor principal, la realidad criminológica actual ha demostrado que el ser humano ha dejado de ser el único eje central del actuar delictivo.

Es más se puede afirmar que existe una tendencia a usar con mayor frecuencia día a día a los entes organizativos para cometer hechos ilícitos que por su gravosidad pueden llegar incluso a lesionar en mayor medida a bienes jurídicos protegidos, siendo forzoso también reformular la forma en la que se analiza en la práctica los elementos de la teoría del delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad), por poner un ejemplo en el 100% de casos en la práctica la culpabilidad se analiza a nivel de juicio oral y a veces (muy raras veces) a nivel de etapa intermedia, cuando en realidad se debería analizar a nivel de investigación preparatoria.

Para esto creo que es necesario sentar como base, siguiendo la tesis del profesor Ivan Meini Mendez a la cual me adhiero, que la culpabilidad no está tomando más fuerza o que está en vía de extinción, sino que está ya extinta puesto que "tal como se concibe a este elemento de la teoría del delito, no está en la capacidad de cumplir la función de legitimar el reproche penal, la imposición de la pena ni servir como límite máximo a su determinación judicial ni a sus elementos" (MEINI, 2015: p. 108), puesto que los mismos tienen una mayor capacidad explicativa y de alcance en otros

momentos del análisis de la teoría del delito, es así que la imputabilidad más que un elemento propio de la culpabilidad se debe considerar como un presupuesto del delito, la exigibilidad de otra conducta y el conocimiento potencial de la ilicitud tienen un mayor fundamento y razón de ser si se analizan dentro del injusto.

En cuanto a la idea de sujeto es menester establecer que también ha ido mutando a través de la evolución del derecho penal, esta mutabilidad se hizo más aguda en la transición del idealismo tardío y el positivismo hacia el neokantismo, no obstante, es con Welzel que con su teoría final de la acción se replantea la noción de sujeto del derecho penal afirmando que “al encargarse el derecho penal únicamente de las acciones humanas. Se debe entender que el contenido del desarrollo de un individuo en sociedad se puede enfocar únicamente desde una visión antropológica y filosófica de la constitución estructural espiritual del ser humano para poder entender la relación existente entre personalidad y culpabilidad” (*Cf.* WELZEL, 1989: p. 7-30).

Por lo que el concepto de sujeto que se planteaba era más complejo siendo así que se comenzó a considerar la idea de extender esta definición hacia las organizaciones colectivas y por ende plantear la responsabilidad penal que podrían llegar a tener las mismas, puesto que, en la Alemania de esa época los entes organizativos empezaban a tomar significancia importante en la vida mercantil, llegándose a materializar dichas concepciones a través de la ley de divisas establecidas por el derecho ocupacional ejercido por las fuerzas aliadas, en cuyo art.

5° se establecía que los entes organizativos al igual que las personas naturales serán considerados como sujetos capaces de realizar acciones de relevancia penal¹⁹.

Y aunque dicha regulación iba en contra de los principios y fundamentos del derecho penal alemán propio, “las leyes que eran promulgadas por el gobierno militar ocupante eran no solo de obligatorio cumplimiento si no que fueron arraigados forzosamente a los propios principios del derecho penal de este país” (Cf. JESCHECK, 1960: p. 82) lo que dio vida a la primera sentencia (muy controvertida y criticada por los juristas) dictada a un ente organizativo en 1953, en la que a una cooperativa minera se le impone a modo de sanción penal el pago de una multa, la discusión en cuanto a la responsabilidad penal que podía llegar a tener o no un ente colectivo se enardeció, no obstante los juristas de la época en su mayoría negaron rotundamente esta posibilidad basándose en dos fundamentos: la capacidad de acción y de culpabilidad, fundamentos que desarrollare en las líneas siguientes.

1.5.1 Capacidad de Acción de los entes organizativos

El principal argumento usados por juristas como Karl Engisch o Hans Herich Jescheck para este punto, fue que aceptar y reconocer que los entes colectivos no solo ostentan derechos y obligaciones si no que su actuar en la vida jurídica

¹⁹ Eine Juristische Person Unterliegt bei Verurteilung Wegen Einer Strafbaren Handlung den für Diese Strafbare Handlung Angedrohten Geldstrafen und Entziehungen, disponible en el siguiente [link
https://www.bqbl.de/xaver/bqbl/start.xav?start=//%5B@attr_id=%27bqbl151s0463.pdf%27%5D#_bqbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bqbl151s0463.pdf%27%5D_1502827813770](https://www.bqbl.de/xaver/bqbl/start.xav?start=//%5B@attr_id=%27bqbl151s0463.pdf%27%5D#_bqbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bqbl151s0463.pdf%27%5D_1502827813770), visto por última vez el 04 de Julio a las 14:30 horas.

cotidiana pudiera llegar a tener relevancia penal, hace necesario que se le deba reconocer capacidad de acción a la misma, lo que, en opinión de estos juristas, es ilógico, toda vez que la capacidad natural de acción únicamente se le puede atribuir a las personas naturales que las componen, por ende el reconocimiento de estas personas artificiosas o en lenguaje de Sinibaldo dei Fieschi: personas fictas, como sujetos de derecho penal es absurdo al no estar establecida una relación fehaciente y congruente entre la naturaleza de estas organizaciones colectivas con los conceptos de acción causal, social o final que se venían manejando hasta ese momento.

Aún hoy en día muchos autores consideran aun que los entes organizativos son incapaces de tener acción, basados en una concepción psicológica de la misma, el jurista más adepto a esta teoría es el profesor Luis Gracia Martín quien parte de la idea de que “existe únicamente una sola forma válida de entender a la acción y es entender que es un comportamiento humano voluntario y psíquico” (GRACIA MARTIN, 1986: p. 42), por ende “es inconcebible imponer algún tipo de sanción a un ente colectivo, ni penas, ni medidas de seguridad, ni de índole administrativo (...) siendo posible únicamente aplicar sanciones de índole civil por no tratarse de sanciones con naturaleza represiva” (Cf. GRACIA MARTIN, 2014, Revista de Derecho Penal y Criminal. p. 142-178)

No obstante el problema que presentaría el ente organizativo como ser titular de acción se resuelve empleando los principios en los que se basan las

reglas que el derecho penal aplica para la autoría mediata y la coautoría, ya que independientemente del concepto de acción que uno asuma, en vista de la evolución criminal que hemos tenido en las últimas décadas, se ha reconocido que los órganos internos que componen a un ente colectivo tienen capacidad de acción y aun en el enfoque psicológico del concepto propio de la misma, el individuo que realice determinado acto (que vaya acorde o no con el criterio de los otros individuos que componen el ente organizativo) en nombre del ente organizativo, por consecuencia lógica dicha acción debe ser considerada también como acción propia del ente organizativo toda vez que los beneficios (sean lícitos o ilícitos) que se obtengan a partir de dicho accionar no van a beneficiar únicamente a las personas naturales que la integran, si no al ente organizativo propio como ente autónomo y con patrimonio propio.

Asimismo mismo en diversas legislaciones ya se están reconociendo expresamente una imputabilidad penal hacia entes colectivos, en el caso peruano se encuentran reguladas en el título III del Código Procesal Penal del 2004 y si bien es cierto el reconocimiento expreso de esta imputabilidad no resuelven los problemas planteados dogmáticamente y aún hay mucho por mejorar en cuanto a la técnica legislativa que ha usado el legislador peruano para introducir los artículos pertinentes a este título, al introducir expresamente la imputación a entes organizativos se ha dado un gran paso que nos permite avizorar el fin de la discusión.

No obstante no se puede dejar de observar y criticar la forma en la que el legislador peruano ha introducido las mismas, al no hacer una reestructuración completa a fin de que no hayan vacíos que puedan generar impunidad o en su defecto que nos lleven a conclusiones tan absurdas como que el ente organizativo tenga que responder por el actuar de un tercero que no tiene ningún tipo de vinculación hacia esta, se debió también modificar el art. 105° y 105° - A del Código Penal y el acuerdo plenario 07-2009 puesto que ambos regulan dos sistemas de imputación que son diferentes en su naturaleza y que a todas luces viola el principio de legalidad, pero esta problemática será tratada en el siguiente capítulo.

En cualquier caso el fundamento más conducente para sostener que el concepto de acción se puede trasladar también a los entes organizativos, es el concepto ofrecido por Gunter Jakobs quien manifiesta que “la determinación de la concepción que se tenga de acción no puede estar limitada únicamente a imputar una determinada acción a un sujeto, si no que el propio concepto de acción va a definir al sujeto, la acción es una categoría de la imputación y por ende la finalidad de la misma va a depender de la finalidad de la pena, puesto que la imputación va a establecer a quien se debe castigar con el fin de restablecer la vigencia de la norma” (JAKOBS, 2004: p. 72), “el derecho penal moderno ha determinado que el único sujeto con capacidad de acción es la persona humana, empero la constitución psicológica de una persona natural relevante para el derecho penal no es algo que este predeterminado” (JAKOBS, 2003: p. 47).

Bajo esta lógica se puede establecer que la acción no va a estar determinada con las concepciones históricas que se ha tenido de la voluntad, es un elemento importante, qué duda cabe, pero no es el único, puesto que “al instituir que al sujeto de imputación penal como un sistema compuesto de características psíquico-físicas tenemos una acepción de acción que va a eliminar la dirigibilidad de los impulsos, pero va a determinar la dirigibilidad de la acción en relación a las capacidades propias del sujeto (...) por lo que la acción va a ser la evitabilidad de la producción de un determinado resultado” (*Cf. Ibidem*, p. 52-80) concepciones que permiten afirmar que los entes organizativos pueden ser titulares de acción.

1.5.2 Capacidad de culpabilidad de los entes organizativos

La discusión se centró en este punto, puesto que se generaban serios conflictos al intentar conciliar a la capacidad de culpabilidad (que había sido concebida pensando únicamente en la persona natural) con los entes organizativos, puesto que se tenía por concepto de culpabilidad a “la aptitud que poseía todo individuo para optar a favor de lo correcto en función de la capacidad del libre albedrío” (*Cf. HEINITZ*, 1953: p. 24-27).

Admitir lo contrario, en opinión de la posición mayoritaria de juristas, implicaría reconocer que la culpabilidad es una ficción “dejando abierta la posibilidad de imputarse únicamente una sospecha de la culpabilidad” (*Ibidem*,

p. 32), además de sostener que normativa y jurisprudencialmente la culpabilidad fue pensada para el ser humano y por ende se encuentra adecuada a las capacidades de este, puesto que el juicio de reproche ético que se le hace al individuo que se le imputa cierta conducta lesiva para el derecho penal a título de autor no puede ser aplicable a sujetos que carezcan de capacidades emocionales, siendo medular, en opinión de estos juristas, establecer que para determinar el grado de culpabilidad en un sujeto siempre nos vamos a basar en un juicio valorativo, traducido en la reprochabilidad que se le va a ser al sujeto activo por dos motivos:

- a)** La no previsión del injusto penal y por ende de sus consecuencias.
- b)** El error en el proceso de motivación del autor (voluntad).

Si y solo si se llega a aseverar cualquiera de estas dos premisas se podrá establecer la existencia de culpabilidad en el autor.

En este sentido el juicio de reprochabilidad que se hace a nivel de culpabilidad está basado en la noción de que el sujeto a quien se le va a hacer el reproche es un sujeto que posee la capacidad de haber podido comportarse de otra manera, no obstante decidió no hacerlo, argumentos bajo los cuales no cabe la imputación penal a un ente organizativo; pero es menester señalar que dichas concepciones enfocan a la culpabilidad desde un concepto psicológico, que aun hasta nuestra época algunos autores la tienen internalizada.

No hay que olvidar que el Estado al darle reconocimiento jurídico a un ente colectivo le está reconociendo también libertad social y jurídica, por lo que en términos generales si el ente organizativo como sujeto de derecho hace un uso indebido de dicha libertad social y jurídica y su actuar como ente organizativo autónomo lesiona bienes jurídicos penalmente protegidos, el juicio de reprochabilidad a hacerse sería compatible con el concepto normativo de culpabilidad.

Para un sector de la doctrina, entre ellos Henrich Otto, examinan a la concepción propia de la culpabilidad en función de la imputación y establecen que “la hipótesis lógica a seguir, sea que se aborde el tema desde la perspectiva social o desde la perspectiva normativa que circunscribe al concepto propio de culpabilidad, el resultado siempre va a terminar desembocando en el libre albedrío de una persona, por ende, todo reproche que se le pueda hacer siempre va a estar elaborado desde la perspectiva del individuo” (OTTO, traducido por SANCHINETTI, 1998: p. 81).

Otto es muy crítico con autores como Schünemann y su teoría del estado de la necesidad del bien jurídico quien manifiesta que es “legítimo sancionar a un ente organizativo sin culpabilidad dado que si enfocamos el problema desde la perspectiva del bien jurídico no existe otra forma de sancionar la lesión a un bien jurídico, pues a raíz de la acción realizada el ente colectivo se ha visto beneficiada” (Cf. SCHÜNEMANN, 1989: p. 86 y ss.) y Jakobs quien establece

que la culpabilidad tiene su sustento en criterios meramente preventivos; lo que resulta insuficiente puesto que “lo preeminente no es el comportamiento criminal de la persona jurídica, si no la desatención fundada en una peligrosidad que han tenido el o los individuos que la componen, lo que lleva a la conclusión de que si el ente colectivo ha tenido o no algún beneficio a raíz del actuar ilícito de los individuos que la integran, es irrelevante, puesto que lo verdaderamente importante es el peligro potencial que configura el actuar de estos individuos” (OTTO, traducido por SANCHINETTI, 1998: p. 108).

Por lo que este autor al igual que un sector de la doctrina establecen que lo más razonable sería imponer únicamente sanciones de índole administrativo al ente organizativo, puesto que, con la clausura, cierre o suspensión de actividades igualmente se estaría cumpliendo con el fin preventivo y represivo hacia la misma.

Por otro lado, otro sector importante de la doctrina estableció criterios totalmente opuestos, los planteamientos ofrecidos principalmente por Schüneman y Stratenwerth fueron los que tuvieron mayor acogida, en el caso del profesor de la universidad de Múnich a través de su teoría del estado de necesidad del bien jurídico señaló que a criterio de él no existía mayor inconveniente en reconocer una responsabilidad penal de los entes organizativos, puesto que la supuesta incapacidad de acción y culpabilidad de las mismas no es algo irresoluble.

Por lo que es posible renunciar a la capacidad de acción y culpabilidad si la medida a imponerse se puede legitimar a través del principio de culpabilidad, dejando de lado la tendente y constante inclinación de buscar una solución a este problema a partir de intentar equiparar las medidas aplicables a personas naturales y a entes organizativos por lo que, en opinión de este jurista es necesario fijar parámetros que nos lleven hacia un nuevo principio de legitimación a fin de imponer adecuadamente una sanción, y la única base que se puede tomar para empezar a caminar hacia esta nueva concepción de principio de legitimación es el estado de necesidad del bien jurídico, puesto que se puede sostener una sanción autónoma a la culpabilidad como categoría de la teoría del delito bajo las mismas hipótesis que se usa en el sistema penal para fundamentar otras sanciones la cual es la protección primordial del bien jurídico, lo que encuentra justificación cuando se pone en una balanza la lesión al bien jurídico y la sanción penal a un ente organizativo arrojando como resultado lógico que va a pesar más la preservación del bien jurídico.

Por otro lado Stratenwerth aunque con concepciones diferentes, llega a la misma conclusión de que es factible imputar penalmente a un ente organizativo, este jurista empieza por definir que la imputación penal a entes colectivos solo tienen cabida si las acciones imputables son las realizadas por los órganos que la componen (representantes) sean de hecho o de derecho, o personas naturales que tengan algún tipo de vinculación de representación con la misma, estableciendo como requisito principal de conectividad la existencia de una relación especial conexa entre el individuo y el ente colectivo, y que producto del

actuar en virtud de esa relación especial el ente organizativo se haya visto beneficiada.

Este beneficio se va a ver traducido a través de una relación funcional entre la conducta ilícita y el ámbito de deberes de los órganos internos de la entidad, además que ha criterio de este jurista dado que “la imputación que se vaya a realizar de cualquier tipo penal requiere tanto de su lesión objetiva como la de la parte subjetiva, se exigiría necesariamente la acción de una persona natural, pues solo esta está prevista de voluntad por lo que la responsabilidad penal de los entes organizativos sería una responsabilidad propia indirecta” (STRATENWERTH, 1992: p. 303).

Argumentos que son totalmente lógicos, puesto que si el ente organizativo como ente autónomo ontológico resulta beneficiaria de un hecho ilícito se le debe sancionar penalmente, por lo que, por lo menos *a priori* es factible atribuir al ente organizativo las categorías que se analizan en la culpabilidad como elemento de la teoría del delito y digo *a priori* porque como criterio base está bien, pero va a ser necesaria la concurrencia de otros elementos como establecer que los órganos internos del ente organizativo tienen un grado de autorreferencialidad suficiente, lo que nos va a permitir hacer viable una imputación penal, esto será explicado en las siguientes líneas, sin dejar de lado la posición que mantengo en cuanto a este elemento de la teoría del delito, que la culpabilidad como tal ya está extinta, pero sus elementos se pueden analizar en otros elementos de la teoría del delito.

1.6. El ente organizativo y su responsabilidad ante el derecho penal

Una vez establecida la capacidad de acción y culpabilidad que pueden llegar a tener los entes organizativos como sujeto de derechos, es menester establecer que el cumplimiento de solo estos dos requisitos es insuficiente para poder hablar de una responsabilidad penal de entes colectivos ante el derecho penal, puesto que en un estado constitucional de derecho dicha responsabilidad se tiene que construir en base a fundados razonamientos materiales y formales para poder establecer los parámetros y límites a los que el legislador va a tener que circunscribirse a modo de marco a fin de no dejar vacíos legales o en su defecto cometer abusos al tratar penalmente el actuar ilícito de un ente organizativo.

