

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN PERÚ: ¿MITO O REALIDAD?

MANUEL A. ABANTO VÁSQUEZ*

SUMARIO:

1. Personas jurídicas y delito. 2. El derecho administrativo sancionador y las personas jurídicas. 3. Las “consecuencias accesorias”: ¿un sistema de sanciones penales? 4. ¿La “multa” como “consecuencia accesoria”? 5. La (nueva) regulación sobre “criminalidad organizada” 6. La ley sobre “responsabilidad administrativa” de las personas jurídicas. 7. Intento de interpretación sistemática de la situación legal actual. 8. Palabras finales. Bibliografía.

El título de la presente contribución puede parecer paradójico o incluso inexacto. Tratar como “mito” una regulación penal no parece adecuarse a la acepción usual de la palabra “mito” en el sentido de “narración maravillosa situada fuera del tiempo histórico y protagonizada por personajes de carácter divino y heroico” o incluso en el sentido más amplio de “historia ficticia o personaje literario o artístico que condensa alguna realidad humana de significación universal”¹. Pero, en el sentido de la exposición que sigue, sí resultan muy adecuadas otras dos acepciones sobre el término: “persona o *cosa* rodeada de extraordinaria estima” y, sobre todo, “persona o *cosa* a las que se atribuyen cualidades o excelencias que no tienen, o bien una realidad de la que carecen”² (cursivas agregadas).

Y es que con la responsabilidad penal de personas jurídicas sucede algo parecido cuando, refiriéndonos a nuestro país, se trata de responder a la pregunta de si ya está vigente, si ya *existe*, y si realmente va a solucionar los problemas para los cuales

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctor por la Universidad Albert-Ludwig de Friburgo (Alemania).

1 Así, según la primera y segunda acepciones de la palabra “mito” en el Diccionario de la Real Academia Española, 22da. edición, tomo II, p. 1516, segunda columna.

2 *Ibidem*, acepciones tercera y cuarta.

se habrían dado las regulaciones legales que supuestamente la han introducido. O sea, si tiene las *cualidades o excelencias* que la doctrina le atribuye.

A continuación, se revisará primero brevemente el estado actual de la discusión doctrinaria acerca de la punibilidad de personas jurídicas y el desarrollo actual en la legislación extranjeras (I). Luego, se expondrán algunos conceptos necesarios aplicados en caso de infracciones cometidas por entes colectivos, con lo cual se podría catalogar mejor la solución peruana: las sanciones administrativas (II), el sistema de consecuencias accesorias y la multa como consecuencia accesoria (III y IV), y las organizaciones criminales (V). Enseguida se revisará la regulación vigente en el Perú referida a las “consecuencias jurídicas” (término más genérico) para las “personas jurídicas” ante la comisión de (determinados) hechos delictivos por parte de sus integrantes o personas vinculadas a ellas (VI). Finalmente, se tratará de interpretar cuál sería el régimen vigente en el Perú y si éste es realmente efectivo (VII).

1. PERSONAS JURÍDICAS Y DELITO

Si bien ya desde hace mucho se ha reconocido la frecuente y hasta decisiva presencia de *personas jurídicas* (sobre todo, empresas, aunque también otros entes colectivos como los partidos políticos, las asociaciones, las fundaciones, etc.) en la comisión de hechos delictivos, hasta hace muy poco, en los países de tradición penal europeo-continental, no ha existido la voluntad político-criminal de hacerlas responder penalmente debido a la vigencia del llamado principio *societas delinquere non potest*. Los argumentos que sostenían esta doctrina, así como su correspondiente refutación son conocidos y no es este el lugar para analizarlos detalladamente. Básicamente se negaba a la persona jurídica tanto existencia (o sea, el ser siquiera “sujeto” de imputación penal), capacidad de acción, capacidad de culpabilidad, capacidad de pena, capacidad procesal, así como tampoco se veía necesidad político-criminal de introducir tal punibilidad³. Este último era y sigue siendo, tal vez el argumento decisivo a la hora de decidir la introducción de una sanción penal o cuasipenal contra ellas por hechos delictivos.

3 Más detalles y refs. sobre esta discusión en ABANTO VÁSQUEZ, “Responsabilidad penal de los entes colectivos...”, p. 30 y ss.; también en “Dogmática penal...”, p. 471 y ss. Resumidamente, TIEDEMANN, “Derecho penal y nuevas formas de criminalidad”, p. 111 y ss.; Acentuando cuestiones de política criminal antes que razones materiales, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, tomo I, p. 658 y s. Estos últimos autores concluyen que la punibilidad de las personas jurídicas sería tan solo “... una cuestión de orden normativo [porque] bien puede convenirse bajo qué condiciones pueden considerarse penalmente responsables a las empresas. La enorme influencia que éstas ejercen en el ámbito social y económico, así como el hecho de que sean con frecuencia el ámbito y el medio propicio para la ejecución, en especial, de la criminalidad económica, hacen que la negación de su capacidad para cometer delitos sea más

La situación comenzó a cambiar a partir de los años 90 del siglo XX donde las legislaciones penales del ámbito europeo-continental comenzaron a reconocer, una tras otra, la responsabilidad penal de personas jurídicas, inspirándose mayormente en la ley norteamericana *Sentencing Guidelines for Organizational Offenders*⁴. Así ha, entre otros países, en Francia (art. 121 del C. P. de 1994), Suiza (art. 102 C. P. de 1937, tras reformas a partir del 2003), Italia (según el D. Legislativo n.º 231 de 2001) y finalmente en España con la reforma del 2010 (ampliada el 2015), a través del art. 31bis del C. P. En Latinoamérica es especialmente llamativo el caso de Chile, donde, mediante una ley especial de 2009, se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho. Pero esta responsabilidad “penal” se configura de manera muy diferente en cada país. Así, en algunos casos dicha responsabilidad de los entes colectivos derivada de delitos cometidos por individuos ha sido, por lo menos nominalmente, administrativa (Suiza, Italia), mientras que en otros casos la respuesta ha sido estrictamente penal (España, Chile)⁵.

El caso de Alemania es peculiar. Allí, pese a la presión internacional, el legislador aún se resiste a la introducción de una auténtica “responsabilidad penal” de las personas jurídicas con el argumento de que la “responsabilidad contravencional” -vigente ya desde mediados del siglo XX- equivaldría a la responsabilidad penal o por lo menos cumpliría con las finalidades político-criminales que esta busca⁶. De todo esto es cierto que tal responsabilidad es casi equivalente a la actual “responsabilidad penal” que, bajo la etiqueta de “administrativa”, ha sido introducida en varios países, entre los cuales se encuentra Perú. Pero no equivale ni puede reemplazar a la auténtica responsabilidad penal. Esto se analiza con más detalle abajo en II.