1.6.1 Necesidad político-criminal de reconocer responsabilidad penal a entes colectivos

A través de la larga discusión doctrinal que ha generado el reconocimiento de responsabilidad y por ende imputación penal a entes organizativos, hasta los más acérrimos detractores de esta posición no han descalificado la imperiosa necesidad de que el Estado a través del *ius puniendi* que ejerce por medio de sus instituciones públicas sea más efectivo contra los potenciales riesgos no permitidos creados por el interactuar cotidiano en sociedad de los entes organizativos.

En el caso peruano no ha habido mayor debate en este sentido, no obstante los recientes y sonados mega casos de corrupción en los que se han visto envueltos no solo un sector político importante, si no también entes organizativos de significativa tradición en la actividad económica nacional, estoy seguro reavivaran el debate en cuestión y más aún si tenemos en cuenta la necesaria e indiscutible intervención protagónica de instituciones públicas de naturaleza penal como son el Ministerio Público y Poder Judicial.

Donde en los últimos años la discusión ha sido más álgida es en España, estudiosos del derecho penal como Santiago Mir Puig, José María Silva Sánchez, Diego Manuel Luzón Peña, entre otros que aun resistiéndose a la idea de imputarle penalmente a entes colectivos responsabilidad por su actuar, han terminado reconociendo que el derecho administrativo sancionador no es suficiente para combatir la creciente tasa de criminalidad cometida a través de entes organizativos.

Lo que es lógico puesto que si tomamos en cuenta la importancia protagónica actual de las empresas post-capitalistas no solo en los sistemas económicos en crecimiento, como en el caso de Sudamérica, o las principales hegemonías económicas globales, sino también en la capacidad que tienen estos entes organizativos para crear nuevas tecnologías, pues nos vamos a topar con que nuestro desarrollo ha llegado a depender en gran medida del desarrollo que puedan llegar a tener los entes organizativos y como es obvio también la criminalidad no ha sido indiferente a esto, lo que le ha permitido evolucionar y

generar enormes dificultades a la persecución criminal estatal, en las siguientes líneas intentare establecer las principales causas de esto

1.6.1.1. El individuo como sujeto contaminante

Desde los orígenes del Estado la represión y el ejercicio del *Ius Puniendi* ha estado dirigido hacia el actuar del individuo dañino, nocivo, contaminante, “cuya mayoría se encontraba en las agrupaciones sociales subculturalmente marginados a quienes no les era posible adaptarse al sistema estatal reconocido por la mayoría en una determinada sociedad, razón por la cual la marginalidad se instauró en el medioevo como el principal instrumento de persecución del derecho penal” (Cf. SHÜNEMANN, 1995, p. 568-572), claro ejemplo de esto era el actuar del rey en un Estado Monárquico, la historia ya ha demostrado que la acumulación de poder no ha hecho más que generar sometimiento, intolerancia y marginación manifestada a través de la represión hacia los “sujetos peligrosos”.

Y aún con la evolución que se produjo varios siglos después, la idea de represión en el fondo seguía teniendo los mismos tintes, tal como demuestra los estudios realizados por el médico de cárceles y padre de la escuela positivista italiana Ezechia Marco Lombroso o mejor conocido como Cesare Lombroso, quien con su teoría del delincuente nato “atribuyo a las clases sociales más humildes la naturaleza de la criminalidad”

(GAROFOLO, 1998: p. 45), lo que “convirtió a la consecuencia en una causa, puesto que la mayoría de delincuentes que abundaban en las cárceles provenían de una clase social baja y al establecer a la pobreza como situación originaria de la criminalidad la convirtió en una causa de la misma” (BARATTA, 1993, p. 67).

Aun cuando posteriormente vinieron escuelas con diferentes concepciones criminológicas como la concepción funcionalista de Emile Durkheim y su teoría de la anomia, Edwin Sutherland y su teoría del cuello blanco, la escuela de Chicago con Robert Park y Ernest Burgess, entre otras; al igual que la escuela clásica del derecho penal con Anselm Von Feuerbach, Pellegrino Rossi, Jeremy Bentham, entre otros; quienes aparentemente pudieron llegar a tener criterios contrarios entre sí, pero en el fondo tenían un común denominador: la defensa social, esto lo advierte en un primer momento Cohen quien desde una perspectiva muy neokantina decimonónica (propia de los pertenecientes a la escuela de Marburgo) se muestra escéptico ante los fundamentos establecidos en base a la ideológica social y critica la concepción que se tenía de delito hasta ese momento

Cohen conceptualizo que lo que las personas entienden como delito, es decir los hechos ilegítimos llevados a cabo en las calles por individuos totalmente ajenos a la víctima (sea robo, hurto, secuestro, etc....) “no son cosa distinta que realidades de formas culturalmente diversas al dinamismo

definido por la mayoría social” (COHEN, 1985: p. 100) y más aún “si se miran las estadísticas de los últimos años, el porcentaje de muertos circunscritos como causa de la comisión de diferentes delitos, son, cuantitativamente hablando, de mayor relevancia que el homicidio, lo que nos lleva a la conclusión de que lo que se ha construido en la realidad es un “pánico moral” puesto que se concibe al delito como si fuere “el delito” y a la delincuencia como si fuere el dilema” (*Ibidem*, p. 273).

En palabras de Baratta “la conceptualización que se le da macro-sociológicamente a las normas y leyes, siempre va a estar valorada en base a los desniveles socio fragmentados que muestra el poder, puesto que el proceso de asignación de normas tiende a ser selectivo al mermar el espacio de conductas socialmente etiquetadas como “desviadas”, lo que va a ocasionar que se susciten autoconcepciones desviadas que va a hacer que el sujeto lo internalice como algo que va acorde con su propia personalidad” (BARATTA, 1993, p. 156).

A lo que Zugaldía Espinar, siguiendo el común denominador señalado líneas arriba sobre la defensa social, establece que “es inconcebible que se siga usando al principio de intervención mínima para seguir entendiendo al derecho penal en su forma clásica y vetusta, puesto que supone estar condenados al facsímil sistémico de relaciones de dominio injusto y enlazarlo únicamente hacia la criminalidad de sectores socialmente marginados” (ZUGALDIA, 2012, p. 346 y ss.).

Lo que nos lleva a la conclusión de que es sumamente necesario el reconocimiento penal del actuar de un sujeto que puede resultar mucho más contaminante y dañino que el actuar de un individuo: el ente colectivo, lo que implica una necesaria evolución del derecho penal a fin de hacer frente a la criminalidad económica ya que el dogma creado por Inocencio IV *societas delinquere non potest* a la actualidad, es indiscutible que ha caído en desuso, incluso ontologistas tan tenaces como Joachim Hirsch han terminado reconociendo fuertemente la “imperiosa necesidad de fundamentar necesidades político criminales hacia las personas jurídicas” (HIRSCH, 1993: p. 1099).

O tal como lo establece Günter Heine “los temas actuales del derecho penal son el lavado de activos, la protección penal del medio ambiente, la imputación por la comercialización de productos defectuosos, entre otros, accionares ilícitos que están intrínsecamente relacionados con la criminalidad económica y por ser los entes colectivos el subsistema representativo propio de la sociedad industrial moderna es necesario limitar su actuar a través del derecho penal” (HEINE, 2001: p. 51).

1.6.1.2 Punibilidad de los individuos integrantes del ente organizativo como exclusiva respuesta del derecho penal

Como ya se ha mencionado, un sector importante de la doctrina considera aun, que para evitar la comisión de delitos en el interior de entes

organizativos, basta con la sanción penal a estos individuos de actuar ilícito, nada más alejado de la realidad puesto que de ser así el órgano competente (Ministerio Público) para realizar las investigación y poder determinar fehacientemente el grado de culpabilidad de estos individuos se enfrentara a sumos problemas, sobre todo para conseguir pruebas contundentes de permitan acreditar el delito a individuos, puesto los entes organizativos internamente están estructuradas por jerarquías, métodos para proceder en trámites internos, líneas de mando, etc....

Además que generalmente las órdenes dictadas se van modificando en el transcurso del hecho que la circunscribe a fin de obtener el resultado más idóneo para beneficio de la propia organización, lo que en la práctica genera un enorme problema para el operador judicial por la propia confusión que genera este actuar y la situación se vuelve mucho más compleja cuando es el propia ente organizativo que con el fin de evitar cualquier tipo de sanción perjudicial para ella misma o sus miembros, imposibilite la obtención de determinadas informaciones aprovechándose de su organización compleja, a lo que Heine denomina:

- a) Irresponsabilidad individual estructural he
- b) Irresponsabilidad individual organizada. (HEINE en GOMEZ-JARA, 1996, p. 52)

Y es que los que sustentan que la punibilidad de los individuos que componen al ente organizativo es suficiente, no toman en cuenta la fenomenológica dificultad organizativa que pueden llegar a tener estos entes colectivos, puesto que dentro de su estructura interna la capacidad de decisión, de operacionabilidad traducida en la propia naturaleza de distribución de funciones que el propio organigrama interno lo permite imposibilita que una determinada persona o en su defecto un grupo de personas sean materialmente quienes cometieron el ilícito penal.

Y si a eso le sumamos que día a día en el interior de la empresa el dinamismo y fin en común de obtener los mejores resultados hace que se generen y deshagan equipos autosuficientes inteligentes fracturando áreas especializadas la complejidad organizativa aumenta en demasía y minimiza el porcentaje de éxito para imputarle fehacientemente a un individuo responsabilidad penal por determinado actuar ilícito, lo que a todas luces resulta complicadísimo de resolver con las categorías del delito actuales.

De ahí que Hirsch afirmara que “el estándar elevado de complejidad interna que pueden llegar a tener los entes organizativos, no son, en absoluto, únicamente la suma de voluntades de los individuos que la componen” (*Ibidem*, p. 104), por lo que la autonomía e independencia queda aquí demostrada y es por esta misma razón que debe responder penalmente de forma independiente a los individuos que la componen, no obstante a fin de no diversificar la investigación realizada por el Ministerio

Público, la solución que plante un sector de la doctrina es la utilización del sistema de *numerus clausus*.

1.6.1.3 Carencia preventiva del derecho administrativo sancionador y del derecho civil.

El principal argumento usado por doctrinarios que son renuentes a la punibilidad penal de los entes organizativos es su falta de capacidad de acción y culpabilidad, pero ya se ha explicado antes que esto no es así, y al ser forzoso ejercer un control sobre las mismas, plantean acudir para dicho control al derecho administrativo sancionador o al derecho civil, a mi criterio, ninguna de las dos ramas del derecho conseguirían una prevención que supere los estándares impuestos por la criminalidad empresarial moderna, en cuanto el derecho civil, creo que los obstáculos son claros, partiendo que el accionar civil puede ser ejercido únicamente por la persona que tiene legítimo interés para obrar, además del carácter de patrimonialidad que reviste a los derechos relevantes para el actuar ilícito de entes organizativos, criterios que en la práctica conllevarían a una transacción extrajudicial onerosa y por ende el fin del proceso.

En el caso del derecho administrativo sancionador el principal inconveniente ante el cual nos enfrentamos es que para poder imponer una sanción administrativa, previo hay que determinar la culpabilidad del ente organizativo, además que el criterio que se sigue en el derecho

administrativo sancionador siempre van a estar motivados por juicios de oportunidad y conveniencia además que la sanción administrativa propiamente dicha no tienen el carácter de reprochabilidad suficiente, hay que precisar que un sector de la doctrina que considera que entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador únicamente lo que existe es una antojadiza continuidad del *ius puniendi*, razonamiento bajo el cual incluso podría caber la aplicación del *nebis in ídem*, al respecto el Tribunal Constitucional en numerosas resoluciones ha establecido que son dos disciplinas diferentes y no cabría hablar de *nebis in ídem* señalando que

“(…) dentro de esta última identidad (de fundamento o de contenido de lo injusto), no pueden equipararse las sanciones administrativas (pertenecientes al Derecho Administrativo sancionador) y las sanciones penales (pertenecientes al Derecho Penal), pues ambas obedecen a fundamentos jurídicos distintos. No podría equipararse el juzgamiento realizado a nivel jurisdiccional con el procedimiento sancionador realizado a nivel administrativo, y menos impedirse que la sede jurisdiccional penal se vea imposibilitada de pronunciarse debido a lo resuelto en sede administrativa”²⁰; “El primer requisito a ser cumplido para que opere el principio que nos ocupa es el de **identidad de sujeto**, lo que significa que la persona física a la cual se le persigue tenga que ser necesariamente la misma (...).

²⁰ EXP. N.º 00361-2010-PA/TC, fundamento 03.

En cuanto al segundo requisito, esto es la **identidad objetiva** o identidad de la causa de persecución, que no es más que la estricta identidad entre los hechos que sirvieron de fundamento para la apertura de los procesos penales. Así analizado las instrumentales que obran en el presente proceso constitucional se puede constatar que si bien es cierto que en ambos procesos se le imputa la comisión de los delitos de defraudación tributaria y falsificación de documentos, ello no debe significar que este colegiado efectúe un análisis sobre la base del *nomen iuris* con que se le denomina al delito que se le imputa, sino que la tarea del Tribunal Constitucional va mucho más allá y debe verificar el suceso fáctico en el que se sustentaron uno y otro proceso.

Lo aquí afirmado cobra mayor preponderancia si tenemos en cuenta que en anterior pronunciamiento el Colegiado Constitucional ha precisado que: “(...)El elemento denominado identidad del objeto de persecución consiste en que la segunda persecución penal debe referirse “al mismo hecho” que el perseguido en el primer proceso penal, es decir se debe tratar de la misma conducta material, sin que tenga en cuenta para ello la calificación jurídica (...)”²¹ y por último “**La identidad de fundamento** que es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo

²¹ Exp. N° 02600-2009-PHC/TC, fundamento 15/17

contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o in mismo interés protegido”²².

Al respecto hay algunas críticas que hacer al TC peruano, primero que han hecho un mal uso de la terminología, puesto que cuando el Tribunal Constitucional Federal Alemán acuñó los términos, no lo hizo bajo la denominación de “identidad”, si no bajo la denominación de “unidad”.

Segundo el TC peruano establece para el caso en concreto en muchas resoluciones que no se podrá dar el *nebis in ídem* entre estas dos materias puesto que no habrá una unidad de fundamento por la naturaleza de ambas ramas del derecho, a criterio personal creo que el TC se equivoca, puesto que si podría darse el caso de que haya una unidad en el núcleo del delito penal y administrativamente sancionado, va a depender del análisis de cada caso en concreto, recordemos que el núcleo del derecho penal es el delito y el núcleo del derecho administrativo sancionador es el injusto, por lo que materialmente no es imposible que en algún caso en concreto pueda existir unidad de fundamento y más aún si tomamos en cuenta la culpabilidad administrativa sancionadora es muy similar a la culpabilidad penal, pero dicho análisis no es motivo de la presente tesis.

²² Exp. N° 1176-2003- AA/TC, fundamento 19

A modo de conclusión se puede establecer que tanto el derecho civil como administrativo sancionador difícilmente podrían hacer frente a la conducta criminal que pueden llegar a tener los entes organizativos, lo que las hace insuficientes frente al derecho penal.

1.6.2 Necesidad jurídico penal de reconocer responsabilidad penal a entes colectivos

Para establecer la necesidad jurídico penal de reconocer responsabilidad penal a entes colectivos, partiré desde la concepción sociológica de sujeto contaminante que se ha explicado en el punto anterior, no obstante, es importante recalcar que “la falta de cohesión entre ambas disciplinas (el derecho penal y la sociología) hoy en día es más notoria que nunca, puesto que el derecho penal como ciencia en gran parte se ha quedado detenido en las bases de las teorías absolutas, mientras que la sociología ha ido evolucionando en una paulatina racionalización” (ZUGALDIA: 1990, p. 68).

Por lo que es necesario redefinir algunas cuestiones tradicionales, que versan no solo sobre la teoría del delito, si no sobre el derecho penal en general a fin de poder hacer frente de la forma más eficaz posible a la criminalidad que evoluciona día a día, no digo que hay que abandonar todas las concepciones tradicionalistas porque son obsoletas, no es así, pues es innegable las ventajas que ofrece, solo por poner un ejemplo desde las construcciones dogmáticas de Von Liszt se ha tenido un importante avance en la edificación de las democracias,

o para expresarlo en palabras de Enrique Gimbernat “El dogmatismo penal hace viable establecer límites y definiciones y por ende ejercer una aplicación confiable y calculable del mismo, lo que es una enorme ventaja puesto que mientras menos desarrollado este un dogmatismo dejara más abierta la posibilidad a la imprevisibilidad y a la improvisación, lo que en la evaluación de factores determinantes para establecer la condena o absolución de una persona sería catastrófico” (GIMBERNAT, 2008: p. 58).

No obstante si se hace una interpretación exagerada de estas ventajas se pueden convertir en desventajas, por ejemplo si por temas de conveniencia o populismo punitivo el legislador hace, como lo ha hecho en el caso peruano, uso desmedido del carácter de fragmentariedad y principio de culpabilidad del derecho penal se dejan de criminalizar aquellos actos que ocasionan una dañosidad social, como en el caso de la criminalidad empresarial, por lo que en las siguientes líneas fundamentare en base a los criterios ya expuestos la necesidad jurídico penal de reconocer responsabilidad penal a entes colectivos.

1.6.2.1 Dificultades de imputación objetiva he imputación subjetiva

Bernardo Feijoo Sánchez al pronunciarse sobre la responsabilidad penal de entes organizativos establece que “si se hace un símil con el representante de un menor de edad, quien actuando en nombre de este comete un acto ilícito en provecho del propio menor de edad al que

representa, a nadie se le ocurriría imputarle el actuar ilícito al menor de edad, entonces ¿Por qué la solución a la problemática que reviste a la imputabilidad de personas jurídicas tendría que ser distinta?” (FIEJOO SANCHEZ, 2012: p. 253).

Razonamiento que nos invitaría a pensar que la discusión en la que se ha sumergido la doctrina en cuanto a si los entes colectivos pueden llegar a tener o no capacidad de acción y culpabilidad, tal vez no sea el camino más adecuado para obtener una respuesta satisfactoria de cara al problema que genera la criminalidad económica, sino que el meollo del asunto va por otro lado, en determinar si es posible y sobre todo si es sostenible acorde a los modelos de imputación penal fijados en la dogmática comparada, crear un injusto para los entes organizativos independiente al de las personas naturales.

Obviamente para sostener esta idea habría que dejar de lado la concepción psicológica y naturalista de la acción y aceptar criterios normativos con valoración social admitiendo de esta manera la potencial contaminación y dañosidad social que pueden llegar a causar los entes organizativos, y por ende las hace pasible de ser sancionadas penalmente, es importante resaltar que dicha concepción no dejaría de ningún modo cumplir con las esencia de la norma penal como continente de desvalorización de acción y desvalorización de resultado.

Siendo necesario también que el injusto del ente organizativo no sea el mismo injusto que el de la persona natural, puesto que si se sigue con las concepciones clásicas de la teoría del delito, obviamente nos enfrentaremos a problemas como los generados con la culpabilidad, considero por ejemplo que el dolo para los entes organizativos tiene que ser construido con fundamentos netamente normativistas, y no desde concepciones psicológicas como está pensado el dolo tradicional (conocimiento más voluntad), aunque solo por hacer referencia, hoy en día un sector de la doctrina considera que esa concepción clásica debería cambiar, desconociendo el elemento volitivo del dolo, teoría a la que allano, puesto que es la conclusión lógica a la que se llega si se tiene en cuenta que la voluntad no es un elemento autónomo del conocimiento.

El derecho penal al sancionar conductas y no resultados sienta como base la exigencia de un determinado conocimiento de puesta en peligro de bienes jurídicos y del actuar que se le exige a un determinado sujeto en esas circunstancias, no obstante tal como ya he mencionado líneas arriba el crear un sistema de imputación paralelo para entes organizativos significaría una fuerte inversión onerosa para el Estado, empero considero que esto es necesario, puesto que es la única forma de hacerle frente eficazmente a la criminalidad económica que está sufriendo no solo el Perú, si no el mundo entero.

1.6.2.2 Dificultades en base a la proporcionalidad de las penas

Otro de los cuestionamientos que ha habido en cuanto la imposición de medidas de carácter penal hacia los entes organizativos ha sido la proporcionalidad de las penas, puesto que, si por citar el caso de la aplicación del art. 105 inc. 1° del Código Penal vigente se le aplica como medida a un ente organizativo sometida a un proceso penal la clausura temporal de sus locales, se verán afectados no solo el o los individuos que cometieron el hecho ilícito, sino también los trabajadores que no tuvieron nada que ver, puesto que se quedarían sin trabajo, empero bajo el mismo supuesto, el sicario que mata a una persona a cambio de S/5,000.00 (cinco mil nuevos soles), es sentenciado a 15 años de pena privativa de libertad y al salir libre después de cumplir su condena al llegar a su casa se topa con que su esposa ha buscado a otro marido, también sería desproporcional.

En ambos supuestos la imposición de una pena trae daños colaterales indudablemente, pero no por eso se puede dejar de imponerlas, puesto que el fin preventivo de la pena satisface dicha necesidad y consecuencias colaterales que la misma trae consigo, no obstante en cuanto a los entes organizativos bajo determinadas circunstancias si se puede modular esta gradualidad, me explico mejor, cuando un ente organizativo que tiene capacidad organizativa y esta capacidad organizativa es defectuosa, va a permitir establecer la existencia de un injusto organizativo lo que implica también que la autorreferencialidad como sistema autopoiético de orden

superior no va a ser igual para los órganos internos que componen al ente colectivo.

Lo que permitiría modular el grado de mayor o menor sanción que va a recibir el ente organizativo propiamente dicha así como los individuos que la componen, lo que resultaría beneficioso incluso para el propio ente organizativo como sujeto procesal pasible de imponérsele una sanción penal, puesto que si no se logra determinar que ha tenido un grado de autorreferencialidad suficiente que esté por encima de un límite mínimo a establecer a fin de determinar complejidad y dimensión, estaría exenta de responsabilidad penal.

1.6.3 Necesidad práctica de reconocer responsabilidad penal a entes colectivos

Ya establecidas las necesidades político criminales que fundamentan el reconocimiento de imputación penal así como fijados los criterios jurídico-penales a seguir para una adecuada imputabilidad penal a entes organizativos en este acápite me ocuparé de develar los posibles problemas de aplicación de las mismas y plantear posibles soluciones puesto que si con la presente tesis se pretende dar una respuesta satisfactoria hacia los problemas que se está teniendo en la legislación penal actual, no basta únicamente con elaborar construcciones de índole dogmático, sino que además las mismas tiene que ser

de aplicación viable y que al llevarlas a la práctica satisfagan los motivos político-criminales que dieron origen al estado de la cuestión aquí tratado.

1.6.3.1 Construcción de un injusto propio para entes colectivos

La problemática generada en la práctica para enfrentar a la criminalidad económica que día a día va en aumento es muy grave, principalmente porque la propia regulación legislativa que regula el actuar ilícito de entes colectivos es incongruente y hasta confuso.

Claro ejemplo de ello se puede apreciar de las conclusiones absurdas a las que se llega del art. 90° del Código procesal penal del 2004, el cual establece: “Las personas jurídicas, siempre que sean pasibles de imponérseles las medidas previstas en los artículos 104 y 105 del Código Penal, deberán ser emplazadas e incorporadas en el proceso, a instancia del Fiscal” la propia estructura de dicho artículo está mal elaborado puesto que el acuerdo plenario N° 07-2009/CJ-116 establece en su fundamento 9° que el art. 104° del Código Penal regula consecuencia jurídica de naturaleza civil subsidiaria que deberá afrontar el ente organizativo ante las limitaciones económicas de sus funcionarios o dependientes vinculados en la comisión de una infracción penal y el art. 105° es eminentemente de naturaleza penal.

Lo que genera problemas al momento de aplicar dicho artículo, dado que el legislador al igualar los efectos jurídico-penales y procesales para los supuestos de hecho (con sus respectivas consecuencias jurídicas) que establecen tanto el art. 104° como el art. 105 está induciendo a error al operador judicial.

En segundo lugar nos enfrentamos en la práctica ante problemas de investigación puesto que los representantes del Ministerio Público al toparse con una estructura organizacional interna compleja de un ente colectivo al intentar aplicar como parte de sus técnicas de investigación dogmáticas teóricas tradicionalistas, puesto nuestro sistema penal está basado en ello, terminan diversificando la investigación y cuando culmina el plazo de investigación preparatoria se topan con que no tienen una teoría del caso contúndete para formalizar denuncia o acusar directamente, puesto que lo que intentan probar durante su investigación es únicamente la responsabilidad individual de la comisión del hecho ilícito dentro del seno de la entidad organizativa y dada la complejidad de estas al final terminan sin un responsable directo por no focalizar el problema en sí.

Lo que genera impunidad para el caso en concreto del principal sujeto dañino: el ente organizativo, muchos podrán decir: pero están regulados en el art. 105° y 105° - A medidas para esas situaciones, a esas personas les pediría que observen los casos en los que están inmersos entes organizativos, se llevarían una gran sorpresa al ver que son contados con

los dedos de las manos los casos en que se ha solicitado la aplicación de consecuencias accesorias, no existiendo a la fecha sentencias concretas por encontrarse aun los procesos en etapa de investigación preliminar o etapa intermedia, y es que tal como está estructurado nuestro sistema penal actual mientras no se determine un responsabilidad individual penal no será factible sancionar al ente organizativo, pero esto analizaremos más a fondo en el capítulo siguiente.

Por el momento bajo los fundamentos establecidos manifiesto mi posición a favor de la creación de un sistema de injusto objetivo y subjetivo propio para entes colectivos que no tenga que depender del injusto regulado para personas físicas, ni estar adecuada a la misma, puesto que los criterios de imputabilidad tienen distintos, recalco la idea de que menciono solo injusto y no culpabilidad porque como ya se ha explicado considero que los elementos analizados en la culpabilidad deben ser analizados en los otros elementos de la teoría del delito, por lo que la culpabilidad propiamente dicha esta extinta.

1.6.3.2 Necesidad de desvincular la responsabilidad de la persona natural de la responsabilidad de entes colectivos

El sistema actual elaborado para entes colectivos depende de la comisión delictiva de la persona natural lo que nos lleva a problemas graves

de índole práctica, como el hecho de que, si no logra individualizar y por ende identificar y ubicar a la persona natural, deviene en inverosímil el procesar al ente organizativo, de otro lado, si se logra individualizar y ubicar a la persona natural que ha cometido el ilícito, pero esta durante el proceso muere bastaría con que el ente colectivo argumente como medio de defensa técnica que tiene una adecuada organización y que el único elemento contaminante era el individuo imputado y ahora fallecido, lo que conllevaría al archivamiento del caso, argumentos que afianzan más la posición de que exista un injusto separado para ambos sujetos procesales.

Ahora bien, en el supuesto de que un individuo integrante del ente colectivo, sea el gerente general, administrador de hecho, administrado de derecho u de otra índole, se encuentra como imputado y el ente organizativo, en virtud de lo establecido por el Código Procesal Penal del 2004, es integrada al proceso penal también como imputado, puede generar muchos problemas si tenemos en cuenta los efectos negativos de tener un sistema de imputación único tanto para personas naturales como para entes organizativos, ya que existirá una finalidad mutua de incriminar al otro sujeto procesal y de esta manera evadir la imputación realizada en su contra, lo que puede llevar a una manipulación probatoria maliciosa, lo que no ocurrirá si se instaura una regulación de injusto que corra por vías paralelas para el individuo y el ente organizativo.

1.7. La autorreferencialidad suficiente en entes colectivos concebidos como sistemas autopoieticos de orden superior de segundo grado

La mayor influencia que se ha tenido en el derecho penal a nivel mundial proviene de Alemania, pues sus construcciones dogmáticas en este campo han sido y siguen siendo dignas de admiración y aplicación, es por eso que muchas legislaciones las han asumido al momento de dictar las leyes que han plasmado en sus respectivos códigos penales, es el caso del sociólogo alemán Niklas Luhman y su teoría de los sistemas autopoieticos, que aunque tiene una acogida limitada en cuanto a la estructura propiamente referidas a la imputación individual en el derecho penal, su aporte a la imputación penal de entes organizativos es de inconmensurable valor, pues si observamos a un ente organizativo como un sistema autopoietico²³ integrante y de participación constante dentro de una sociedad se puede afirmar que el reproche que se le pueda llegar a hacer va a estar fundamentado en el abuso de la libertad de autorregulación que predicen.

Luhman planteo por primera vez algunas pinceladas de este dogma a través de su teoría: funciones y consecuencias de las organizaciones formales, no obstante no es hasta mediados de los ochentas cuando manifiesta este esquema teórico novísimo para la época, parte desde la idea de que el derecho debe ser concebido en un sentido epistemológico social, criticando de esta manera los planteamientos de Habermas y Foucault, principalmente porque, en criterio de él, ambos genios de la filosofía

²³ Entiéndase por autopoietico en el sentido estricto biológico de la palabra, un sistema autónomo e independiente que se auto conduce y auto reproduce a sí mismo, no se crea, se auto reproduce

consideraban a las estructuras autorreferenciales desde el punto de vista netamente racional.

En el caso de Habermas y desde un punto de vista discursivo en el caso de Foucault, lo que llevaba hacia una conclusión paradójica y pese a ello las soluciones que estos planteaban únicamente era evadir dicha paradoja al precio que sea, la teoría de los sistemas autopoiéticos en buena trata sobre estas paradojas en las que nos inmiscuimos cuando hablamos de autorreferencialidad, primero habrá que definir qué se entiende por autorreferencialidad, que en buena cuenta es lo que va a permitir la autodeterminación del sistema frente al entorno que lo rodea, y cuando esta autorreferencialidad es suficiente o bastante se convierte en un criterio de imputación.

Luhman lo explica de una manera compleja, pero intentare traducirlo a través una analogía sencilla, si comparamos a un ente organizativo con el ser humano podemos establecer que ambos sujetos epistémicos tienen un punto inicial: el nacimiento, en el caso del ser humano a través del alumbramiento y en el caso del ente organizativo a través de la inscripción en registros públicos, pues bien, ambos sujetos van a ir desarrollándose en sociedad, pues su fin es ese, llegar a tener un desarrollo pleno en sociedad, pero en determinado punto deciden desviarse del camino y actuar en contra del derecho, lesionando bienes jurídicos de relevancia penal, en el momento en que esto suceda es que nos va a poder determinar la necesidad y merecimiento de pena traducido en una autorreferencialidad suficiente, puesto que si el sujeto no cuenta con ello, no se le podrá reprochar penalmente su actuar.

Pongo un ejemplo de esto ¿Por qué a un niño 5 años no se le puede imputar la comisión de un delito como hurto, aun cuando este lo hubiere cometido? La respuesta es lógica: porque no tiene aún desarrollada su autoconciencia criminal y mucho menos tiene un grado de autorreferencialidad suficiente que nos permita reprocharle dicha conducta, bajo esa misma lógica ¿Por qué se tendría que reprochar penalmente el actuar a un ente organizativo que no tienen el tiempo necesario desde que fue concebida ni la dimensión necesaria que nos permita establecer un grado de autorreferencialidad suficiente? Lo que se convierte en un requisito cardinal para la responsabilidad penal de entes organizativos.

Establecido este punto se puede afirmar que la autopoiesis como construcción social tiene sus bases en la comunicación, entendida esta como la síntesis de intercambio de información, recepción, entendimiento y participación de mensajes, separando las construcciones sociales psíquicas de la realidad, esta es la principal diferencia entre los sistemas autopoieticos de Luhman, la intersubjetividad racional de consenso de Jürgen Habermas y la episteme discursiva de Michael Foucault.

Se diferencia del pensamiento de Habermas porque éste une a la comunicación con la conciencia y se diferencia de Foucault porque éste concibe al sujeto como una construcción históricamente accidental entre el discurso y el poder. Por lo que “la comunicación que se va a dar en entes organizativos va a estar traducida en un sistema compuesto por decisiones, por lo que los entes colectivos se van a autorreproducir en base a decisiones que van a servir como ejes conectores a futuras

decisiones (...) lo que va a concatenar que una misma decisión configure un fin y a la vez un comienzo” (Cf. LUHMAN, 1985. p. 132-135).

Fundamentos que también permiten afirmar la autonomía del propio ente organizativo a la de los miembros que la componen, lo que también nos lleva a la conclusión de que “las condiciones de miembro ya no van a estar establecida en función a algún individuo determinado, sino que dicha condición va a estar determinada en función de la estructuralización interna del propio sistema, en consecuencia, el propio ente colectivo es quien va a disponer de criterios que le permitan controlar la condición de miembro” (LUHMAN, 1993: p. 156).

En cuanto al momento de imputación penal Gunther Teubner interpretando la teoría de Lhuman señala que “el ente colectivo termina su “minoría de edad” cuando se produce un vínculo entre los caracteres autorreferenciales del propio sistema organizativo del ente organizativo, momento en el cual surge el auténtico actor corporativo; estos círculos autorreferenciales se manifiestan a través de cuatro esferas:

- a) **La estructura del Sistema:** Se materializa a través de los programas de decisión que constituyen a la organización.

- b) **Los elementos del Sistema:** son las decisiones u operaciones que van a constituir la autopoiesis en sí del sistema organizativo del ente colectivo.

- c) **El límite del Sistema:** Que vendría a ser la condición de miembro que poseen; y

- d) **La identidad del Sistema:** Que vendría a ser la propia identidad Corporativa” (TEUBNER, 2002: p. 546 y ss.).

De esta manera cuando, por un lado la decisión corporativa se vincula de forma hipercíclica con la identidad corporativa, y por otro lado las normas del propio sistema son las que determinan quien o quienes son miembros del ente colectivo, entonces nace la figura del “actor corporativo como una realidad totalmente diferente y paralela a cada uno de los sistemas psíquicos subyacentes, comenzando así a adquirir una capacidad auto-organizativa que excede la capacidad organizativa individual que poseen cada uno de sus miembros” (*Ibidem.*), por lo tanto lo determinante aquí es que tanto el sistema organizativo como el sistema psíquico deben desarrollar una determinada complejidad interna que sean suficientes para poder ser consideradas “personas” en el Derecho Penal moderno, de esta manera la “complejidad interna suficiente” se convierte en un presupuesto cardinal para poder desarrollar una autorreferencialidad que sea bastante para poder permitir la autodeterminación del propio sistema con relación al entorno, lo que va a permitir también fijar este criterio como criterio de imputación penal para los entes organizativos.

1.8. Modelos establecidos en la dogmática comparada para el reconocimiento de responsabilidad penal a entes organizativos.

Una vez establecidas la necesidad del reconocimiento penal de responsabilidad a entes organizativos es menester hacer un estudio sobre las Fórmulas metódicas que se han edificado en la dogmática comparada para dicho fin, lo que sentará las bases para, en el siguiente capítulo, criticar los esquemas asumidos por el legislador peruano y la problemática que esto genera.

1.8.1 Modelo de imputación penal a entes colectivos que no poseen culpabilidad

Propuesto por Brenard Schünemann con su teoría del estado de la necesidad del bien jurídico quien partiendo desde razones puramente criminológicas establece que el derecho penal actual se encuentra disminuido frente a la evolución que ha tenido la criminalidad, “los modelos individualistas que fueron concebidos siglos atrás han caído en desuso y se han visto ineficaces frente a la criminalidad económica, por lo que intentar optimizar el derecho individual penalmente hablando carece de mayor sentido” (*Cf.* SHÜNEMANN, 1989: p. 105 – 110)

Además de afirmar enfáticamente que no se puede elaborar un esquema de imputación penal para entes organizativos fundado en la culpabilidad propiamente dicha, puesto que se estaría vulnerando el principio de

proporcionalidad (*Ibidem*, p. 118), siendo así que, en criterio de este jurista, por más que se intente adaptar la culpabilidad individual con el fin de poder hablar también de una culpabilidad empresarial, esto sería imposible puesto que cualquiera que sea el análisis que se siga, siempre se llegara a desembocar en la culpabilidad individual de las personas naturales que la componen, además que realizar dicho procedimiento podría tener un fin perverso, puesto que “al crear un engendro jurídico, no se estaría buscando una solución para el problema, si no muy probablemente se buscaría únicamente ocultarlos” (*Ibidem*, p. 152).