Las razones de este cambio general de orientación político-criminal son variadas y van desde una auténtica preocupación por la gran *dañosidad social* de los delitos cometidos a través de entes colectivos o con ayuda de ellos hasta la simple

bien artificiosa”; *ibidem*, p. 659. Una exposición meticulosa sobre los antecedentes históricos de la discusión filosófica y jurídica, referidas a la naturaleza de los entes colectivos, puede verse en RENZIKOWSKI, p. 153 y ss.; KNOTHE, p. 259 y ss.

- 4 Al respecto, ver una exposición breve de este desarrollo en ABANTO VÁSQUEZ, “Responsabilidad penal de los entes colectivos...”, p. 64 y ss.; también en “Dogmática penal...”, p. 525 y ss.
- 5 Una breve exposición de los sistemas suizo y austriaco pueden verse en RINGELMANN, p. 299 y s., 301 y s. También he resumido estos modelos en “Dogmática penal...”, p. 526 y ss. y “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, p. 200 y ss.
- 6 Este argumento se ha utilizado cada vez que se ha intentado reformar la ley penal alemana e introducir una auténtica responsabilidad penal de los entes colectivos. Así ocurrió con el proyecto de reforma del 2007; ver las refs. en ABANTO VÁSQUEZ, “Dogmática penal...”, p. 486. El último proyecto de ley fue el de Nordrhein-Westfalen de 2015 (resumidamente Proyecto NRW de 2015). Al respecto, RINGELMANN, p. 300 y s.

“moda” o deseos extrapenales (como el de querer pertenecer a la OCDE, en el caso de Chile y Perú). En la actualidad ya no parece haber discusión sobre el papel relevante que juegan las personas jurídicas en la comisión de hechos delictivos ni sobre los efectos preventivo-generales que pueda tener una respuesta “penal” o “cuasipenal” frente a ello⁷. El que la naturaleza de las organizaciones haga posible que sus integrantes y personas vinculadas con ellas se vean beneficiados por una *irresponsabilidad organizada* tras la ejecución de hechos delictivos de gran dañosidad social (p. ej. contaminación ambiental, daños a la salud derivados de la comercialización de productos defectuosos, lavado de activos, etc.) forma parte de la argumentación estandarizada a favor de la punibilidad de los entes colectivos⁸. Por eso, parece reinar un convencimiento abrumador (incluyendo a la doctrina penal de los países “escépticos”) de la necesidad de “respuesta penal”, sin importar la denominación que esta finalmente reciba en la ley⁹. Y es que, en contra de la persistencia en el “societas delinquere non potest”, se tiene que admitir que la dogmática penal no puede ser obstáculo para que el legislador busque objetivos legítimos (efectiva protección de bienes jurídicos) e introduzca reglas apropiadas para ello¹⁰. Entonces, por más que

7 TIEDEMANN lo resume así: “En la realidad de nuestros días, la mayor parte de los delitos de los negocios o delitos económicos son cometidos con ayuda de una empresa; y el crimen organizado se sirve de la mayor parte de las instituciones de la vida económica: establecimientos financieros, sociedades de exportación o de importación, etc. La participación de personas jurídicas y de otras empresas no es, entonces, la excepción sino la regla”; ver en “Derecho penal y nuevas formas de criminalidad”, p. 92.

8 Este resultado a todas luces indeseable por política criminal ni siquiera tiene que ser el resultado de conductas intencionales de los integrantes de las empresas. Por eso RINGELMANN distingue entre “irresponsabilidad individual organizada” e “irresponsabilidad individual estructural”. Mientras que la primera consiste en el aprovechamiento doloso y dirigido al mal de las posibilidades de la organización colectiva para proteger con una “muralla china” a sus integrantes de la persecución penal, la segunda no es producto de la voluntad de los sujetos sino se deriva de las diferencias sustanciales entre la naturaleza de la organización y la imputación penal: “Se exige así demasiado a nuestro Derecho penal clásico porque ya no existe *el hecho, el autor, el momento del hecho, el lugar de los hechos* y ni siquiera *simples* cursos causales” (cursivas en el original), p. 297 y s.

9 Últimamente, proponiendo una “responsabilidad empresarial” específica para la “criminalidad empresarial”, JAHN/SCHMITT-LEONARDY/SCHOOP, p. 27 y ss. Una tesis similar defendí en el artículo “Hacia un nuevo derecho penal de las empresas” (publicado por primera vez en Revista Penal, España, n.º 21, 2008, p. 3-23) recogido en “Dogmática penal ...”, p. 545 y ss., 576 y ss. y en “Responsabilidad penal de los entes colectivos...”, LH Klaus Tiedemann, p. 89 y ss.

10 En su análisis histórico de la discusión, KNOTHE demuestra cómo la “teoría de la ficción” ha servido por igual para fundamentar la capacidad de pena de los entes colectivos como, luego, para rechazarla; p. 260 y s., 269 y ss., 272. En efecto, una revisión histórica de la aparición del “societas delinquere non potest” permite apreciar cómo en Europa históricamente los entes colectivos durante mucho tiempo fueron considerados sujetos de pena hasta que dejaron de serlo recién a partir de principios del siglo XIX debido a diversos motivos (entre otros, las ideas libera-

aún se pueda discutir sobre la denominación, el alcance y las características (y hasta la denominación) de la responsabilidad que deban tener los entes colectivos tras la comisión de hechos delictivos por parte de sus miembros y otros individuos vinculados con ellos, el hecho es que ya nadie discute el “sí”, o sea la necesidad de aplicar *consecuencias jurídicas graves* (en el sentido de algo más que una responsabilidad civil o una mera sanción administrativa) y *autónomas* (o sea, sin depender de una sanción previa contra individuos concretos) por una infracción a la ley penal. No parece necesario discutir más sobre si el contenido tradicional ético-social de la “pena” (o su carácter “personalísimo” según otra vertiente) tendría que ser impedimento para el reconocimiento de una sanción (penal) contra los entes colectivos. Y es que la imputación y sanción contra colectivos ha venido ocurriendo sin mayores problemas en un ámbito emparentado con el Derecho penal: en el Derecho administrativo siempre ha sido posible “imputar” infracciones a los entes colectivos; o sea, para declarar su responsabilidad administrativa se les ha tenido considerar previamente condición de “sujetos” de Derecho y reconocida libertad de acción¹¹.