Por lo que la posible solución de cara a la responsabilidad penal de entes organizativos no está enfocada hacia la capacidad de culpabilidad que ésta pueda tener, si no en “la necesidad existente de salvaguardar los bienes jurídicos y en la peligrosidad existente en cuanto a una actitud criminal grupal se refiere” (*Ibidem*).

Por otro lado, en España quien se mostró un adepto seguidor de la tesis planteada por Shünemann fue el profesor Bajo Fernández, quien basándose en “la imposibilidad de acoplar al derecho administrativo sancionador con el derecho penal (procedimentalmente hablando), principalmente porque el derecho administrativo sancionador no es el ideal para hacer frente a la criminalidad organizada, y a fin de no generar impunidad se debe construir un derecho penal paralelo para los entes colectivos, puesto que la necesidad criminológica de esta es incuestionable, empero dicha estructuración dogmática no puede estar basada en la culpabilidad, puesto que la misma es totalmente incompatible con

las personas jurídicas por su naturaleza, y tampoco puede estar fundamentada en sanciones penales, si no, lo más adecuado sería fijarles medidas de seguridad” (Cf. BAJO FERNANDEZ, 1996: p. 17-34).

Lo que se legitimaría si se concibe a la norma dirigida para tal fin no como un mandato determinativo si no valorativo, además sostiene que “los entes colectivo a medida que vaya transcurriendo el tiempo pueden ir forjando una actitud tendiente hacia la comisión de delitos, sin que pueda estar vinculado necesariamente a algún individuo en concreto que compone a dicho ente colectivo, lo que nos llevaría a afirmar que el injusto de un ente colectivo debe estar establecido en función al actuar reprochado jurídicamente que pueda llegar a tener este en su interacción en sociedad” (*Ibidem*), lo que concuerda también con lo propuesto por Ernest Lampe quien establece que “el ente colectivo que presenta potencialidades criminales da pie a la creación de un injusto propio, lo que es posible sostener si se toma en cuenta la filosofía criminógena que poseen estos entes y su organización compleja “ (LAMPE, 1994: p. 122).

1.8.2 Modelo de imputación penal basado en la personalidad organizativa: *the Vicarius Liability und the Organizational Sentencing Guidelines*

Esta estructura dogmática fue concebida en el sistema anglosajón a fin de hacer frente a la criminalidad empresarial, es el más tradicional y a la vez el de más sencilla aplicación, en la tradición de este sistema consiente la responsabilidad penal de entes colectivos desde fines del siglo IX, esta es la

diferencia sustancial si lo comparamos con el sistema asumido en nuestro país, en cuanto a lo que al desarrollo temático de la presente tesis concierne, que se ha visto influenciado totalmente por la dogmática alemana y española.

En un primer momento “las medidas aplicables para entes colectivos estaban delimitados por infracciones de carácter objetivo, no existía una imputación penal individual hacia los integrantes de estas empresas, todo se regía por lo establecido por el *Strict Liability*” (GOMEZ JARA DIEZ, 2006: p. 46)- No obstante en 1897 la Corte Suprema Estadounidense marco una distinción y apartamiento del modelo que venía rigiendo hasta ese momento, en el caso *Coleman Manufacturing Company Vs Mills*, donde por primera vez este Tribunal Supremo reconoce a un ente colectivo responsabilidad penal por las acciones que tuvo hacia sus trabajadores “Existen algunos trabajadores integrantes de las organizaciones colectivas que pueden ser reconocidos como la voluntad rectora del ente colectivo y cuya voluntad se traduce en la voluntad que tiene la persona jurídica (...)” (Cf. LAUFER, 2006: P. 72).

Es a raíz de este pronunciamiento, que la mayoría de jueces de instancias inferiores instauraron en la práctica judicial un sistema al que llamaban *Vicarius Liability*, “el cual se entiende como la imputación a raíz de la cual se le puede atribuir a la persona jurídica acto criminal y dolo directo, al considerarse que los entes organizativos pueden llegar a ser penalmente responsables por las conductas que pudieren tener los empleados que la conforman, siempre y

cuando estos actúen en beneficio de la propia persona jurídica y sin exceder los límites que les fueron fijados por la misma” (LAUFER, 2006, p. 74 y ss), lo que en la práctica resultaría de sencilla aplicación, puesto que la responsabilidad de un ente colectivo estaría determinada bajo el accionar del empleado en determinadas circunstancias.

Claro que el sistema románico clásico critico duramente al denominarlo: justicia plástica y predecible dado que si se logra demostrar que el manejo del ente organizativo ha efectuado actos de diligenciamiento que se puedan considerar suficientes ante el derecho penal, el accionar aislado de uno de sus empleados carecería de relevancia; cuestionamientos que calaron en el propio sistema anglosajón y que ya habían sido advertidas por algunos magistrados que cuando se toparon ante un caso que demandaba aplicar el *Vicarius Liability* resolvieron de distinta forma, claro ejemplo es la sentencia emitida en 1947 para el caso *United States rel Potter vs Bakinnng Company* en la que el Tribunal estatal de Orégon resolvió que no era factible sancionar penalmente a una empresa por el accionar ilícito de alguno de sus empleados en la medida que si un ente organizativo va creciendo a consecuencia de la dinámica propia de su desenvolvimiento económico se va haciendo más improbable que el actuar de sus empleados refleje la voluntad propia del ente organizativo.

Lo que dio origen a una restructuración a partir de 1962 naciendo como producto de esta las *Organizational Sentencing Guidelines* la cual estaba regida por la idea de que únicamente un individuo que cuente con el conocimiento y

poder de determinación suficiente dentro de la organización colectiva podría desencadenar una responsabilidad empresarial, no obstante la idea no era aceptada unánimemente, por lo que en 1984 ante la incertidumbre jurídica el congreso estadounidense dicta mediante ley las directrices para sentenciar a organizaciones criminalmente responsables.

Con la cual se abandona completamente los fundamentos del *Vicarius Liability* “se instaura un modelo en el que se tenía que demostrar una indubitable responsabilidad empresarial no derivada de los individuos que la componen, si no procedente de los atributos de organización propiamente reconocidos” (STRUDLER, 2001, p. 88), “debiéndose primero basar en las prácticas comunes del ente colectivo a fin de determinar un comportamiento ilícito estándar en el tiempo, segundo se evaluara si ante el conocimiento de algún acto ilegítimo el ente organizativo ha tenido el actuar diligente que se le exige en dichas circunstancias, refiriéndose en este punto no solo al hecho de denunciar el acto ilegítimo a las autoridades competentes, sino también al grado de colaboración que haya tenido hacia la administración estatal, en tercer lugar se evaluara la personalidad organizativa es decir las políticas laborales, la misión y visión, lo que va a determinar el grado de responsabilidad puesto que si el ente organizativo tiene un actuar delictivo, esto será comunicado hacia sus trabajadores a través de las políticas empresariales que maneje” (*Ibidem*, p. 104 y ss.)

1.8.3 Modelo de imputación penal basado en el hecho de referencia como conector en entes colectivos que no poseen culpabilidad (heterorresponsabilidad)

Este modelo se caracteriza porque el hecho de conexión está “constituido por actuar ilícito de las personas naturales que conforman al ente organizativo, actuar ilícito que es típico, antijurídico y culpable y por ende genera una reprochabilidad penal, a través del cual se le va a imputar al ente organizativo la acción realizada por dichos individuos que la conforman , y su fundamento está en que más que buscar una legitimación de las medidas penales aplicables como sanción a los entes colectivos, está el establecer quienes y bajo qué condiciones realizaron el actuar delictivo desde el interior o en nombre del ente colectivo para el beneficio de la misma o beneficio propio a través de la misma” (*Cf.* GOMEZ JARA, 2010: p. 138), debiendo cumplirse los siguientes requisitos:

- a) La existencia de un hecho de conexión: primordial para determinar quién desencadenó la responsabilidad penal que puede llegar a tener el ente colectivo, por considerarse responsable a la misma de los hechos ilícitos en que pudieren haber incurrido sus integrantes, no obstante, no cualquier persona puede cometer el ilícito, si no que el autor tiene que tener una vinculación directa con el ente organizativo, además de ostentar cierto grado de mando dentro de la organización interna del ente colectivo.

- b) El realizar el accionar delictivo dentro del marco circunscripto al ente organizativo: lo primordial aquí es determinar cuándo y cómo se dio el hecho de conexión para dar pie a una imputación penal a la ente colectivo.

- c) El actuar en beneficio de la entidad organizativa: dirigido principalmente a la determinación de en qué supuestos el ente organizativo va a ser agraviada o culpable del ilícito cometido (*ibídem* p. 142-148).

Otra cualidad de este modelo es que tal como está estructurado no reconoce el que el ente organizativo pueda alegar como medio de defensa técnico que tiene una estructuralización y políticas internas que van conforme a derecho, puesto la culpabilidad del individuo y la responsabilidad en que pudiere incurrir se va a trasladar hacia el ente colectivo.

1.8.4. Modelo de imputación penal basado en el hecho de referencia como conector y culpabilidad propia de en entes colectivos (autorresponsabilidad)

Postulada por Klaus Tiedemann en la Universidad de Friburgo a través de su teoría denominada: la culpabilidad por defecto de organización, el profesor de Friburgo toma como punto de partida la idea de que ha sido un nefasto error

elaborar paradigmas sobre la responsabilidad penal de entes organizativos en base a los cánones establecidos tradicionalmente para las personas naturales, analiza la ley contra la criminalidad económica dictada en Alemania en 1986, lo que le llevo a la conclusión de que “si una ley penal expresamente establece una prohibición a entes colectivos y por ende es éste el principal destinatario de la norma, es porque el legislador implícitamente le está reconociendo capacidad de acción y por ende también puede originar los efectos de la norma” (TIEDEMANN, 1991: p. 49).

Es más, si se mira las bases por ejemplo del derecho competencial o el propio derecho mercantil, está dotado de esta clase de normas donde la prohibición no está dirigida necesariamente al individuo, sino, y con vehemencia, hacia las asociaciones colectivas que estos conforman: el ente organizativo, Tiedemann establece también que

“aparentemente es erróneo sostener que para que se configure algún tipo penal la persona jurídica tendría que actuar a través de un individuo, puesto que el ente colectivo estaría respondiendo a título de autor por un hecho ajeno y el derecho penal es personalísimo, no obstante, dado que la dogmática penal también regula el hecho que una persona pueda responder penalmente al no realizar la conducta típica, como es el caso de la coautoría y autoría mediata, se puede establecer como primera conclusión de que la persona jurídica al responder por conductas realizadas no por ella misma, si no por sus

órganos internos, en realidad está respondiendo por conductas propias” (Cf. *Ibidem*, p. 72-110)

Señala también que “el accionar de un conjunto de individuos que pertenecen a un ente organizativo no se puede entender de otra manera que acciones del ente colectivo propiamente dicho, porque ésta en todo caso, ha omitido el deber de tomar las medidas preventivas necesarias a fin de asegurar un correcto y adecuado desenvolvimiento en sociedad, por lo que un actuar ilícito dentro de un ente colectivo que no ha previsto esto, no se trata de un error humano, sino de un error por defecto de organización” (Cf. *Ibidem*, p. 124-130)

Hace también una analogía con el *actio libera in causa* para establecer el momento de la culpabilidad, que en el caso de los entes organizativos no sería al momento de la comisión del delito, si no al momento en el que dicho ente colectivo omitió el deber de cuidado necesario para evitar la comisión de delitos que fue cometido justamente como producto de una incorrecta organización, por lo que el ente organizativo respondería por autorresponsabilidad.

CAPITULO II: EL ENTE ORGANIZATIVO FRENTE A LA ESTRUCTURA PENAL ESTABLECIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

En el Perú y en Latinoamérica en general la discusión en torno a la responsabilidad penal de entes organizativos no es muy antigua, hemos sido influenciados por la doctrina alemana y española, tomando las estructuras dogmáticas que ellos han creado para sus realidades sociales y sin un mayor análisis sobre la pertinencia y conducencia de aplicar las mismas en nuestra realidad interna simplemente las hemos hecho nuestras, lo que nos ha llevado a un punto de declive he incongruencia actual en el que subyacen dos sistemas de regulación distintas en su naturaleza y que claramente viola el principio de legalidad, problemática que será tratada en el presente capítulo.

2.1. Precedentes históricos de regulaciones de relevancia penal sobre entes organizativos previos al código penal de 1991

Los primeros esfuerzos en nuestro país para introducir medidas que sean aplicables a los entes organizativos se remonta a 1840, inclinados al desarrollo industrial que se vivía en ese momento en nuestra realidad y cuyo mayor énfasis se encontraba en la industria manufacturada, siendo así que los primeros alcances normativos para implementar medidas a este sector de la industria que crecía desmesuradamente estuvieron tipificados en los art. 631°, 632 y 633° en el Código Penal de Santa Cruz de 1836, los que estaban tipificados bajo el siguiente texto legal:

Art. 631°: “La quiebra en concordancia con las Leyes y/o Código de Comercio que fuera resuelta maliciosa, será sancionada con pena igual a las que la ley impone a los autores de hurto, y con proporción a las cuantías de la quiebra. Si la quiebra fraudulenta fuere hecha por cambista, corredor o comisionado sufrirá el reo de uno a ocho años de presidio”.

Art. 632°: “La quiebra causada por temeridad, desidia o mala conducta del quebrado, sin haber intervenido algún hecho conducente a defraudar a los acreedores, será castigada con la pena de reclusión por el tiempo de dos a seis años. Si el quebrado fuere cambista, corredor, comisionado o factor, que hubiese disipado las mercaderías o caudales ajenos recibidos o encargados, sin intervenir especie alguna de substracción de dichos caudales o mercaderías, será castigado con la pena de reclusión de cuatro a ocho años.

Las empresas arriesgadas, no siendo temerarias, no deben reputarse culpables.”

Art. 633°: “Toda quiebra maliciosa lleva consigo la infamia y será igualmente declarada infame el corredor, cambista o comisionado quebrado por disipación”.

Para hacer una correcta interpretación de los tres artículos hay que tener en cuenta que el Código Penal de Santa Cruz de 1836 se creó bajo los parámetros de voluntad y libertad (que se estableció literalmente en su artículo primero) enfocados desde los conceptos de culpa y dolo; este ánimo por instaurar medidas contra los entes organizativos en la normatividad penal no se volvió a repetir hasta 1966, periodo en el cual nuestro país pasaba una lamentable situación económica, por lo que el gobierno de ese entonces se vio en la necesidad de instaurar una serie de medidas normativas para aplacar las necesidades más urgentes de la sociedad, dentro de este paquete de medidas que se promulgaron en el ámbito penal destacó la tipificación de los delitos de: defraudación de renta de aduanas y contrabando de mercadería que fueron regulados en el art. 1° y 2° del Decreto legislativo N° 16185 bajo la siguiente regulación penal:

Art. 1°: “El que internare o extrajere del territorio nacional clandestinamente mercaderías de cualquier clase, eludiendo, en esa forma, el pago de los impuestos y tasas de aduanas o infringiendo disposiciones que prohíban o limiten diversas operaciones, incurrirá en delito de contrabando y será

reprimido con prisión no menor de dos años ni mayor de ocho años. Sin perjuicio de la disposición que antecede, será reprimido por delito de contrabando: a) El que internare mercaderías por lugares donde no existe Aduana, y el que valiéndose de cualquier medio introduce al país mercaderías extranjeras, violando las disposiciones legales respectivas y burlando el pago de los derechos de importación y demás gravámenes vigentes; b) El que introduzca subrepticamente mercaderías extranjeras dentro de los recintos aduaneros sin haber cumplido las obligaciones aduaneras; c) El que desembarque subrepticamente mercaderías de los transportes, suministros de las naves o efectos de la tripulación; d) El que interne o extraiga mercaderías ocultándolas en doble fondo, dentro de otras mercaderías o dentro de los transportes, o entre las ropas de las personas y, en general, en cualquier otra forma que tenga por objeto eludir el control aduanero; e) El que interne o extraiga mercaderías cuya importación o exportación está prohibida por las leyes o reglamentos; f) El que transborde clandestinamente mercancías extranjeras; g) El que interne mercancías extranjeras procedentes de zonas que disfruten de tratamiento especial en la aplicación del impuesto de importación, hacia otras zonas a las que no alcanza dicho régimen, sin que se haya pagado previamente los derechos respectivos; h) El que, siendo o no comerciante, posea mercaderías extranjeras destinadas a la venta del público, si se comprueba que han sido internadas sin pagar los derechos de importación correspondientes; e, i) El que embarque mercaderías afectas a derechos, sin tramitar la póliza respectiva o sin el permiso de las aduanas”.

Art. 2º: “Constituye delito de defraudación de rentas de aduanas, que será reprimido con prisión no menor de dos años ni mayor de ocho años, toda acción

u omisión que facilite eludir el pago de parte de todos los impuestos y tasas de aduanas, aplicables a la importación o exportación de mercaderías en general, dentro de los procedimientos legales o reglamentarios establecidos para determinar la deuda impositiva. Sin perjuicio de esta disposición genérica, se considerará modalidades específicas del delito de defraudación y se impondrá la misma pena:

- a) El que importe o exporte mediante uso de documentos falsos o declaraciones notoriamente falsas referentes a la calidad, cantidad, peso, valor comercial, origen y destino de las mercaderías
- b) Al funcionario que, en el despacho de mercadería, aplique maliciosamente partidas de Arancel, o disminuya las unidades arancelarias, o fije valores estimativos que no estén de acuerdo con una prudente y racional apreciación del verdadero valor
- c) Al funcionario que conceda castigo o rebajas en el despacho de mercancías sin que éstos tengan daños, menoscabo, deterioro o desperfectos que, disminuyan su valor, o conceda dichos castigos en proporción notoriamente mayor a la que corresponda efectivamente
- d) Al que reimporta o reexporta artículos distintos de aquellos cuya salida o admisión temporal fue autorizada
- e) Al que importa mercancías afectas en lugar de las que fueron liberadas de derechos, o mercancías no liberadas conjuntamente con otras que sí lo fueron, excepto cuando las primeras sean declaradas
- f) Al que dé a las mercancías liberadas finalidad distinta de la autorizada
- g) Al que venda las mercancías liberadas sin pagar previamente los derechos correspondientes

- h) Al que embarque mercancías afectas a derechos sin la póliza respectiva o sin el permiso de las aduanas
- i) Al que comercialice mercancías destinadas a exhibición en ferias y exposiciones internacionales, salvo el caso del previo pago de los respectivos derechos arancelarios de acuerdo a lo establecido
- j) Incurren en delito de fraude los funcionarios que avalúen los efectos decomisados por debajo del valor que tengan aquellos en el momento de practicarse dicha diligencia”.

Art. 9°: “Las personas jurídicas o los comerciantes que, en el ejercicio de sus actividades, incurran en la comisión de los delitos a que se refiere esta ley, además de las sanciones que correspondan en forma personal a los ejecutores directos o indirectos de los delitos, serán sancionados, según los casos, con la cancelación en los registros públicos de la personería jurídica de que gocen y de las licencias, patentes u otras autorizaciones administrativas o municipales de que disfruten”.

De la lectura del art. 9° se puede establecer que desde ese entonces, ya se recogía un modelo de imputación directo mediante el cual permitía afirmar que los entes organizativos pueden incurrir en la comisión de delito de defraudación de renta de aduanas y contrabando de mercadería, por lo que son plausibles de ser sancionadas en función de su naturaleza jurídica, no obstante cabe mencionar la doctrina nacional se negó a afirmar que estos artículos regulaban un sistema de imputación objetivo para los entes organizativos, afirmando que solo se trataban de sanciones administrativas que podían ser impuestas en un proceso penal, esto dio

lugar a que se modificara este texto normativo el 17 de noviembre de 1988 a través de la promulgación de la Ley N° 24939, mediante el cual se establecía que únicamente las personas naturales podían responder por la comisión de delitos de defraudación de renta de aduanas y contrabando de mercadería²⁴.

Siendo así que un año más tarde a raíz del cambio normativo que se había vivido en España y la propagación y el eco que se estaba generando en Europa a raíz de la preponderancia económica que habían adquirido las empresas y por ende aumentado el riesgo de criminalidad organizada en las mismas, es que en el Perú se comienzan a elaborar proyectos de reforma a fin de incorporar lo que en “España había sido denominado bajo el título de “consecuencias accesorias” como medidas penales aplicables a entes organizativos que hubieren sido usadas como medios para cometer delitos” (SILVA SANCHEZ, 1995: p. 359), medidas que fueron introducidas con la entrada en vigencia del Código Penal de 1991.

2.2. El ente organizativo a partir de la entrada en vigencia del Código Penal de 1991

Cuando entró en Vigencia del Código Penal de 1991, el panorama jurídico para las empresas sufre un drástico cambio, puesto que el legislador peruano, siguiendo el modelo penal instaurado en 1983 en España a través del anteproyecto al Código Penal que fuera promulgado mediante ordenanza real en 1995, regula una serie de medidas

²⁴ Los artículos que modificaron lo mencionado en este párrafo fueron el art. 9 ° y el 10 ° de la Ley 24939.

aplicables para entes organizativos en el art. 105° de este cuerpo legal bajo la misma denominación concebida en el sistema español: consecuencias accesorias.

No obstante se heredó también el problema que le acaecía a este sistema: no estaba lo suficientemente claro si las consecuencias accesorias eran de naturaleza penal o si estábamos frente a medidas administrativas sancionadoras, problemática que continua hasta hoy en día, cabe recalcar que desde que entró en vigencia este código el art. 105° solo ha sido modificado una vez, el 22 de julio del 2007 mediante el Decreto Legislativo N° 982 y no se trató de una modificación sustancial, únicamente se le ha añadido un último párrafo al artículo primigenio, en el cual el legislador establece que “el cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas” el art. 105° a la actualidad tiene la siguiente regulación:

“Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.
2. Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.

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

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años. Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un período de dos años. El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas.”²⁵

De la lectura e interpretación de este artículo se puede inferir, primero que el legislador ha instaurado un sistema de imputación de heterorresponsabilidad, puesto que se le va a imputar al ente colectivo en sí, todo acto cometido por alguna persona natural que haya utilizado a la organización para ocultar, perpetrar o favorecer un hecho ilegítimo, sin que sea de mayor relevancia si dicha persona natural ostenta o no alguna condición específica dentro de la estructuralización orgánica del ente organizativo.

Razonamiento que permite llegar a una primera conclusión: para el código penal peruano el ente organizativo es únicamente un instrumento del actuar individual, lineamientos que a grandes rasgos se encuentran dentro de los parámetros establecido por el sistema de imputación heterorresponsable que se tocó previamente, pero si uno acude a la exposición de motivos de este cuerpo legal a fin de encontrar

²⁵ Art. 105° del Código Penal vigente.

una razón fundada sobre los criterios que ha seguido el legislador para instaurar este sistema de imputación, puesto que es lógico pensar que si el legislador ha optado por un determinado sistema de imputabilidad para entes colectivos, es porque dentro de todos los sistemas existentes es el más idóneo y conducente para ser aplicado por los operadores judiciales peruanos en razón de la realidad social vivida día a día, nos topamos con que hay una explicación de los motivos que llevo al legislador a optar por este sistema, lo único que se expuso fue sobre la relevancia de incorporar dicho artículo.

Si hacemos un análisis más a fondo sobre el art. 105° nos toparemos con más problemas, primero como ya se ha mencionado líneas arriba desde que entró en vigencia el Código Penal de 1991, se cuestionó a este artículo la naturaleza de las medidas que regulaba, ¿Nos encontrábamos frente a sanciones de índole penal o eran de índole administrativo sancionador? ¿Se podía concebir realmente a estas sanciones como penas o en todo caso calificarían como medidas de seguridad? Y a pesar del tiempo transcurrido no existe hoy en día una posición unánime ni en la doctrina nacional, ni en la doctrina comparada que permitan dar una respuesta a dichas interrogantes.

Dentro de las posiciones doctrinarias fijadas más destacables podemos encontrar la del profesor Iván Meini quien considera que “él sometimiento he impedimento de la comisión de delitos exige también que se regulen medidas que, dirigiéndose contra las personas jurídicas, contrarresten o al menos aminoren las posibilidades de ser usadas como medios para cometer ilícitos (...)” (MEINI MENDEZ, 1999: p.118). Al igual que el

profesor Luis Alberto Bramont-Arias quien establece que “las consecuencias accesorias son medidas de seguridad sui generis” (BRAMONT-ARIAS, 2001: p.319), en el mismo sentido el Dr. Felipe Villavicencio Terreros señala que las consecuencias accesorias del art. 105° “no pueden ser consideradas como medidas de seguridad, toda vez que no están referidas a la peligrosidad subjetiva de la persona jurídica, si no a las características que posee el medio en el que se desenvuelven los sujetos naturales autores del ilícito penal” (Cf. VILLAVICENCIO TERREROS, 2007: p. 271-272)

Posición contraria es la del profesor Caro Coria quien manifiesta que “la exigencia de las que están revestidas implica que estamos frente a una limitación coactiva de los derechos que protegen a la persona Jurídica, por lo que estamos frente a verdaderas sanciones penales” (CARO CORIA, 2001: p. 454), al igual que el profesor Prado Saldarriaga establece quien establece que “Si se toma en cuenta el presupuesto material de las medidas reguladas en el art. 105° del Código Penal llegamos a la conclusión de que dada su conexión con la realización de un acto ilícito, estamos frente a verdaderas sanciones penales” (Cf. PRADO SALDARRIAGA, 2009, p. 82-84). En mi opinión nos encontramos frente a auténticas sanciones penales, no solo por las consecuencias restrictivas que genera su imposición, sino que para su aplicación es necesario determinar la comisión de un ilícito penal que va a beneficiar al propio ente organizativo, además que por el sistema asumido la responsabilidad penal que pudiera llegar a tener un individuo integrante de la empresa se va a trasladar automáticamente al ente colectivo.

En segundo lugar, en cuanto al hecho de conexión, como ya se ha establecido en los modelos descritos anteriormente, una de las características del modelo de heterorresponsabilidad es que el hecho de referencia va a operar como conector y va a permitir trasladar la imputación de responsabilidad individual hacia el propio ente organizativo, y “ya que en términos fácticos resultaría inverosímil que el ente colectivo realice una determinada conducta en igual sentido que la persona física, se tiene que considerar dicha conducta se va a edificar a raíz del acto ilegítimo llevado a cabo por el individuo, quien tendrá que cumplir con explícitos requisitos” (GÓMEZ TOMILLO, 2010: p. 53), requisitos que ya fueron expuestos anteriormente.

No obstante, el art. 105 de nuestro código penal no hace ningún tipo de mención a dichas características ni a las condiciones que deberá tener la persona natural que realiza la acción delictiva, lo que nos permite arribar a una segunda conclusión: se pondrá vincular al ente organizativo no solamente a los miembros que integran los órganos directivos organizacionales, sino también a cualquier persona natural que incluso se encuentre brindando únicamente un servicio por tercerización.

Y si somos aún más críticos la redacción propia que tiene este artículo nos puede llevar a conclusiones tan irracionales como el hecho de que el ente colectivo podría llegar a ser sancionado penalmente por el accionar de personas naturales que realizaron determinado acto reprochable de índole penal dentro de las instalaciones de este, aun cuando dicho individuo no tenga ningún tipo de vínculo con el ente organizativo, la falta de precisión legislativa en la redacción de este artículo se presta a oscuridad, por su parte el acuerdo plenario 07-2009/CJ-116 no dice nada en cuanto a este punto se refiere, limitándose únicamente a establecer en su fundamento 12 una

condición objetiva de aplicación, señalando que “(...)para que dicha sanción procesada contra una persona jurídica (...) es necesario la identificación y sanción penal de una persona natural como autora del hecho punible en el que también resulta conectada, por distintos y alternativos niveles de imputación (...)”²⁶.

Empero, este requisito es muy cuestionable puesto que al imponer la Corte Suprema de Justicia tal condición objetiva de aplicación no ha tomado en cuenta los problemas que se suscitan en la práctica para individualizar a las personas naturales que han cometido el ilícito y más aún deja abierta la impunidad en los casos en que aun cuando se haya individualizado al autor de la comisión del delito al final del proceso no se lo declara culpable sea por absolución o extinción de la pena, o en su defecto el juez opte por dictar una reserva de fallo condenatorio o pena suspendida, por ende el ente organizativo tampoco tendría responsabilidad alguna pudiendo seguir operando en el mercado como si nada hubiese pasado.

En tercer lugar, en cuanto al criterio de imputación seguido por el legislador nacional en dicho artículo, por lo ya expuesto se puede asegurar que el modelo asumido es un modelo de heterorresponsabilidad imperfecto, puesto que al no ser precisa la redacción legislativa no contempla todo lo que el propio modelo de heterorresponsabilidad exige para su funcionalidad y conducencia.

Lo que trajo como consecuencia que en la práctica judicial en un primer momento se entendiera a dicha “instrumentalización” como el actuar ilícito de un individuo reforzado a través de la dinámica delictiva de la empresa a la que este pertenecía,

²⁶ Acuerdo plenario 07-2009/CJ-116 Fundamento 12.

criterio que se puede observar claramente en la sentencia recaída en el expediente N° 22102-2008 seguido contra Carlos Remo Manrique Carreño, Julián Silva Cometidos y otros, por la comisión de delito contra el Orden Financiero y Monetario – Instituciones Financieras Ilegales en agravio del Estado peruano (Superintendencia Nacional de Banca y Seguros) y por la comisión de delito contra el patrimonio en su modalidad típica de Estafa, en agravio de Luis Serapio Saavedra Álvarez, Miguel Pacheco Díaz y otros, más conocido como caso CLAE, que establece:

“(…) El recurrente tenía una participación constante en el manejo ilegítimo conjuntamente con los co-denunciados (...) especialmente si el recurrente resultó ser uno de los fundadores de la referida persona jurídica, tal como se aprecia del reporte de inscripción de sociedades anónimas (ver folios 1038), e incluso como haber acordado por junta general de accionistas el siete de abril del dos mil cuatro nombrar al señor Carlos Remo Manrique Carreño como apoderado de la empresa (...) y estando que el recurrente en complicidad con Julian Silva Cometivos y Carlos Torres Flores indujeron a error a los agraviados haciéndoles creer de la existencia real de la misma con fines arreglo a la ley de la empresa Universal Consultant SAC para la inversión del dinero de éstos en futuras empresas como la maderera”²⁷

Y en un segundo momento interpretan a la instrumentalización como un medio, a través del cual la persona natural que ostenta un poder dentro del ente organizativo

²⁷ Fundamento quinto de la sentencia de fecha 08/07/2011 dictada por la Tercera Sala Penar para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, disponible en el siguiente link: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a48d0e004eaf6a79a2d9e26687f7e869/D_Exp_2_2102.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=a48d0e004eaf6a79a2d9e26687f7e869, visitado por última vez el 10 de Agosto del 2017 a las 09:30 horas.

va a usar a la misma para fines ilícitos personales, esto se puede apreciar en la sentencia recaída en el expediente N° 11-2011 seguid contra José Enrique Crousillat López Torres como cómplice primario del delito contra la Administración Pública, en su modalidad típica de peculado por apropiación, en agravio del Estado, en el cual señalan:

“(…) se aprecia en el presente caso que el acusado José Enrique Crousillat López Torres durante la realización de sus actos delictivos, ahora determinados, procedió en un caso a instrumentalizar a la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro, para cometer, para favorecer el delito de Peculado en grado de complicidad en agravio del Estado, lo cual amerita la imposición de alguna de las medidas contempladas en el artículo ciento cinco del Código Penal. De otro lado, se aprecia igualmente que José Enrique Crousillat López Torres constituyó la empresa “LA PLANICIE PROPERTIES SOCIEDAD ANÓNIMA”, la que instrumentalizó para ocultar el dinero de origen estatal que recibió de manera ilícita, por lo que en su caso corresponde también imponerle alguna de las medidas contempladas en el mismo artículo 105° del Código Penal, más aun si ha quedado establecido que no tenía otro propósito que facilitar la apropiación de caudales estatales por parte de José Enrique Crousillat López Torres. Cabe indicar que estas llamadas “Consecuencias Accesorias”, son medidas que los jueces pueden adoptar al verificar que el hecho punible, ha sido cometido en el ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, debiendo resaltar que en el caso de la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro, ésta ha intervenido en el presente proceso penal y ha ejercitado su defensa sin restricción alguna, en

cuanto a la empresa La Planicie Properties, cabe resaltar que si bien directamente no ha intervenido en el presente proceso penal, habiendo manifestado el propio acusado José Enrique Crousillat López Torres que es el propietario de dicha persona jurídica, por lo cual también correspondería se le apliquen las consecuencias accesorias reguladas en la ley²⁸

En cuanto a las medidas aplicables, independientemente de si su naturaleza son de carácter penal o de carácter administrativo sancionador, el acuerdo plenario 07-2009/CJ-116 explica los momentos en los que se van a aplicar las mismas, no habiendo mayor debate en ese sentido, donde si los cuestionamientos se reavivan es en el artículo 105° - A, ese artículo denominado como “criterios para la determinación de las consecuencias aplicables a entes organizativos” que fue incorporado el 20 de Agosto del 2013 mediante la segunda disposición de la Ley N° 30077 (Ley Contra el Crimen Organizado), los fundamentos que sigue este artículo ya habían sido señalados en el acuerdo plenario 07-2009/CJ-116, no obstante dicho acuerdo plenario y por ende el art. 105° - A del Código Penal, regulan un sistema de imputación penal de autorresponsabilidad para los entes organizativos, y que tal como hemos visto previamente son dos sistemas de naturaleza opuesta, lo que claramente viola el principio de legalidad.

En cuanto a este punto se refiere podemos concluir que es necesario reformular el artículo 105° del Código Penal a fin de que sea más preciso en virtud de lo dictado

²⁸ Sentencia recaída en el expediente N° 11-2001 de fecha 08/08/20016, disponible en el siguiente link: http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2006/agosto/17/sentencia_crousillat_sala_superior.pdf, visto por última vez el 10 de agosto del 2017 a las 14:01 horas.

por el principio de legalidad y a efectos de que no genere vacíos de interpretación al momento de su aplicación por los operadores judiciales.

2.3. Problemática del Acuerdo Plenario 07-2009/CJ-116

El V pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia trajo consigo el acuerdo plenario 07-2009/CJ-116 de fecha 13 de noviembre del 2009, con el fin de brindar parámetros de aplicación de lo establecido en el art. 104° y 105° del Código Penal a raíz de la problemática que generaba los mencionados artículos en la práctica judicial, dado que hasta ese momento no se había desarrollado lo suficiente los presupuestos básicos para su correcta aplicación, por lo que la Corte Suprema decidió fijar criterios a fin de que los operadores de justicia cuando se encuentren frente a la aplicación de ambos artículos puedan tener la certeza de los parámetros entre los que debe estar fundada su decisión.

No obstante, en lugar de ser un salvavidas (como estaba previsto) terminaron enredando mucho más las cosas y generando mayor confusión para la aplicación de las consecuencias accesorias, primero porque dichos criterios jurisprudenciales terminaron fijando un sistema de autorresponsabilidad penal por defecto de organización para el ente organizativo, tal como se establece textualmente en el fundamento 11 del mencionado acuerdo plenario:

“Si bien subsiste un delineado debate en la doctrina nacional sobre el concepto y la naturaleza que corresponde asignar a esta modalidad de las consecuencias accesorias, su estructura, operatividad, presupuestos y efectos permiten calificar a las mismas como sanciones penales especiales (...) en primer lugar, porque la legitimidad de su aplicación demanda que las personas jurídicas sean declaradas judicialmente como involucradas -desde su actividad, administración u organización con la ejecución, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible, sobre todo por activos y criminógenos defectos de organización o de deficiente administración de riesgos. Y, en segundo lugar, porque su imposición produce consecuencias negativas que se expresan en la privación o restricción de derechos y facultades de la persona jurídica al extremo que pueden producir su disolución”²⁹.