En la actualidad, la mayor discusión gira en torno al *modelo de imputación* (penal, cuasipenal o cualquier otra denominación que se elija), o sea a la configuración concreta de la responsabilidad de los entes colectivos. Y dentro de esta, la tendencia va claramente hacia una responsabilidad “autónoma” que, en última instancia, también se vincula con una imputación directa al colectivo por defecto de organización (ligado a la exigibilidad de controles internos mediante programas de “compliance”)¹². Todavía queda por dilucidar si esta “responsabilidad” debería

les que llevaron a entronizar la “culpabilidad individual” como base de la pena entendida como “castigo”, y la aparición de la responsabilidad administrativa y civil); cfr. c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, “Dogmática penal...”, p. 466 y ss.; similar, las conclusiones de KNOTHE, *ibidem*, p. 272.

- 11 En este sentido, RENZIKOWSKI, p. 154 y ss. Es discutible, sin embargo, que su conclusión a favor de la responsabilidad penal de los entes colectivos sea consecuencia necesaria de reconocer previamente la falta de diferencia cualitativa (o cualitativo-cuantitativa) entre “pena” y “sanción contravencional” y que todo sea una cuestión de “proporcionalidad”, *ibidem*, p. 150 y ss. El abuso de la “libertad”, que también poseen las “personas morales”, justificaría –según él– como reacción una “pena” (proporcional) en el sentido de restricción de libertades. Recurriendo a Kant y Hegel, RENZIKOWSKI argumenta así: “La naturaleza del delito consiste en que el autor abusa de su libertad y con ello lesiona las leyes de la libertad. De este modo, el delincuente se autoexcluye en cierto modo de la participación en la sociedad civil. Con la pena se le devuelve al delincuente lo mismo: las penas son una forma de excluir al delincuente, bajo desmedro de sus derechos, de la participación total en la sociedad”; *ibidem*, p. 159 y s. Sobre la discusión en torno a las diferencias de naturaleza (¿cuantitativa o cualitativa?) de las *consecuencias jurídicas* (y no entre el *injusto*, donde hay consenso sobre la mera diferencia cuantitativa), o sea entre “pena” y “sanción administrativa” (o contravencional), ver también ABANTO VÁSQUEZ, c. más refs., “Dogmática penal...”, p. 848 y ss.; ROXIN, § 2, n. marg. 131 y ss.
- 12 Sobre los distintos modelos, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, “Dogmática penal...”, p. 488

formar parte de un Derecho existente (administrativo o penal) o pasar a integrar una nueva disciplina jurídica sancionadora dedicada exclusivamente a los entes colectivos¹³.

En adelante interesa analizar con más detalle si el legislador peruano realmente ha introducido una respuesta “penal”, y si lo que ha hecho hasta ahora cumple realmente los objetivos de una política criminal racional que busca proteger los intereses colectivos de peligros y daños producidos con ayuda de los entes colectivos.

2. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y LAS PERSONAS JURÍDICAS

Al igual que en el Derecho comparado, el Derecho administrativo peruano también ha previsto en distintos sectores incluir a la persona jurídica como sujeto de sanciones. Es decir, la ley y la doctrina admiten la “capacidad infractora” de la empresa, una “culpa” de esta y su reprochabilidad para la imposición de sanciones directas contra ella¹⁴.

Esto es así en toda la legislación referida a la protección de la libre y leal competencia, así como la relacionada con la propiedad intelectual, cuyo cumplimiento está en manos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Sus diez Comisiones y cinco Tribunales, entre otras cosas, resuelven en primera y segunda instancia respectivamente, procedimientos administrativos sancionadores contra personas naturales o jurídicas infractoras, a las cuales les pueden imponer sanciones de gran importancia económica. Para ello, se guían por la ley respectiva a cada materia a cargo de las Comisiones y, supletoriamente, por la Ley General Administrativa (Ley 27444 de 2001). P. ej. en el caso de la defensa de la “libre competencia”, investiga y resuelve en primera instancia la “Comisión de Defensa de la libre competencia” guiándose por las normas referidas a la “libre competencia” y que recientemente han sido resumidas en un Texto Úni-

y ss.; “Responsabilidad penal de los entes colectivos”, p. 47 y ss. Proponiendo un modelo “constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, ver GÓMEZ-JARA DIEZ, p. 123 y ss. Últimamente, de manera resumida, inclinándose por el modelo (penal) diferenciado propuesto por el desaparecido autor alemán Günter Heine (que incluye tanto la responsabilidad por el hecho de sus integrantes como también una responsabilidad autónoma por un hecho propio de los colectivos), RINGELMANN, p. 299 y ss.

13 Últimamente también JAHN/SCHMITT-LEONARDY/SCHOOP –que abogan por un derecho “parapenal” de las empresas- rechazan, basándose la tradición alemana, una política criminal que vea a las empresas como “delincuentes”; cfr. c. más refs., p. 28 y s. También en similar sentido ABANTO VÁSQUEZ en “Dogmática penal...”, p. 545 y ss.

14 Recurriendo a la doctrina española, ABANTO VÁSQUEZ, c. más refs., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, p. 211; también en “Dogmática penal ...”, p. 886.

co Ordenado mediante el D. S. 030-2019-PCM (publicado en “El Peruano” de 19.02.2019, p. 17 y ss.), cuyo título V (arts. 18 y ss.) se refiere al “procedimiento administrativo sancionador”. Las sanciones (multas) no deben superar las quinientas UIT para las infracciones leves, pero pueden llegar hasta mil UIT (siempre que no se supere el 12 % de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor) para las infracciones muy graves (art 46.1).

En uno de los ámbitos más recientes, la “Ley de Gestión de Intereses”, en su versión inicial (Ley 28024 de 23 de junio de 2003), había previsto un sistema de sanciones para las infracciones a la ley que cometieran los “gestores de intereses” (personas naturales o personas jurídicas)¹⁵. El sistema ha cambiado desde las modificaciones introducidas por el D. Leg. 1353 (publicado el 7.1.2017) que ha eliminado de la ley los artículos referidos a las sanciones para los gestores (aunque mantiene el art. 22 de la Ley 28024 que establece la responsabilidad administrativa y penal de los funcionarios públicos). Aún así, nada impide que los gestores (personas naturales o jurídicas) puedan ser responsables administrativamente, según el régimen general del Derecho administrativo. Y también sería posible hacer responsables a estos sujetos por delitos como el de “tráfico de influencias” e imponer penas a los individuos y consecuencias accesorias a las personas jurídicas. Por último, aquí también es posible determinar la “responsabilidad administrativa” de las personas jurídicas involucradas según las reglas de la nueva Ley 30424 (al respecto más abajo en VI).

Esta responsabilidad de “personas jurídicas” ante las diferentes autoridades administrativas por infracciones a las normas administrativas específicas (libre competencia, propiedad industrial, sistema tributario, bolsa de valores, normas societarias, etc.), y que también se dirige a personas naturales, se diferencia de aquella otra responsabilidad (seudo) administrativa (o penal) como la que existe recientemente en Perú a través de la Ley 30424.

Como se verá más abajo (en VI y VII), esta última responsabilidad “administrativa” y la sanción derivada de ella tiene muchas características propias de una responsabilidad y sanción penales, pues más allá de que, al igual que las sanciones administrativas, se base también en el respeto al principio de culpabilidad (bajo un modelo de responsabilidad autónoma: un “defecto de organización”), debe ser constatada dentro de un proceso penal e impuesta por un juez penal de manera autónoma a la responsabilidad individual correspondiente para sus miembros o las personas ejecutoras de los hechos penales que se le imputa. Otra diferencia importante es el “hecho de contacto” para la responsabilidad colectiva: mientras que en las sanciones administrativas tradicionales, estas se basan en imputaciones al colectivo

15 Ver al respecto c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ en Abanto Vásquez/ Vázquez-Portomeñe, “El delito de tráfico de influencias”, p. 170 y ss.

por infracciones específicas a la ley administrativa cuyo cumplimiento corresponde a la autoridad administrativa que impone la sanción, la sanción “cuasipenal” (denominada “administrativa” por la ley peruana) o penal de los entes colectivos (o, de manera más restrictiva, de personas jurídicas) está vinculada a una imputación por la comisión de determinados hechos delictivos previstos en las leyes penales.

En el Derecho comparado también se ha reconocido el carácter penal de las sanciones administrativas¹⁶. Constituye un sistema sui generis la *responsabilidad contravencional* que el legislador alemán introdujera ya desde mediados de los años 50 del siglo XX. La doctrina germana considera que este Derecho es muy parecido al penal en cuanto también protege bienes jurídicos¹⁷. Y aunque la sanción contravencional también integra el sistema penal en sentido amplio, ella suele ser considerada como de menor gravedad que la auténticamente penal, motivo por el cual, en muchos casos, por razones de “subsidiariedad”, se suele recomendar recurrir a ella antes que a una sanción auténticamente penal¹⁸. Por otro lado, la *responsabilidad contravencional de las personas jurídicas* no solamente se impone como consecuencia de una responsabilidad individual de sus integrantes (art. 30, párrafo IV, OWiG) sino también debido a una *responsabilidad propia* derivada de la violación de deberes de vigilancia (art. 130 OWiG; equivalente según la doctrina germana al “defecto de organización”) con lo cual coincide ampliamente con el fundamento de la punibilidad de las personas jurídicas que se discute en la doctrina penal contemporánea¹⁹. Además, las sanciones contravencionales para las personas jurídicas son impuestas por el juez penal²⁰ pero solamente consisten en multas que pueden llegar a ser muy elevadas. El principal obstáculo para admitir una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas sigue siendo, para la doctrina penal alemana, el principio de culpabilidad tradicionalmente unida a la pena y reconocida solamente a los individuos²¹.

16 Al respecto ver c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, “Dogmática penal...”, p. 847 y ss.; también en “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, p. 210 y s.

17 ROXIN, § 2, n. marg. 62, 130 y ss.

18 Cfr. ROXIN, § 2, n. marg. 99, 130.

19 Concepto desarrollado ya pioneramente por el maestro alemán Klaus TIEDEMANN. Ver al respecto “Derecho penal económico P.G.”, p. 232 y ss., n. marg. 242 y ss., esp. n. marg. 244a; también en “Derecho penal y nuevas formas de criminalidad”, discutiendo con posiciones que niegan la responsabilidad del colectivo, p. 104 y ss.

20 Ver una exposición amplia sobre el Derecho contravencional alemán en ABANTO VÁSQUEZ, “Responsabilidad penal de los entes colectivos...”, p. 76 y ss. y “La responsabilidad penal de las personas jurídicas ...”, p. 211 y ss. Sobre la situación alemana, últimamente, RENZIKOWSKI, p. 149 y ss.

21 Por eso coinciden en una postura escéptica o incluso de rechazo dos autores germanos tan opuestos en otros ámbitos como ROXIN (cfr. § 8, n. marg. 63, nota al pie 132) y JAKOBS (“¿Punibi-

Finalmente, el hecho de existir un Derecho administrativo o contravencional que puede sancionar a entes colectivos (y también individuos) por hechos que atentan contra bienes jurídicos también protegidos penalmente, podría generar problemas de *ne bis in idem* o “doble sanción”. Este problema no solamente se presenta en el marco de las sanciones a personas jurídicas, sino también en el caso de los individuos, aparte de no restringirse a las relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo nacionales, sino también involucra las sanciones supranacionales²². En efecto, a medida que se admite el carácter “penal” de medidas dispuestas en distintas disciplinas jurídicas nacionales y supranacionales que afectan (sobre todo) a empresas y otros sujetos de derecho, la aplicación del *ne bis in idem* tiende a expandirse a las relaciones entre estas disciplinas para evitar así una desproporcionada múltiple sanción contra los mismos sujetos de Derecho por el mismo atentado. El lado negativo de este desarrollo es el aprovechamiento que se pueda derivar de esta situación ante la falta de coordinación entre las distintas autoridades nacionales y supranacionales, pues la aplicación a rajatabla del principio tiene un efecto de bloqueo entre un Derecho y el otro (efecto “guillotina”)²³.

Para los fines de la presente investigación, solamente interesa la concurrencia de distintas normas penales y extrapenales nacionales de las que puedan derivar sendas sanciones para los entes colectivos y, en consecuencia, la posibilidad de una doble y hasta triple sanción. Esto se analiza más abajo en VII.