Sistema que como ya se ha visto a lo largo del desarrollo de la presente investigación es totalmente opuesto al sistema de heterorresponsabilidad penal instaurado por el art. 105° del Código Penal de 1991

Con la entrada en vigencia de este acuerdo plenario se deja en el limbo a los operadores de justicia porque por un lado tiene un artículo en el código penal que menciona que basta con establecer el hecho de conexión constituido por actuar ilícito de las personas naturales que conforman al ente organizativo, actuar ilícito que es típico, antijurídico y culpable y por ende genera una reprochabilidad penal, a través del cual se le va a imputar al ente organizativo la acción realizada por dichos individuos

²⁹ Acuerdo plenario 07-2009/CJ-116 fundamento 11.

sin que esta pueda alegar como medio de defensa técnico que tiene una estructuralización y políticas internas que van conforme a derecho, puesto la culpabilidad del individuo y la responsabilidad en que pudiere incurrir se va a trasladar hacia el ente colectivo.

Y por otro lado tiene un acuerdo plenario que establece como criterios de imputación que el ente organizativo va a ser sancionada no en función del delito cometido por las personas individuales que la componen, si no por haber omitido el deber de tomar las medidas preventivas necesarias a fin de asegurar un correcto y adecuado desenvolvimiento en sociedad, por lo que un actuar ilícito dentro de un ente colectivo que no ha previsto esto, no se trata de un error humano, sino de un error por defecto de organización, por lo que no cabría imputarle responsabilidad por los hechos ilegítimos cometidos por personas naturales en el seno de su organización, si no únicamente cabría imputarle responsabilidad por hechos propios del ente organizativo; lo que viola totalmente el principio de legalidad.

2.4. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y el proyecto de ley N^o 4054/2014-PE que proponía regular la responsabilidad autónoma de los entes organizativos en delito de corrupción.

El 21 de noviembre de 1997 la OCDE aprobó la Convención para Combatir el Delito de Cohecho de Servidores Públicos en las Transacciones Comerciales Internacionales implementándose el grupo de trabajo anti soborno, con el objetivo de

controlarlo su cumplimiento en la mayor medida posible a fin de asegurar una eficaz lucha contra la corrupción.

El Perú solicitó su incorporación a esta convención y eventual participación en el grupo de trabajo anti soborno el 16 de marzo del 2009, obteniendo como respuesta el 20 de septiembre del 2012 que la OCDE luego de hacer un estudio sobre la realidad jurídica en nuestro país, mostro su inquietud en cuanto a la capacidad para cumplir con los compromisos subsumidos en la Convención, recomendando lo siguiente:

- a) Normar el valor del producto del soborno en el decomiso.
- b) Incorporar sanciones de naturaleza pecuniaria para los individuos que cometen delito de cohecho internacional, y
- c) Regular la responsabilidad autónoma de entes colectivos por la comisión de delito de cohecho activo transnacional y según la legislación interna podía ser penal, civil o administrativa.

Es a raíz de estas recomendaciones que en nuestra legislación se adoptaron una serie de cambios normativos, entre los principales estuvieron la modificación del art. 102^a del Código Penal a través de la Ley N^a 30076 el 19 de agosto del 2013, este cambio introdujo a nuestro ordenamiento legal el decomiso de del valor de los bienes provenientes de un hecho ilícito, así mismo la puesta en vigencia de la Ley N^a 30111 de fecha 26 de noviembre del 2013 incorporo la pena multa en los delitos cometidos por funcionarios públicos, cambios que permitieron superar las dos primeras observaciones realizadas por la OCDE, quedando pendiente la tercera recomendación y que era la que más complicaciones traía para incorporar.

Siendo así que el 03 de diciembre del 2014 el Ejecutivo presenta ante el Congreso de la Republica el proyecto de ley N^º 4054/2014-PE mediante el cual proponían una ley que regule la responsabilidad autónoma de los entes organizativos para los delitos de colusión simple y colusión con agravantes (art. 384^a del Código Penal), peculado doloso y peculado culposo (art. 387^a del Código penal), cohecho activo genérico (art. 397^a del Código Penal), cohecho activo transnacional (art. 397^a-A del Código Penal), cohecho activo específico (art. 398^a del Código Penal) y tráfico de influencias (art. 400^a del Código Penal), esta responsabilidad autónoma que se planteaba era eminentemente de naturaleza penal.

Y aun cuando en un primer momento dicho proyecto ley recibió un dictamen favorable por parte de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos en el Congreso de la República quienes lo encuadraron dentro del proyecto del nuevo Código Penal (aunque en este proyecto se mantienen los errores expuestos anteriormente para el Código Penal de 1991), y un dictamen favorable de la Comisión de Descentralización quienes realizaron cambios en cuanto a los efectos que produciría el modelo de prevención asumido (*compliance programs*) a fin de evitar caer en impunidad para los entes colectivos.

No obstante, las discusiones comenzaron, la Comisión de Alto Nivel de Anticorrupción (CAN) se mostraba a favor de la naturaleza penal que se le estaba dando a la responsabilidad autónoma de entes organizativos, pero el sector privado se opuso radicalmente, manifestando que si es necesario establecer dicha responsabilidad debería ser de naturaleza eminentemente administrativa sin tener que recurrir al derecho penal.

Estando así las cosas, se planteó instaurar una mesa de dialogo, en la cual se llegó a una solución intermedia: la instauración de la responsabilidad administrativa autónoma dentro de un proceso penal, lo que trajo a la luz un nuevo proyecto de ley que sustituyo al proyecto de ley antiguo N^º 4054/2014-PE, siendo así que el 21 de abril del 2016 el Poder ejecutivo Promulga la Ley N^º 30424: Ley que regula la responsabilidad administrativa de los entes organizativos.

2.5. Problemática de la ley que regula la responsabilidad administrativa de los entes organizativos por el delito de cohecho activo transnacional (Ley N^º 30424).

La ley N^º 30424 que tiene como objeto regular la responsabilidad administrativa en la que incurriría un ente organizativo por la comisión del delito de cohecho activo transnacional *a priori* se podría entender como una regresión por parte de nuestros legisladores en cuanto al reconocimiento de responsabilidad penal para entes organizativos se refiere, no obstante, esto no es del todo así, dado que en el fondo esta ley regula una responsabilidad penal declarativa.

La estructura de la propia ley es ambigua, puesto que el legislador sigue cometiendo los mismos errores que se han cometido en la tipificación del art. 105^º del Código Penal vigente y en los criterios asumidos en el acuerdo plenario 07-2009/CJ-116 y el art. 105^º-A del Código Penal; el art. 3^º de esta ley establece:

Artículo 3. Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas

Las personas jurídicas (...) son responsables administrativamente por el delito de cohecho activo transnacional, cuando este haya sido cometido en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por:

- a. Sus administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo.
- b. Las personas naturales que prestan cualquier tipo de servicio a la persona jurídica, con independencia de su naturaleza, del régimen jurídico en que se encuentren o de si media relación contractual y que, estando sometidas a la autoridad y control de los gestores y órganos mencionados en el literal anterior, actúan por orden o autorización de estos últimos.
- c. Las personas naturales señaladas en el literal precedente cuando, en atención a la situación concreta del caso, no se ejerza sobre ellas el debido control y vigilancia por parte de los administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales u órganos colegiados de la persona jurídica.

De la lectura de este artículo es claro que el legislador ha asumido un sistema de heterorresponsabilidad, puesto que determina que la responsabilidad “administrativa” en la que pudiera incurrir un ente colectivo es un efecto inmediato del ilícito cometido por uno o varios individuos que la integren al señalar expresamente: “(...) cuando este haya sido cometido por (...)”, no obstante, tenemos un criterio totalmente opuesto en el art. 4^a de la misma ley, el cual establece:

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.

La acción contra la persona jurídica se extingue por prescripción, cosa juzgada, amnistía o el derecho de gracia.

La prescripción de la acción contra la persona jurídica se rige por lo dispuesto, en lo que corresponda, en los artículos 80, 82, 83 y 84 del Código Penal.

Aquí el legislador ha asumido un sistema de autorresponsabilidad y que nos permite llegar a la conclusión de que la responsabilidad “administrativa” en la que pudiera incurrir un ente colectivo no es un efecto inmediato del ilícito cometido por uno o varios individuos que la integren, existiendo una clara contradicción, puesto que, como ya se ha explicado a lo largo del desarrollo de la presente investigación, ambos sistemas de responsabilidad son diferentes en su naturaleza.

Es importante establecer que “al calificar como “responsabilidad administrativa” a esta ley, se ha cometido un fraude de etiqueta, puesto que de la interpretación de la misma es innegable que nos encontramos frente a una responsabilidad penal corporativa” (*Cf.* CARO CORIA, 2016: p. 4-5) además que dicha ley tiene como talón de Aquiles el limitarse únicamente al delito de cohecho activo transnacional, dado que

la comisión de este ilícito penal en nuestra realidad es por demás improbable que se cometa.

No obstante, aún con las imperfecciones que presenta esta ley, con su dación el Perú cumplía la tercera recomendación impuesta por la OCDE.

2.6. El Decreto Legislativo N°1352 y la persistencia del problema de la Ley N°30424

El 09 de octubre del 2016 se publicó la Ley N° 30506, mediante la cual, por un plazo de 90 días, el Poder Legislativo delega facultades al Poder Ejecutivo a fin de que éste puede legislar en materia de seguridad ciudadana y corrupción, producto de esta delegación es que el 06 de enero del 2017 se publicó el Decreto Legislativo N°1352, con el fin principal de ampliar el ámbito de punición de la Ley N°30424 y de esta manera ya no limitar solo la “responsabilidad administrativa” en que pueda incurrir un ente organizativo al delito de cohecho activo transnacional.

Siendo así que se ha extendido el ámbito de aplicación a los delitos de cohecho activo genérico, lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado y para el delito de financiamiento del terrorismo.

Dentro de las modificaciones que trajo este decreto legislativo, las más relevantes en cuanto al presente trabajo de investigación se refiere, son las modificaciones del art. 3° y art. 4° de la Ley N°30424, con respecto al art. 3° quedo bajo el siguiente texto normativo:

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:

- a) Sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias.
- b) 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.
- c) 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.

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.

Las personas jurídicas no son responsables en los casos en que las personas naturales indicadas en el primer párrafo, hubiesen cometido los delitos previstos en el artículo 1, exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica.

Lo más relevante de esta modificación es que se amplía el reconocimiento de personas naturales que pueden cometer el ilícito, considerándose también a los socios, apoderados, administradores y directores.

En cuanto al art. 4° de la Ley N° 30424 que se modificó mediante este decreto Legislativo quedo de la siguiente manera:

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.

La acción contra la persona jurídica se extingue por prescripción o cosa juzgada.

La acción contra la persona jurídica prescribe en el mismo tiempo que el previsto para la persona natural, de conformidad con el primer párrafo del artículo 80 del Código Penal, siendo de aplicación, asimismo, en lo que corresponda, los artículos 82, 83 y 84 del Código Penal.

Lo más relevante de esta modificación es que se suprime la posibilidad de que el accionar dirigido contra el ente colectivo sea extinguido por una amnistía o algún derecho de gracia, dejando únicamente incólume la aplicación de las causales de cosa juzgada y prescripción.

No obstante, aun cuando estas modificaciones mejoran lo regulado originariamente en la Ley N°30424, no solucionan los principales defectos que esta ley presenta y errores en que el legislador peruano viene cayendo cada vez que intenta regular un sistema de responsabilidad para los entes organizativos y es el que asume dos sistemas de imputación a la par que son distintas en su naturaleza, lo que hace inviable una correcta aplicación.

2.7. El principio de legalidad de cara a la responsabilidad penal de entes colectivos en el Perú

El principio de legalidad como garantía sustantiva es el principio más incisivo en cuanto a la limitación del *ius puniendi* que ejerce el Estado se refiere, “el tradicional aforismo que fuera concebido por Johann Anselm Von Feuerbach: *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali scripta, stricta et certa* y que naciera producto del contrato social” (KÖHLER, 2003: p. 21) tiene vigencia hasta la actualidad, estableciendo que el “fundamento del castigo puede estar positivizado únicamente en una ley formal, sancionado como consecuencia de la conclusión de un proceso ya determinado en virtud de las competencias y parámetros que fija un modelo constitucional y democrático, el mismo que tiene que estar vigente al momento de la comisión del hecho reprochado” (*Cf.* BECCARIA, 1982: p. 110-124), siendo así que este principio fija cuatro elementos materiales para la consideración legítima de una ley penal:

- a) **Ley cierta (*lex certa*):** o mandato de determinación, establece que el legislador debe ser rigurosamente preciso al momento de positivizar las conductas prohibidas “bajo la responsabilidad de desentenderse el límite existente entre lo prohibido y lo permitido, lo legítimo y lo ilegítimo, ya que las leyes penales no pueden, bajo ninguna circunstancia infringir el espíritu de este mandato” (Cf. MUÑOZ CONDE, 2001: p. 83-84), no obstante, un empleo tan riguroso es utópico puesto que “ningún cuerpo legal puede regular de manera precisa todos los supuestos que puede encerrar la conducta humana, y al intentar esto, muchas veces se cae en excesos que terminan por desfigurar y apartar los tipos penales de su concepción original” (FERRAJOLI, 2001: p. 113)
- b) **Ley escrita (*lex scripta*):** o reserva de Ley, establece que “las normas que van a crear delitos y regular penas no solo deben estar escritas, sino que además tienen que tener necesariamente rango de ley, ya que solamente es posible hacer un adecuado ejercicio del ius puniendi a través de una ley procedente de un parlamento” (MIR PUIG, 2011: p. 107), la ley escrita como función incriminadora excluye a las otras fuentes del derecho, claro ejemplo la costumbre, puesto que “no pueden ser consideradas como fuentes directas para la regulación de delitos y establecimiento de penas, pero si como fuentes indirectas, dado que pueden servir para complementar he interpretar las fuentes de producción” (MUÑOZ CONDE y GARCIA ARAN, 2015: p. 113).

c) Irretroactividad de la Ley Penal (*lex praevia*): establece que “la vigencia y promulgación de la ley penal que rige para un determinado delito tiene que ser previa a los hechos que se pretenden sancionar, proscribiendo la aplicación posterior a los hechos comisivos de leyes que podrían agravar la pena impuesta” (ibidem: p. 105) “la justificación principal de esta acepción es la necesidad de que el sujeto al momento de la comisión del hecho sepa que va a cometer un delito o no y se pueda reprochar posteriormente su comportamiento por el mismo” (MIR PUIG, 2001: p. 110)

Fundamentos usados también para la aplicación retroactiva de leyes penales favorables al imputado puesto que “no quebranta el sentido limitador de la potestad punitiva que reviste al principio de legalidad” (ibidem) un aspecto discutido en la doctrina en ese punto es en cuanto a si la irretroactividad de la ley penal se puede aplicar también a la jurisprudencia, cuestionamiento que ya fue zanjado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de la doctrina Parot³⁰.

d) Prohibición de analogía (*lex stricta*): “La analogía consiste en aplicar a supuestos no expresados en la ley pero que son muy similares a los que ella establece” (MUÑOZ CONDE y GARCIA ARAN, 2015: p. 120) “traducidas en la proscripción de la aplicación de analogía cuando

³⁰ Exp. N° 42750-2009 seguido por Del Río Prada vs. España fundamentos 103 y 117.

perjudica al imputado, toda vez que sería *in malam partem*" (MIR PUIG, 2001: p. 102), cabe resaltar que muchas veces se confunde la aplicación analógica con la interpretación analógica, solo la primera esta proscrita, la segunda ya ha sido admitida por nuestro Tribunal Constitucional.

En nuestro sistema jurídico dicho principio se encuentra regulado en el art. 2º, inciso 24) literal d) de nuestra Constitución Política, bajo el siguiente texto legal:

"Toda persona tiene derecho a (...) la libertad y seguridad personal, en consecuencia (...) nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley"³¹

Y en cuanto al derecho penal se refiere, dicho principio se encuentra establecido en el art. II del título preliminar del Código Penal vigente, bajo el siguiente texto legal:

"Nadie deberá ser sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente en el momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella"³².

Empero tal como señala Mir Puig, este principio debe ser interpretado en una doble dimensión, "por una parte se traduce como un mandato de seguridad jurídica, el cual demanda que todos los ciudadanos puedan tomar conocimiento previo de los actos que han sido catálogos por el legislador como delitos así como de las penas

³¹ Art. 2, inciso 24) literal d) de la Constitución Política de 1993.

³² Art. II del título preliminar del Código Penal de 1991.

establecidas para los mismos, y por otra parte es una garantía política para el ciudadano, toda vez que no deberá hacer frente a procedimientos ni sentenciado a penas que no hayan sido aceptadas democráticamente en sociedad” (MIR PUIG, 2008: p. 106), por lo que el principio de legalidad no está directamente relacionado con la responsabilidad penal para entes colectivos, pero en la legislación compara se ha usado como medio para establecer dos sistemas que permitirán hacer viable una imputación penal para entes organizativos:

- a) el sistema de regulación de *númerus clausus*, en el que instauran que los entes colectivos pueden llegar a tener responsabilidad penal únicamente por la comisión de determinados delitos, dentro de los cuales están los delitos monetarios y financieros, delitos de lavado de activos y pérdida de dominio, y delitos ambientales; y
- b) el sistema de regulación general de delitos el cual establece que el ente organizativo puede llegar a tener responsabilidad penal por la comisión de cualquier delito, regulándose en consecuencia su mandato dentro de la parte general de un código penal, tal como sucede en el caso peruano.

Por lo que al haberse adoptado en el caso peruano un sistema de regulación general, se entiende que su imposición engloba a toda la lista de delitos establecidos en la parte especial, lo que refuerza aún más la exigencia al legislador a fin de que sea más preciso y sobre todo claro al regular los tipos penales del segundo libro del Código Penal.