3. LAS “CONSECUENCIAS ACCESORIAS”: ¿UN SISTEMA DE SANCIONES PENALES?

Como es sabido, el **C. P. peruano de 1991** contiene un sistema de consecuencias accesorias que tuvo decisiva influencia hispana. El caso de España es particularmente interesante porque inicialmente el Código penal de 1995 había sido elaborado teniendo en cuenta la tradicional irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, pero contenía la novedad de prever para estas, en el antiguo art. 129, un grupo de medidas denominadas “consecuencias accesorias”. Este modelo, aunque en su versión preliminar (y aún incompleta) del Anteproyecto hispano de 1983 fue recogido por el legislador peruano del C. P. de 1991²⁴.

alidad de las personas jurídicas?”, p. 86 y ss., 95 y ss.).

22 Al respecto remito a un trabajo más extenso sobre el tema en “Dogmática penal...”, p. 847 y ss., 886 y ss. Últimamente, en concreto sobre la doble sanción a empresas en el marco del Derecho Comunitario, MEYER, p. 535 y ss.

23 Cfr. la constatación que hace MEYER en el ámbito europeo, p. 539 y s.

24 Cfr. HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, tomo II, p. 454, n. marg. 3227.

Al igual que en su modelo hispano inspirador, la naturaleza de esta institución siempre ha sido discutible (¿carácter administrativo, penal, cuasipenal, sui generis?)²⁵ y al igual que allá daba la impresión de consistir en una solución intermedia, o sea, de haberse quedado a mitad de camino hacia la responsabilidad auténticamente penal de los entes colectivos²⁶. Por eso también, ya desde el inicio, este sistema preveía “medidas” similares a las ya existentes en el ámbito administrativo y, conscientemente, excluía aquellas otras que pudieran tener, en sentido tradicional, una clara naturaleza penal (como la “multa”) para evitar la discusión sobre la punibilidad de las personas jurídicas²⁷. Allá la situación ha quedado más clara desde que el 2010 se hubiera introducido la responsabilidad penal de personas jurídicas en el art. 31bis, aunque sin eliminar el sistema de consecuencias accesorias. Estas últimas se aplican ahora únicamente a entes colectivos sin personería jurídica (art. 129 C. P. esp.) y no solamente no incluyen la “multa” sino incluso recientemente, en la lista reestructurada de “medidas”, se ha excluido de ella a la “disolución de la empresa” [art. 129, primer párrafo, y art. 33, apartado 7, de las letras c) a la g)].

El legislador penal peruano ha seguido un camino distinto pues en los últimos años incluso ha acogido a la “multa” como nueva “consecuencia accesoria”²⁸.

- 25 Todavía se discute en el sistema español si las “consecuencias accesorias”, aún vigentes para entes sin personería jurídica, podrían tener naturaleza administrativa, de medida de seguridad o constituir una “tercera vía” (naturaleza sui generis). Cfr. ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, p. 569 y s.; siguiendo la última teoría, c. más refs., RAMÓN RIBAS en Quintero Olivares/Morales Prats y otros, tomo I, p. 829 y ss., 879 y ss. En este sentido también para el sistema peruano ya desde el principio, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 158, 206; “Dogmática penal...”, p. 493 y s., 560, 611; también GARCÍA CAVERO, quien sostiene la naturaleza “administrativa” de las medidas en “Lecciones de Derecho penal...”, p. 761 y ss.; igualmente en “Criminal Compliance”, p. 109 y s.; VILLAVICENCIO TERREROS, “Derecho penal P. G.”, p. 271, n. marg. 582. TIEDEMANN también entendía que la naturaleza de las consecuencias accesorias peruanas constituiría un “modelo mixto” administrativo-penal, cfr. en “Derecho penal y nuevas formas de criminalidad”, p. 93.
- 26 MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN reconocen que las “consecuencias accesorias” introducidas con el C. P. español de 1996, aunque no habría introducido aún una auténtica responsabilidad penal de personas jurídicas, “constituyeron un embrión de sistema sancionador penal aplicable a la persona jurídica”; p. 680. También para el Perú, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA reconocen que la acogida de esta regulación hispana por el legislador peruano solamente constituía una “vía intermedia”, “Manual de Derecho penal”, tomo II, p. 467, n. marg. 3274.
- 27 Así ya en las tempranas propuestas en Alemania por parte de HEINITZ quien, en los años 50 del siglo XX, inspirándose en el art. 197 del C. P. italiano, propuso una “responsabilidad subsidiaria” de las personas jurídicas por sus representantes y empleados que no pudieran pagar las multas a las que fueran condenados; cfr. “Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages”, Tubinga 1953, tomo I, p. 63 y ss., 88; En la misma oportunidad, HARTUNG concretó más el procedimiento y propuso un sistema de “medidas” para los entes colectivos, *ibidem*, tomo 2, p. E43 y ss., E57 y ss.
- 28 Esto ya había ocurrido antes en la legislación sobre lavado de activos (art. 8 D. Leg. 1106), lo

Con esto el legislador peruano ha contribuye más aún a la confusión reinante tras las nuevas regulaciones introducidas en los últimos años, tal como se analizará más adelante.

En lo que respecta al sistema peruano de *consecuencias accesorias*, desde el principio, la regulación no era suficientemente clara (los “criterios” para su aplicación recién fueron introducidos el 2013 en el nuevo art. 105-A) y su aplicación fue prácticamente nula. Ante esta situación la Corte Suprema emitió el *Acuerdo Plenario N.º 7-2009/CJ-116* de 13 de noviembre de 2009. En primer lugar, la Corte Suprema constató la falta de incidencia práctica del sistema de consecuencias accesorias en los procesos penales (AP 7-2009, fundamentos 3 y 7) pese a la obligatoriedad de su aplicación desde el cambio del tenor del precepto con la reforma de 2007 (“deberá aplicar” en vez de “podrá aplicar”), a lo que se suma la vigencia paulatina del nuevo Código Procesal Penal de 2004 que contiene normas específicas sobre las personas jurídicas dentro del proceso penal en los arts. 90 y ss. (AP 7-2009, fundamentos 7 y 8). A continuación, la Corte Suprema interpreta que las consecuencias accesorias tendrían el carácter de *sanciones penales especiales*²⁹. La Corte Suprema fundamenta su interpretación de las medidas como “sanciones penales” en el carácter de recorte de libertades de las consecuencias accesorias que se imponen a las personas jurídicas y en que esta imposición se basaría en una especie de declaración de culpabilidad. Esto último porque lo que de verdad se imputaría a las personas jurídicas, sería el haber estado “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” (AP 7-2009, fundamento 11). Y lo distinto de las penas contra individuos, o sea lo “especial”, radicaría en la imposición subsidiaria de las medidas pues depende de la declaración de culpabilidad y efectiva sanción de individuos (AP 7-2009, fundamento 12).