2.8. La problemática del estado actual de la teoría del delito en la legislación peruana para imputarle adecuadamente responsabilidad penal a entes organizativos

La teoría del delito desde su concepción ha pretendido modular y armonizar los presupuestos necesarios para la imposición de una pena, no obstante, siempre ha estado pensada para tener a la persona natural como único actor principal, desde que se comenzó a plantear la posibilidad de incluir al ente organizativo como sujeto activo de un delito, comenzaron los cuestionamientos hacia la vigencia de los preceptos de la teoría del delito originando innumerables debates académicos.

El principal argumento para oponerse a que estos entes colectivos respondan penalmente fue que no poseen capacidad de acción ni de culpabilidad (entendida como elemento de la teoría del delito y no como título de imputación) lo que ha ocasionado que en algunos sistemas jurídicos (como el español) se forcé los preceptos tradicionales de la teoría del delito a fin de que la imputación penal pueda ser trasladada también a entes organizativos a raíz de la necesidad criminológica de intervención del derecho penal para regular la actividad empresarial,

El Perú no ha sido ajeno a estos cambios normativos, en el código procesal penal del 2004 se regula el título III a los entes organizativos y su participación como sujeto activo de la comisión de un delito en el proceso penal, no obstante, a la fecha no ha habido un debate dogmático sobre la necesidad de una reforma integral del sistema normativo sobre todo si tenemos en cuenta el pragmatismo con el que ha actuado el legislador nacional y que nos pone de cara a un gran reto a fin de concebir y proponer

nuevas estructuras que no solo sean respetuosas de los derechos constitucionales, sino que además respondan a las exigencias político-criminales de la realidad nacional actual.

Lo primero que habría que preguntarse es ¿de qué va a responder penalmente un ente colectivo? mi respuesta es tajante, tiene que responder por hecho propio, por el riesgo prohibido que ha generado (como sujeto autónomo, pasible de contraer derechos y obligaciones y con personalidad jurídica propia) para un bien jurídico que se ha desvalorado en su propio injusto y no en el injusto de alguien más, por lo que, en mi opinión es insostenible seguir manteniendo en nuestro ordenamiento una responsabilidad subsidiaria o solidaria del ente organizativo por la comisión de un hecho típico y antijurídico de un individuo que la integra.

Como lo he sostenido en el capítulo anterior, la discusión sobre si el ente organizativo tiene o no capacidad de acción se puede superar si, para construir una teoría del delito propia para la imputación penal de entes organizativos, dejamos de lado la concepción psicológica y naturalista de la acción que se viene manejando hoy en día y aceptamos criterios normativos con valoración social admitiendo de esta manera la potencial contaminación, dañosidad y lesividad social que pueden llegar a causar los entes organizativos.

La capacidad de acción no puede estar limitada únicamente a imputar una determinada acción a un sujeto, si no que el propio concepto de acción va a definir al sujeto, la acción es una categoría de la imputación y por ende la finalidad de la misma va a depender de la finalidad de la pena, puesto que la imputación va a establecer a

quien se debe castigar, concepción que no dejaría de ningún modo de cumplir con las esencia de la norma penal como continente de desvalorización de acción y desvalorización de resultado.

En cuanto a la capacidad de culpabilidad de los entes organizativos, la doctrina dominante sostiene que la culpabilidad es “la aptitud que posee todo individuo para optar a favor de lo correcto en función de la capacidad del libre albedrío” (*Cf.* HEINITZ, 1953: p. 24-27).

Admitir lo contrario, para la teoría del delito actual, implicaría reconocer que la culpabilidad es una ficción “dejando abierta la posibilidad de imputarse únicamente una sospecha de la culpabilidad” (*Ibidem*, p. 32), además, se sostiene que normativa y jurisprudencialmente la culpabilidad fue pensada para el ser humano y por ende se encuentra adecuada a las capacidades de este, puesto que el juicio de reproche ético que se le hace al individuo que se le imputa cierta conducta lesiva para el derecho penal a título de autor no puede ser aplicable a sujetos que carezcan de capacidades emocionales, siendo cardinal el haber establecido que para determinar el grado de culpabilidad en un sujeto siempre nos vamos a basar en un juicio valorativo, traducido en la reprochabilidad que se le va a ser al sujeto activo por dos motivos:

- c)** La no previsión del injusto penal y por ende de sus consecuencias.
- d)** El error en el proceso de motivación del autor (voluntad).

Por lo que el juicio de reprochabilidad que se hace a nivel de culpabilidad está basado en la noción de que el sujeto a quien se le va a hacer el reproche es un sujeto que posee la capacidad de haber podido comportarse de otra manera, no obstante, decidió no hacerlo.

Una parte de la doctrina comparada, en contraposición a estos argumentos, sostiene que no son los más idóneos por ser de corte naturalista y han elaborado un concepto de culpabilidad basado en la reprochabilidad ética que se les hace a las personas naturales para dar contenido a una “culpabilidad empresarial” traducida en lo que el profesor Gómez-Jara Diez llama “Ausencia de ética empresarial he inobservancia a la legalidad” (GÓMEZ-JARA DIEZ, 2010: p. 82)

La doctrina comparada no ha encontrado mayores inconvenientes en cuanto adecuar los elementos que se analizan en la tipicidad y antijuridicidad en la teoría del delito actual para individuos hacia una teoría del delito de entes organizativos autónoma, y basados en los argumentos expuestos en cuanto a la “culpabilidad empresarial” siempre toman como eje central construir sus concepciones a partir de los tres grandes categorías de la teoría del delito actual: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

La tesis que propongo en este trabajo de investigación, a fin de establecer una teoría del delito propia, conducente y eficaz para los entes organizativos, se basa en prescindir de la culpabilidad como categoría de la teoría del delito, pues en un Estado constitucional y democrático de derechos, el reproche que va a legitimar la prohibición de una conducta y por ende la imposición de una sanción cuando se vulnera la misma,

siempre va a estar en relación a las características típicas que va a presentar el injusto penal y de la obligación que se tenga (socialmente hablando) de prohibir y sancionar el hecho ilícito acontecido.

Por lo que, al enfocar el problema desde el punto de vista de la necesidad social de penar, la razón de sancionar penalmente a un sujeto que ha creado un riesgo prohibido para un bien jurídico constitucionalmente protegido siempre va a estar en función al grado de desvalor que ha habido en el injusto, de esta manera, no tiene sentido enlazar la sanción penal al grado de culpabilidad.

En consecuencia, a fin de crear una teoría del delito propia, conducente y eficaz para los entes organizativos, se debe prescindir de la culpabilidad como categoría del delito (pues incumple con su papel de legitimar el reproche penal), pero no de los elementos que la componen, esto es así que dichos elementos que son: imputabilidad, conocimiento potencial de la conducta antijurídica y la exigibilidad de otra conducta se deben analizar en otros momentos de la teoría del delito

La imputabilidad entendida como la capacidad de un determinado sujeto de entender la realidad que lo circunscribe y ajustar su actuar a dicho entendimiento, tiene un mayor sustento dogmático y normativo si se analiza como presupuesto del delito y no como un componente de la categoría de culpabilidad; la exigibilidad de otra conducta que se concibe como un reproche a un determinado sujeto por no haber actuado de manera diferente, pues hallándose en la posibilidad de direccionar su actuar conforme a lo establecido por el ordenamiento jurídico, no obre en esta posibilidad,

tendría un mayor sustento dogmático y normativo si se analiza dentro de la tipicidad, pues lo que no se puede exigir es atípico.

En cuanto al conocimiento potencial de la conducta antijurídica se entiende que la norma penal puede motivar únicamente al individuo en la medida en que éste pueda conocer el contenido de sus prohibiciones, es por ello que, si el individuo no sabe que su actuar es un actuar prohibido, no tiene ninguna razón para no llevarlo a cabo, por lo que no se le atribuye responsabilidad a título de culpabilidad, no obstante, tendría un mayor sustento dogmático y normativo si este elemento se analiza dentro de la tipicidad, pues el conocimiento potencial de una conducta prohibida siempre va a estar en función de las condiciones del hecho típico acontecido.

Habiendo establecido esto, y dada mi exposición en los primeros puntos de este capítulo al poner en evidencia la existencia de dos sistemas de imputación para entes organizativos en la legislación penal actual (esto es por un lado un sistema de heterorresponsabilidad imperfecto asumido por el art. 105° del código penal y un sistema de autorresponsabilidad asumido por el acuerdo plenario 07-2009/CJ-116 y art. 105° - A del código penal) a fin de construir una teoría del delito coherente para la imputación penal de entes organizativos, es menester establecer que el sistema de imputación más conducente para nuestra realidad social es el sistema de autorresponsabilidad y las construcciones que se realicen tienen ser en función a este sistema.

El motivo de establecer un modelo único no está en virtud de hacer simplemente un ejercicio del arte por el arte, si no de establecer una estructura sistemática y

coherente de regulación penal interna, respetuosa de los derechos fundamentales que revisten a todo sujeto sometido a un proceso penal, por lo tanto, se debe tener en cuenta los siguientes criterios de imputación para entes colectivos.

Primero, la creación de un riesgo prohibido para un bien jurídico por parte de un ente colectivo estaría configurado con la materialización de un peligro típico del ente jurídico a causa de su propia acción traducida en un defecto de organización o administración inadecuada del riesgo, teniendo como criterio de imputación conector entre el defecto de organización y la materialización del riesgo el dominio funcional metódico del ente jurídico, lo que nos permitirá mantener una distribución proporcional entre la responsabilidad penal del ente organizativo como sujeto autónomo, con personalidad jurídica propia y capacidad de adquirir derechos y obligaciones y la responsabilidad penal individual de sus miembros, lo que eliminaría también el que el ente colectivo tenga que responder subsidiariamente.

Segundo, el injusto tendrá que estar determinado por el defecto propio de la organización, ya que los riesgos típicos que pueden ser generados en el interior de una organización empresarial va a estar en función a las consecuencias de un cumulo de procesos internos de una administración deficiente, lo cual nos permitiría hablar de un injusto objetivo traducido en la organización defectuosa propia de la empresa y un injusto subjetivo traducido en la imprudencia (culpa) como organización defectuosa derivada de una infracción del deber de cuidado.

El dolo se configuraría cuando se lograra demostrar que el propio ente organizativo o sus organismos internos (como por ejemplo el área legal) tenían el

conocimiento suficiente para actuar de determinada forma y aun así no lo hicieron a sabiendas que actuaban ilegítimamente.

La exigibilidad de otra conducta tratada como elemento propio del injusto se configuraría cuando el propio ente organizativo o sus órganos internos con autorreferencialidad suficiente no actuaron conforme se les exigía, por ejemplo, el deber que tienen de organizarse adecuadamente a fin de evitar políticas empresariales tendientes a la comisión de delitos.

La antijuridicidad y conocimiento potencial de la antijuridicidad seguirían bajo las mismas reglas de análisis que sigue para la teoría del delito actual, con la diferencia ya expuesta líneas arriba que el conocimiento potencial de la antijuridicidad deberá ser analizado como elemento del tipo subsumido en el injusto.

CAPITULO III: HIPÓTESIS

3.1. Hipótesis

3.1.1. Hipótesis principal

En el ordenamiento jurídico penal nacional vigente no existe una adecuada regulación respecto a la responsabilidad penal de los entes organizativos.

3.1.2. Hipótesis específicas

1. La actual estructura normativa nacional provoca conflictos dogmáticos al momento de interpretar conjuntamente los criterios establecidos por el legislador en los artículos 104° y 105° del código penal con los del acuerdo plenario 07-2009/CJ-116 y la Ley N° 30424, por ser de distinta naturaleza.
2. La construcción tradicional asumida por la teoría del delito actual no es adecuada para poder imputar eficazmente responsabilidad penal a un ente organizativo.
3. El legislador peruano al intentar equiparar el modelo punitivo para personas naturales a los modelos punitivos creados para los entes organizativos en el derecho comparado a asumido dos modelos distintos en su naturaleza, lo que viola el principio de legalidad.

CAPITULO IV: METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. Diseño Metodológico

El tipo de investigación realizada en el presente trabajo de investigación ha sido básica y con enfoque cualitativo porque sólo busca ampliar y profundizar el caudal de conocimientos científicos existentes acerca de la realidad analizando las teorías científicas planteadas.

El método científico usado es el método dogmático, dado que “la dogmática jurídico-penal en general se inscribe en este ámbito de pensamiento como una ciencia o técnica formal dotada de autosuficiencia técnica y metodológica” (RAMOS NUÑEZ,

2014: p. 101); por lo que la presente investigación visualiza el problema planteado, así como las posibles soluciones a la luz de las fuentes formales establecidas en la doctrina internacional y nacional.

La presente investigación es no experimental y transversal, es no experimental porque no se manipula ninguna variable con algún experimento, es transversal porque la toma de datos se ha recogido en un lapso específico de tiempo.

4.2. Técnicas de análisis y procesamiento de la información.

La información y datos usados en la presente investigación han sido obtenidos del análisis de textos, se ha recolectado información de libros, ensayos, artículos de revistas especializadas tanto virtuales como en físico y normatividad nacional y extranjera, utilizando para tal fin como técnica de acopio y sistematización de información el fichaje.

4.3. Aspectos éticos.

La presente investigación se ha sostenido en los principios dictados por la ética, respetándose la propiedad intelectual, tomándose en cuenta todos los aspectos establecidos y regulados en el Decreto Legislativo N° 823 (Ley de Propiedad Intelectual), Decreto Legislativo N° 822 (Ley Sobre Derechos de Autor) así como otras normas de similar índole de nuestra legislación.

CAPITULO V: CONCLUSIONES

1. La estructura normativa penal actual en nuestro país es inadecuada para imputarle responsabilidad penal a un ente organizativo eficazmente, toda vez que existen incongruencias normativas que son necesarias superar a fin de no vulnerar el principio de legalidad y debido proceso, primero porque tenemos un código penal que mantiene vigente el principio *societas delinquere non ptest* con construcciones dogmáticas de imputabilidad penal que están claramente inclinadas hacia la responsabilidad individual, lo que impide que una conducta autónoma y antijurídica realizada por un ente organizativo pueda ser subsumida dentro de los parámetros de la noción de acción que se ha establecido en el art. 11° del código penal y por el otro lado tenemos un código procesal penal que

dedica su título III a regular las reglas bajo las cuales se va a procesar a un ente organizativo como sujeto activo de un delito.

Segundo porque no existe una uniformidad entre los criterios asumidos por el legislador en el código penal al regular las medidas aplicables para entes organizativos bajo la denominación de “consecuencias accesorias” y los criterios establecidos en pronunciamientos judiciales (como el acuerdo plenario 07-2009/CJ-116) y leyes penales posteriores a la promulgación del código penal (como la ley N° 30424)

2. Dicha estructura jurídica penal causa conflictos al momento de interpretar conjuntamente los criterios establecidos por el legislador en el artículo 105° del código penal con los del acuerdo plenario 07-2009/CJ-116 y el artículo 105°-A del código penal toda vez que el artículo 105° regula medidas aplicables para entes organizativos bajo la denominación de “consecuencias accesorias”, asumiendo, en un plano formal, un sistema de heterorresponsabilidad en el cual el ente colectivo va a responder por los hechos ilícitos provocados por los individuos que lo integran, no obstante, dada la imprecisión en la técnica legislativa usada para la redacción de dicho artículo se puede afirmar que estamos frente a un sistema de heterorresponsabilidad penal imperfecto por no contar con todas las características que establece dicho modelo de imputación penal.

Sistema que a su vez es contradictorio con los parámetros establecidos por el acuerdo plenario 07-2009/CJ-116 y el art. 105°-A del Código Penal, dado que estos han instaurado un sistema de autorresponsabilidad penal en el cual el ente organizativo ya no va a responder por los hechos de los individuos que la integra, si no va a responder por activos y criminógenos defectos de organización o de deficiente administración de riesgos, que claramente vulnera el principio de legalidad.

3. El legislador sigue cometiendo los mis errores de tipificación en la ley N° 30424 (que pese denominarse “responsabilidad administrativa” en el fondo es una ley de responsabilidad penal declarativa) ya que en su art. 3° regula un sistema de imputación de heterorresponsabilidad y en su art. 4° regula un sistema de autorresponsabilidad, vulnerándose nuevamente el principio de legalidad.
4. El sistema más idóneo, conducente y eficaz a asumir para la imputación de entes organizativos en nuestra realidad social es el sistema de autorresponsabilidad penal, puesto que un ente colectivo debe responder por hecho propio, por el riesgo prohibido que ha generado (como sujeto autónomo, pasible de contraer derechos y obligaciones y con personalidad jurídica propia) para un bien jurídico que se ha desvalorado en su propio injusto y no en el injusto de alguien más, por lo que, es insostenible seguir manteniendo en nuestro ordenamiento una responsabilidad subsidiaria o solidaria del ente organizativo por la comisión de un hecho típico y antijurídico de un individuo que la integra.

5. En nuestro sistema jurídico se siguen analizando los delitos en base a las estructuras dogmáticas de la teoría del delito tradicional, pensada únicamente para personas naturales, no obstante dada la importancia que ha adquirido el ente organizativo en el desarrollo de la vida social diaria y dada la peligrosidad que implica su actuar social como sujeto autónomo capaz de contraer derechos y obligaciones, se ha forzado las construcciones dogmáticas de la teoría del delito tradicional para incluir a entes colectivos, no obstante es errado este procedimiento, dado que deviene en ineficaz sobre todo por los cuestionamientos que surgen en cuanto a la capacidad de acción y culpabilidad, por lo que es necesario crear una nueva teoría del delito autónoma para la imputación penal de entes organizativos.

CAPITULO VI: RECOMENDACIONES

Luego de haber demostrado a lo largo del desarrollo de la presente investigación que desde un enfoque dogmático es totalmente viable fundamentar la responsabilidad penal a entes organizativos, recomiendo que normativamente se realicen cambios en algunos artículos del código penal a efectos de tener un sistema de imputación penal coherente, eficaz y sobre todo respetuoso de los principios reconocido constitucionalmente, debiéndose realizar las siguientes modificaciones:

Art. 11° Delitos y faltas

Son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas cometidos por una persona natural o ente organizativo penadas por ley.