Pero aún después de este esfuerzo interpretativo jurisprudencial, tampoco queda zanjada la cuestión sobre la identificación de las “consecuencias accesorias” peruanas con una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas. Y es que la argumentación de la Corte Suprema no es convincente. Por un lado, el término utilizado por el AP 7-2009 es equívoco: *sanción penal especial* no tiene que ser equivalente a una “pena” en el sentido tradicional; y puede muy bien ser entendido (co-

cial había generado problemas interpretativos sobre la naturaleza de esta nueva “consecuencias accesorias” y sobre cuestiones de *ne bis in idem* en caso de responsabilidad administrativa con sanción de multa para las personas jurídicas. Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, “El delito de lavado de activos”, p. 207 y s..

29 Ver las refs. a otros autores en REYMUNDO PRIETO, “Las personas jurídicas y consecuencias accesorias...”, p. 173 y ss.

rectamente, a mi entender) como “cuasi pena” o “medida sui generis”³⁰; o sea como una “medida-pena”. Y por otro lado, la ley penal (la regulación sobre “consecuencias accesorias”) en ningún momento se refiere –como sí hace la Corte Suprema en su fundamentación– a la supuesta “culpabilidad propia” en el sentido de “defecto de organización” para fundamentar la imposición de las consecuencias accesorias sino a cuestiones de prevención y gravedad (art. 105-A C. P.).

Luego, aunque se hubiera querido ver en este acuerdo plenario un reconocimiento de una verdadera responsabilidad penal de personas jurídicas en el Perú, esto no es así por dos razones básicas vinculadas con el estado de derecho³¹: la responsabilidad auténticamente penal no puede derivar de la “interpretación” de normas sino de una *declaración expresa* del legislador (respeto del principio de legalidad), y siempre tiene que basarse en una *culpabilidad propia* y no en la de otra persona (respeto del principio de culpabilidad)³². En eso claramente el sistema peruano de consecuencias accesorias no presupone alguna culpabilidad propia sino el hecho de terceros (los individuos), de cuya condena depende además su imposición (por

30 Además, debe observarse que el autor nacional al quien se remite expresamente el AP 7-2009 en su fundamento 11 (GARCÍA CAVERO) precisamente niega el carácter “penal” de las consecuencias accesorias y más bien les concede naturaleza “administrativa”; cfr. *idem* “Lecciones de Derecho penal...”, p. 757 y ss. Desde su perspectiva funcionalista sistémica, este autor encuentra que las consecuencias accesorias no pueden “comunicar” aún cuando se impongan en un proceso penal: “Estas medidas preventivas no revisten el carácter de sanción pues no se sustentan en el hecho cometido por la persona jurídica, sino en el juicio de peligrosidad de comisión futura de nuevos hechos delictivos. Se trata, por tanto, de medidas preventivas de carácter administrativo que se imponen en un proceso penal”; *ibidem*, p. 762. Ver también *idem*, criticando expresamente el AP 7-2009 y de manera clara a favor de una naturaleza *no penal* de las consecuencias accesorias, “Criminal Compliance”, p. 110 y ss., 138.

31 También se argumentaba así en España contra aquella doctrina minoritaria que quería ver en el sistema antiguo de “consecuencias accesorias” de allá una auténtica responsabilidad penal de personas jurídicas; argumentación válida aún para las actuales medidas; cfr. RAMÓN RIBAS en Quintero Olivares/Morales Prats y otros, tomo I, p. 877; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 669 y s., 680.

32 Por estos motivos, por el reconocimiento implícito que conlleva la *posterior* ley 30424 (si recién a partir de su vigencia existe una responsabilidad administrativa de personas jurídicas derivada de un grupo reducido de delitos, antes esta responsabilidad solamente podía haber sido individual), así como por la previsión de criterios específicos para la aplicación de las “consecuencias accesorias” en el nuevo art. 105-A (introducido el 2013 por la ley 30077 de lucha contra la criminalidad organizada), en la actualidad, el AP 7-2019 ha perdido vigencia en su aspecto material como jurisprudencia vinculante. Ni siquiera su fundamento 17 puede ser considerado como un aporte imprescindible, pues debería estar claro para cualquier juzgador que él siempre debe fundamentar sus decisiones y respetar el principio de proporcionalidad cuando decida imponer cualquier tipo de recorte de libertades. En contra REYMUNDO PRIETO, quien considera que seguiría vigente el AP; p. 182.

eso se llama “accesoria”)³³ y basa la intervención de la empresa en cuestiones de “peligrosidad”: para evitar las consecuencias del delito cometido por los individuos o para evitar la comisión de nuevos delitos³⁴. Con la introducción del art. 105-A mediante la segunda disposición complementaria modificatoria de la Ley 30077 de 2013, ahora queda aún más claro el carácter preventivo de estas medidas, pues los criterios para su imposición precisamente destacan esta finalidad (en especial el primer criterio: “prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible”).

Aparte de todo esto, subsisten aún *leyes especiales* que han previsto, de manera autónoma, “consecuencias accesorias” para el tipo de criminalidad allí previsto. En algunos casos, incluso, por su redacción, parecen haber querido imputar la autoría de delitos a personas jurídicas³⁵. Así, en los delitos tributarios (art. 17 del D. Leg. 813 de 1996), y en aquellos que constituyeran crimen organizado (art. 23 de la ley 30077 de 2013), etc. Sería mucho mejor que estas leyes sean modificadas y remitieran, en lo que concierne a las consecuencias accesorias, a las reglas generales del C. P. Esto ha ocurrido p. ej. en la Ley sobre lavado de activos. Anteriormente la *ley sobre “lavado de activos”* contenía expresamente “consecuencias accesorias” para personas jurídicas involucradas: el art. 8 del D. Leg. 1106. Esta regulación ha sido eliminada y ahora deben regir las reglas generales de los arts. 105 y 105-A del C. P.

Por último, debe destacarse que el nuevo **Código Procesal Penal** peruano, aparte de prever la intervención de las “personas jurídicas” como sujeto procesal (art. 90 C. P. P) y la necesidad de decidir sobre las “consecuencias accesorias” contra ellas en la condena (art. 399, párrafo 4), también ha hecho posible la aplicación de consecuencias accesorias como “medidas preventivas” (art. 313 C. P. P.)³⁶. La propia Ley 30424 ha introducido la posibilidad de aplicar “medidas cautelares” a las personas jurídicas en caso de responsabilidad administrativa autónoma, aunque con un tenor que toma como referencia la denominación de la ley “que regula la responsabilidad administrativa autónoma de las personas jurídicas por el cohecho activo transnacional” (art. 313-A C. P. P.). Como la propia Ley 30424 ha ampliado su ámbito de

33 La propia Corte Suprema reconoce esta accesoriadad que para ella sería “una especie de exigencia normativa que opera como una condición objetiva para la imposición de consecuencias accesorias” (AP 7-2009, fundamento 12, al final). Y también el Código Procesal Penal, en el art. 399 C. P. P., párrafo 4, establece que recién en una “sentencia condenatoria” para un individuo, el juez decidirá, entre otras cosas, sobre las “consecuencias accesorias” del delito cuando ellas correspondan.

34 Cfr. acertadamente GARCÍA CAVERO, “Lecciones de Derecho penal...”, p. 762; también en “Criminal Compliance”, p. 111.

35 HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, tomo I, p. 663 y s.,

36 Al respecto ver el desarrollo en HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, tomo II, p. 473 y ss., n. marg. 3302 y ss.

aplicación a otros, debería interpretarse extensivamente el art. 313-A C. P.P. para entender que también abarca a estos otros casos de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

4. ¿LA “MULTA” COMO “CONSECUENCIA ACCESORIA”?

Pero si las “consecuencias accesorias” tienen carácter predominantemente preventivo y se acercan a las tradicionales “medidas de seguridad”, ¿cómo se explica que dentro de la lista de medidas del art. 105 C. P. peruano figure la “multa”?

En primer lugar, podría cuestionarse que exista realmente una diferencia tan clara entre pena y “consecuencia accesoria”. Esto se manifiesta ya en la discusión sobre las diferencias entre “penas” y “medidas de seguridad”, pues realmente no es la “finalidad” (ambas tendrían finalidades preventivas, aunque con diferente acentuación) lo decisivo sino los límites (y las razones en las que estos se basan) que cada una de ellas tiene: “La medida de seguridad, en su gravedad y duración, no está vinculada con la medida de la culpabilidad sino solamente con el principio de proporcionalidad, el cual permite intervenciones más amplias que las de la pena”³⁷. En efecto, si no se reconoce en la pena ningún carácter “retributivo”, tal como hace la doctrina dominante en la actualidad, desaparece la “doble vía” en sentido tradicional (penas y medidas de seguridad) y se tiende a la “única vía” en cuanto a los fines (preventivos) de las penas y las medidas de seguridad, pues ni siquiera podría hablarse de un “reproche especial” expresado en la pena y no en la medida de seguridad, cuando ambas son medidas penales e implican recortes de libertades³⁸. Pero las medidas de seguridad, a diferencia de las penas, se basan en la “peligrosidad” del sujeto y tienen su límite en la “ponderación de intereses” pues en una sociedad democrática que quiere proteger efectivamente los intereses de sus ciudadanos tiene que ser posible privar de libertad a un sujeto, aun cuando no fuera “culpable” penalmente o más allá de la medida de culpabilidad “...cuando su uso, con gran probabilidad pueda llevara a afecciones que, en su totalidad son mucho más graves que las restricciones que, a través de la medida de seguridad, deba tolerar el causante del peligro”³⁹.

En el caso peruano, nuevamente resalta la poca seriedad con que el legislador (que –como ya se dijo– no pocas veces es el ejecutivo) introduce normas penales. La aparición de la “multa” en el catálogo de consecuencias accesorias tiene su origen en el dudoso D. Leg. 1351 de 07 de enero de 2017. Esta disposición, dada bajo delegación de facultades para legislar “en materia de reorganización económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reor-

37 ROXIN, § 3, n. marg. 65.

38 C. más refs. ROXIN, § 3, n. marg. 68 y ss.

39 C. más refs. ROXIN, § 3, n. marg. 66.

ganización de Petroperú S.A.”, fue denominado: “Decreto Legislativo que modifica el Código penal a fin de fortalecer la seguridad ciudadana”. Bajo esa denominación, sin embargo, modificó diversos artículos de la parte general y de la parte especial sin que se manifieste alguna concordancia con la finalidad que supuestamente buscaba. En la parte general, entre otros cambios no solamente produjo caos interpretativo con la introducción del criticable tercer párrafo en el art. 25 C. P. sobre complicidad del intraneus⁴⁰ sino también la novedad de la “multa” como consecuencia accesoria. En la parte especial modificó distintos tipos penales que no necesariamente tienen que ver con la “seguridad ciudadana” (p. ej. estafa, coacciones, minería ilegal, cohechos, etc.), y también introdujo de manera algo escondida excenciones de penal para los autores del delito de minería ilegal del art. 307-A (disposición complementaria final última).

La legalidad del origen de la “multa” como consecuencia accesoria ha sido pues más que dudosa. Pero también la *naturaleza* de la multa no encaja con la de las “consecuencias accesorias” porque ni puede ser entendida como meramente “preventiva” ni tampoco puede equivaler a una pena porque, al igual que las demás consecuencias accesorias tiene una característica que la distingue claramente de esta: su imposición condicionada a la de una pena para los individuos ejecutores de los hechos delictivos (carácter “accesorio” que tampoco niega el AP 7-2009).

Por lo demás, el desacierto del legislador peruano se manifiesta también por el hecho de que las “consecuencias accesorias” pueden ser impuestas como “medidas cautelares” en el proceso penal, según el art. del Código Procesal Penal de 2004, ya vigente. Uno se pregunta: ¿cómo es posible que pueda existir una “multa” como “medida cautelar”? La única posibilidad razonable, si no se quiere declarar de plano la inconstitucionalidad de esta disposición, es reinterpretar el término “multa”, en este contexto especial, para entenderlo como *garantía dineraria*, es decir como una suma de dinero que la persona jurídica deberá depositar y que se le puede devolver hasta que cumpla con hacer desaparecer la situación de peligro. También puede entenderse la “multa” en el sentido de una *confiscación general*, o sea una más amplia que la prevista en el art. 104 C. P. penal, o sea, que no solamente se priven a las personas jurídicas el monto total de las “ganancias” que hubieran obtenido gracias al ilícito penal cometido, y no solo el monto necesario para cubrir la reparación civil. Esta solución me parece la más razonable, pues también al complementarse el mencionado “comiso de beneficios”, no habría ninguna contradicción valorativa ya que esta última medida también es considerada como “consecuencia accesoria” por la ley peruana. Por cierto que la naturaleza misma de este “comiso de beneficios”, más allá de su denominación legal como “consecuencia accesoria”, es a su vez polé-