Art. 20°-A: Exención de responsabilidad penal para entes organizativos

Está exento de responsabilidad penal todo ente organizativo cuando:

1. Haya establecido y ejecutado en forma progresiva y eficiente, previo a la comisión del hecho punible, políticas expresas destinadas a mantener un control idóneo de prevención de comportamientos previstos como delitos.
2. Las personas naturales que tuvieren alguna relación de sujeción con el ente organizativo, han eludido dolosamente el modelo de organización y administración establecidos con el fin de realizar comportamientos previstos como delitos.
3. No posee una capacidad de autonomía desarrollada que permita identificarlo como un actor corporativo independiente de los individuos que la componen.

Art. 23° Autoría, autoría mediata y coautoría

La persona natural o ente organizativo que realiza por sí o por medio de otro un hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.

Art. 24° Inducción

La persona natural o ente organizativo que, dolosamente, determina a otra a cometer un hecho punible se le impondrá la misma sanción que le corresponda, de acuerdo a su naturaleza, en proporción igual a la del autor.

Art. 25° Complicidad primaria y complicidad secundaria

La persona natural o ente organizativo que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, se le impondrá la misma sanción que le corresponda, de acuerdo a su naturaleza, en proporción igual a la del autor.

La persona natural o ente organizativo que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá razonablemente la pena hasta por un tercio por debajo del mínimo legal.

El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él.

Art. 27° Responsabilidad penal de entes organizativos

Los entes organizativos responderán autónomamente de los delitos que fueren cometidos en el seno de su organización, siempre que la comisión de estos delitos resulten en provecho propio, directa o indirectamente, como consecuencia de una defectuosa administración de riesgos.

El que actué como representante, administrador, director, u ostenten facultad alguna de organización, representación o control del ente organizativo responderá autónomamente por los delitos que fueren cometidos en provecho propio o a favor de un tercero a consecuencia del incumplimiento de sus funciones.

El que este bajo la supervisión o dirección de los individuos mencionados anteriormente y cometieren un delito penal responderán autónomamente bajo los mismos presupuestos señalados en el presente artículo.

Art. 46°-F Circunstancias de atenuación y agravación para entes organizativos

Constituyen circunstancias de atenuación de la responsabilidad penal de entes organizativos, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar un determinado delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

1. Si el ente organizativo con posterioridad a la comisión del delito a establecido políticas corporativas internas con el fin de evitar futuras comisiones de hechos punibles que afecten el mismo bien jurídico.
2. Si el ente organizativo con posterioridad a la comisión del delito colabora con la administración estatal aportando medios probatorios determinantes para la aclaración del hecho punible.
3. Si el ente organizativo con posterioridad a la comisión del delito y previo a iniciarse un procedimiento judicial confiesa sus propios hechos ante la autoridad competente.

Constituyen circunstancias de agravación de la responsabilidad penal de entes organizativos, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar un determinado delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

1. Si el ente organizativo con posterioridad a la comisión del delito imposibilita o entorpece la obtención de información relevante o medios probatorios determinantes para aclarar el hecho aprovechándose de su organización compleja.

2. Si el actuar delictivo del ente organizativo ha recaído sobre bienes o recursos públicos.

Art. 105° Medidas aplicables a entes organizativos.

Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier ente organizativo con capacidad de autonomía desarrollada y que por su defectuosa administración de riesgos persistiere el peligro de que se vuelva a realizar un hecho previsto como delito, el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

1. Disolución del ente organizativo.
2. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo, la clausura temporal no excederá del plazo de cinco años.
3. Suspensión de las actividades del ente organizativo por un plazo no mayor de dos años.
4. Prohibición, de carácter temporal o definitiva, de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto la conducta prevista como delito, la prohibición temporal no excederá del plazo de diez años.

5. Prohibición, con carácter temporal o definitiva, para celebrar actos jurídicos con organismos estatales, la prohibición temporal no excederá del plazo de diez años.

6. Multa hasta por el quíntuplo del beneficio obtenido a raíz de la comisión del delito, la cual deberá ser cancelada íntegramente hasta dentro de los 30 días naturales de consentida la sentencia, excepto cuando el pago íntegro de la multa pudiere afectar gravemente la continuidad de la misma en el mercado económico, a lo que el juez, previa solicitud de parte, podrá fijar el pago en cuotas mensuales o quincenales.

La cláusula de disolución prevista en el numeral 1. no podrá ser aplicable a entes organizativos de naturaleza pública ni a las de naturaleza privada que se encuentren brindando servicios de beneficio público y que su paralización pudiere ocasionar serias consecuencias económicas y sociales.

Las cláusulas temporales previstas en los numerales 2., 3., 4. Y 5. podrán ser dictadas como medidas cautelares por la autoridad judicial competente.

Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la organización empresarial a fin de salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores del ente organizativo hasta por un período máximo de cinco años, debiéndose determinar mediante resolución quien se hará cargo de dicha intervención, los alcances de la misma y los

plazos en que deberá emitir informes periódicos a la autoridad competente, la intervención podrá ser interrumpida previo requerimiento del representante del Ministerio Público.

El cambio de la razón social o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas.

FUENTES DE LA INFORMACIÓN FÍSICAS

1. ATIENZA, M. (1985) *Introducción al Derecho*, Barcelona: Editorial Marcial Pons.
2. ALBALADEJO, M. (1996) *Derecho Civil*, Barcelona: Editorial Bosch, Volumen I.
3. ALBERTARIO, A. citado por VACCA, L. (1989) *La Giurisprudenza nel sistema delle fonti di diritto Romano*, Italia: Editorial Giappichelli.
4. ARANGIO-RUIZ, V. (1986) *Instituciones de Derecho Romano*, Buenos Aires: Editorial Depalma, 10° Edición De Palma, 10° Edición.
5. BINDER J. (1907) *Das Problem der Juristischen Personlichkeit (Classic Reprint)* (2016), Alemania: Forgotten Books.
6. BRINZ A. (1860) *Lerhbuch der Pandekten*, München: Leitartikel Erlagen.
7. BEKKER, E. (1873) *Zur lehre vom rechtssubjekt: Genutzt und Verfügung zwecksetzungen, zweckvermögen und juristische personen*, München: Leitartikel Jahrbücher.
8. BARATTA, A. (1993) *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, México: Editorial S. XXI.
9. BAJO FERNANDEZ, M. (1996) *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Administrativo Español*, Madrid: Revista Responsabilidad Penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto.
10. BRAMONT- ARIAS, L. (2001). *Código Penal Comentado*, Lima: Editorial San Marcos.

11. BECCARIA C. (1982) *De los Delitos y De las Penas, tratado de Derecho Penal*, traducido por DE LAS CASAS, J Madrid: Editorial Alianza, 3º Edición.
12. CARO CORIA, D. (2001). *La responsabilidad de la propia persona jurídica en el derecho penal peruano e iberoamericano*, Lima: Revista Themis N° 54.
13. COHEN, S. (1985) *Visions of Social Control: Crime, Punishment and Classification*, Polity Press, U.S.A.
14. DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. (1985) *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires: Editorial De Palma, 4º Edición.
15. DE CASTRO, B. (2004) *Manual de Teoría del Derecho*, Madrid: Editorial Universitas.
16. DIEZ-PICASO, L. y GUILLON, A. (1981) *Sistema de Derecho Civil*, Madrid: Editorial Tecnos, Volumen I.
17. DE BELAUNDE LOPEZ DE ROMAÑA, J. (2003) *Código Civil Comentado*, Lima: Gaceta Jurídica.
18. FERRARA F. (2006) *Teoría de las Personas Jurídicas*, Granada Editorial Comares.
19. FODOR, J. (1980) *Methodological Solipsism Considered has a Research Strategy in Psychology Cognitive*, Cambridge: Revista Journal of Behavioral and Brain Science.
20. FEIJOO SANCHEZ, B. (2012) *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, España: Civitas Ediciones.
21. FERRAJOLI, L (2001) *Derecho y Razón*, España: Editorial Trota.

22. GOMEZ JARA-DIEZ, C. (2005) *En relación a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Barcelona: Editorial Marcial Pons.
23. GOMEZ TOMILLO, M. (2010) *Introducción a la Responsabilidad de Personas Jurídicas en el Sistema Español*, España: Editorial Lex Nova.
24. GOMEZ JARA-DIEZ, C. (2010) *Fundamentos Modernos de la Responsabilidad de las Personas jurídicas*, España: Edit. B de F.
25. GOMEZ JARA-DIEZ, C. (1996) *La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas, una Perspectiva Comparada*, España: Editorial Tirant lo Blanch.
26. GIMBERNAT, E. (2008) *¿Tiene un Futuro la Dogmática Jurídico Penal?* Lima: Ara editores.
27. GAROFOLO, R. (1998) *Criminología, Estudio sobre el Delito y la Teoría de la Represión*, México: Editorial Ángel.
28. GRACIA MARTIN, L. (1986) *Responsabilidad de Directivos, Órganos y Representantes de una Persona Jurídica*, España: Editorial Bosch.
29. GRACIA MARTIN, L. (2014) *La Doctrina de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, España: Revista de Derecho Penal Y Criminología N° 09.
30. GULMINELLI, L. (1997) *Responsabilidad por Abuso de la Personalidad Jurídica*, Buenos Aires: Editorial De Palma.
31. HEINITZ, E. (1953) *Empfiehl Es Sich Die Strafbarkeit Der Juristischen Person Gesetzlich Vorzusehen?*, Tübingen: Mohr.

32. HIRSCH, J (1993) *La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Asociaciones de Personas*, España: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
33. HEINE, G. (2001) *La Responsabilidad Penal de las Empresas: Evolución internacional y Consecuencias Nacionales*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
34. IGLESIAS, J. (1972) *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona: Editorial Ariel.
35. IHERING R. (1886) *Geist des Römischen Rechts auf den Verschiedenen Stufen Seiner Entwicklung*, Deutschland: Leitartikel Herman Bohlau.
36. JESCHECK, H. (1960) *Die Ungarischen Strafgesetze, amtliche Zusammenstellung der gültigen materiellen strafrechtlichen Vorschriften*, Deutschland: Lehrbuch Gruyter.
37. JACKOBS, G. (2004) *Dogmática del Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, España. Editorial Civitas Thomson.
38. JACKOBS, G. (2004) *Sobre la Normativización de la dogmática jurídico penal*, España. Editorial Civitas Thomson.
39. KELSEN, H (1991) *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode: Vortrag gehalten in der Soziologischen Gesellschaft zu Wien*, Alemania: Leitartikel Abieter.
40. KELSEN, H (1995) *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*, traducido por GARZÓN VALDEZ, E., México: Biblioteca de Ética y Filosofía del derecho.
41. KÖHLER, L. (2003) *Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit in dem modernen Verfassungsrecht*, Alemania: Leitartikel Abieter.

42. LAMPE, J. (1994) *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, Deutschland: Lehrbuch Gruyter.
43. LAUFER W. (2006) *La Culpabilidad Empresarial y los Límites al derecho*, España: Revista Modelos de Autorresponsabilidad penal empresarial propuestas contemporáneas.
44. LUHMANN, N. (1985) *A Sociological Theory of Law*, London: University of Oxford.
45. LUHMANN, N. (1993) *Law as a Social System*, London: University of Oxford.
46. MEINI, I. (2015) *Lecciones de Derecho Penal - Parte General Teoría Jurídica del Delito*, Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
47. MEINI, I. (1999). *La responsabilidad Penal de la Personas Jurídicas* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
48. MANTOVANI, F. (2015) traducido por BOTERO, M. *Los Principios del Derecho Procesal Penal*, Lima: Ediciones Legales.
49. MIR PUIG, F (2008) *Derecho Penal Parte General*, Barcelona: Editorial Repertor, 8º edición.
50. MIR PUIG, F. (2011) *Bases Constitucionales del Derecho Penal*, España: Editorial Lustel.
51. MUÑOZ CONDE, F. y GARCIA ARAN, M. (2004) *Derecho Penal Parte General*, España: Editorial Tirant lo Blanch, 9º Edición.
52. MUÑOZ CONDE, F. (2001) *Introducción al Derecho Penal*, España: Editorial Comares.

53. MARTINEZ BLANCO, A. (1995) *Derecho Canónico* España: Editorial DM.
54. OTTO H. (1998) *Diagnosis Causal he Imputación del Resultado en Derecho Penal*, traducido por SANCHINETTI, M. Bogotá.
55. PANIZO ORALLO, S. (1975) *Persona Jurídica y Ficción, estudiando la obra de Sinibaldo dei Fieschi (Inocencio IV)*, Pamplona: Editorial Eunza.
56. PRADO SALDARRIAGA, V. (2009) *El Nuevo Proceso Penal, Reformas y Política Criminal*, Lima: Editorial IDEMSA.
57. QUINTANA ROLDA, C. (2001) *Derecho Municipal*, México: Editorial Porrúa.
58. RAMOS NUÑEZ, C. (2014) *Como Hacer una Tesis de Derecho y no Envejecer en el Intento*, Lima: Editorial Grijley 2° Edición.
59. ROXYN K, ARTZ, G y TIEDEMANN, K. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, traducido por ARROYO, L. España: Editorial Ariel.
60. SAVIGNY, F. (1878) *Derecho Romano Actual*, traducido por MESIA J. y POLEY, M, Madrid: Editorial F. Góngora y Compañía.
61. SCHÜNEMANN B. (1989) *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, köln Heymann.
62. SCHÜNEMANN B. (1989) *La Punibilidad de las Personas Jurídicas desde una Perspectiva Comparada*, Universidad Autónoma de Madrid: Boletín hacia un derecho penal económico europeo.
63. STRATENWERTH, G. (1992) *Strafrechtliche Unternehmenshaftung*, deutschland: Tubinga.
64. STRUDLER, A. (2001) *The Problem of Criminal Liability of Legal Entities* USA: University of Arizona.

65. SILVA SANCHES, J. (1995) *Fundamentos de un Sistema Europeo de Derecho Penal*, España: Editorial Bosch.
66. SESSAREGO, C. (1994) *El Derecho Como Libertad*, Lima: Universidad de Lima.
67. TIEDEMANN, K (1991) *Verfassungsrecht und Strafrecht*, Deutschland: Lehrbuch NJW.
68. TEUBNER, G. (2002). Cuaderno de Filosofía del Derecho N^o 25 DOXA: *El Derecho como Sujeto Epistémico: Hacia una Epistemología Constructivista del Derecho*, Alicante - España: Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Edición: Espagrafic.
69. VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2007). *Derecho Penal Parte General*, Lima: Editorial Grijley.
70. VOLTERRA, E. (1986) *Instituciones de derecho privado romano*, Madrid: Civitas Ediciones.
71. WELZEL, H (1989) *Das deutsche Strafrecht: Eine Systematische Darstellung*, Deutschland: De Gruyter Lehrbuch.
72. ZITELMANN, E (1873) *Begriff und Wesen der Sogenannten Juristischen Personen*, Bonn: Lepzing.
73. ZUGALDÍA, J. (2012) *La responsabilidad Criminal de Entes Colectivos Personas Jurídicas y Entes sin Personalidad, de sus Directivos y Representantes*, España: Editorial Inédito.
74. ZUGALDÍA, J. (1990) *Conveniencia Político Criminal e Imposibilidad dogmática de revisar las fórmulas Tradicional Societas Delinquere Non Potest*, Madrid: Editorial Tirant lo Blanch

FUENTES DE LA INFORMACIÓN ELECTRÓNICAS

1. JUSTINIANO, traducido por RODRIGUEZ DE FONSECA B. (1872)
El Digesto España: Imprenta de Ramón Vicente, cuesta de Santo Domingo, disponible en el siguiente enlace:
https://books.google.es/books?id=HZgsAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false, visitado por última vez el 21 de abril del 2017 a las 18:34 horas.
2. GIERKE, O. (1902) *Das Wesen der Menschlichen Verbände*, Berlin: Buchdruckerei, disponible en el siguiente enlace:
<https://ia802604.us.archive.org/26/items/daswesendermensch00gier/daswesendermensch00gier.pdf>, visitado por última vez el 05 de abril del 2017a las 12:21 horas.
3. Eine Juristische Person Unterliegt bei Verurteilung Wegen Einer Strafbaren Handlung den für Diese Strafbare Handlung Angedrohten Geldstrafen und Entziehungen, disponible en el siguiente enlace:
https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=//*/%5B@attr_id=%27bgbl151s0463.pdf%27%5D#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl151s0463.pdf%27%5D_1502827813770, visto por última vez el 04 de julio del 2017a las 14:30 horas.
4. DECRETO LEGISLATIVO N° 16185. Ley de represión del Contrabando promulgado el 28 de junio de 1966, se puede acceder desde el siguiente link: <http://docs.peru.justia.com/federales/leyes/16185-jun-28-1966.pdf>, visitado por última vez el 31 de Julio del 2017, a las 08:42 horas.

5. CÓDIGO PENAL de Santa Cruz de 1836, se puede descargar desde el siguiente link: <https://archive.org/details/cdigopenaldelpe00pergoog>, visitado por última vez el 31 de julio del 2017, a las 16:51 horas.

6. SCHÜNEMANN B. (1982). *Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalitdt*, traducido por LASCURAIN SANCHEZ, J. (1988). Cuestiones básicas de dogmática Jurídico-Penal y de Política Criminal Acerca de la Criminalidad de Empresa, Madrid - España: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad Autónoma de Madrid Tomo 41, se puede acceder desde el siguiente link: <file:///C:/Users/TOSHIBA/Downloads/Dialnet-CuestionesBasicasDeDogmaticaJuridicopenalYDePoliti-46331.pdf>, visitado por última vez el 31 de Julio del 2017 a las 23: 06 horas.

7. GARCIA CAVERO, P. (2012). *Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las Personas Jurídicas (Outline of a model for attributing legal persons criminal liability)*. Santiago de Chile: Revista de Estudios de la Justicia N° 16, se puede acceder desde el siguiente link: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20131208_01.pdf, visitado por última vez el 05 de Abril del 2017, a las 20:14 horas.