40 Al respecto, ver el análisis crítico de este innecesario cambio legislativo en ABANTO VÁSQUEZ en: Abanto Vásquez/Vásquez-Portomeñe, “El delito de tráfico de influencias”, p 153 y ss.

mico, pues ya por sus propios requisitos (derivado de la comisión de una “infracción penal” por parte de sus funcionarios o dependientes, limitado a garantizar el pago de la reparación civil a las víctimas, de aplicación subsidiaria cuando estos últimos no pudieran cubrir la reparación civil, y de imposición obligatoria por parte del juez) parece indicar que se trataría de una medida de carácter civil⁴¹. Por otro lado, si se entendiera la “multa” del art. 105, primer párrafo, numeral 5, como una auténtica “consecuencia accesoria” en el sentido de “confiscación general”, no sería contradictorio con los fines de aquella pues -como se ha dicho- la finalidad “preventiva” que la inspira (“el crimen no paga”) no es exclusiva de las penas⁴².

Sea como fuere, el Derecho comparado muestra también una gran ambigüedad a la hora de clasificar las distintas “consecuencias jurídicas” derivadas de los delitos, pues a veces son tenidas como auténticas penas, pero otras veces son denominadas sanciones o medidas administrativas⁴³.

5. LA (NUEVA) REGULACIÓN SOBRE “CRIMINALIDAD ORGANIZADA”

Aunque deba quedar claro que el llamado delito de “organización criminal” está dirigido a los individuos y, por lo tanto, no tiene (y no debería tener) una relación directa con la responsabilidad penal de personas jurídicas, no obstante se llega a una vinculación con la actividad de estas cuando precisamente los “entes colectivos” hubieran sido configurados por sus miembros como persona jurídica que hubieran tenido inicialmente finalidades legales pero que luego hubieran sido instrumentalizadas para fines delictivos. Y aunque en este caso, el punto de atención del legislador está puesto en la responsabilidad individual⁴⁴ y no en la del colectivo, contra este último siempre es posible aplicar, por su condición de “personas jurídicas”, las “consecuencias accesorias” que, como se explicó arriba, guardan estrecha relación con las auténticas sanciones penales.

Desde su vigencia en 1991, el C. P. peruano había previsto un tipo penal de “asociación ilícita” en el art. 317 C. P. (que también existía ya en el C. P. de 1924 en los arts. 238 y 288c), siguiendo con ello la idea de hacer responder (también

41 Cfr. GARCÍA CAVERO, aunque precisando que se trataría de un “deber de indemnizar a los perjudicados por el enriquecimiento ilícito que ha experimentado la persona jurídica por el delito de sus dependientes”, “Lecciones...”, p. 753.

42 Entiende que sí, y por ello sigue una doble vía entre penas y medidas de seguridad, GARCÍA CAVERO, “Lecciones...”, p. 752.

43 Cfr. TIEDEMANN, “Derecho penal y nuevas formas de criminalidad”, p. 95 y s.

44 C más refs. ver ABANTO VÁSQUEZ, “Responsabilidad penal de los entes colectivos...”, p. 37.

penalmente) a los individuos por abusos graves de la libertad de asociación⁴⁵. La alternativa hubiera consistido en considerar a las diversas formas de actuación organizada para delinquir como “formas agravadas” de la comisión de delitos y prever las reglas necesarias en la parte general⁴⁶. El legislador nacional se ha decantado, en cambio, por la idea de considerar la “organización criminal” como un *injusto punible autónomo*. Además, como tradicionalmente ocurría con otros conceptos como “banda”, inicialmente había partido de la idea de que este “delito” estaría vinculado, en la práctica con los delitos violentos y no con otros como la corrupción, el lavado de activos y en general los delitos económicos⁴⁷.

La doctrina peruana había criticado en su momento que la descripción típica prevista en el Código penal de 1991, incluso después de una primera reforma en el 2004⁴⁸, era deficiente porque -aparte de ser imprecisa y poco operativa- coexistía con diversas figuras jurídicas (hurto, robo, delitos contra la propiedad intelectual, lavado de activos, etc.) donde se tenía ya la forma agravada para los autores que actuaren “en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización destinada a perpetrar” los delitos⁴⁹. La regulación deficiente se tradujo en una inoperancia práctica.

45 Cfr. TAMARIT SUMALLA, quien describe al delito de “asociación ilícita” como “la otra cara de la libertad de asociación”; en Quintero Olivares/Morales Prats y otros, tomo II, p. 1690 y ss.

46 En este sentido ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “El concepto de organización criminal...”, en Zúñiga Rodríguez (directora), “Ley contra el crimen organizado...”, p. 35 y ss., 63 Cfr. PRADO SALDARRIAGA, “Criminalidad organizada y lavado de activos”, p. 79 y ss.

47 Antes de la promulgación de la ley, en el Perú no se tenían serios estudios criminológicos sobre la criminalidad organizada. Se constataba que, salvo por los grupos terroristas “Sendero Luminoso” y “MRTA”, así como por el gobierno fujimorista en torno al cual se presuponía la existencia de toda una organización, lo predominante eran las “bandas” y el “concierto para delinquir” que sobre todo se caracterizaban por cometer delitos violentos. En este sentido inicialmente también PRADO SALDARRIAGA se centraba en esos delitos en “Criminalidad organizada”, p. 66 y ss.

48 Inicialmente, al entrar en vigencia el C. P. en 1991, el tipo de asociación ilícita del art. 317 basaba el injusto penal en el integrar una “agrupación de dos o más personas destinada a cometer delitos”, pero luego, con la reforma del D. Leg. 982 de 22 de julio de 2004 (corregido por “fe de erratas” de 2 de agosto de 2007), aunque conservara el mismo nomen iuris (“asociación ilícita”), el delito pasó a referirse a “organizaciones” de dos o más personas destinadas a cometer delitos; en un segundo párrafo, se estableció como agravante el hecho de que tal finalidad fuera la de cometer una serie de delitos (de contacto), sobre todo violentos (secuestro, trata de personas, extorsión, delitos de peligro común, tráfico ilícito de drogas, delitos contra el estado; aunque también se agregó el lavado de activos). El término inicial peruano de “agrupaciones”, por ser más amplio que el de “asociaciones”, parecía eludir problemas interpretativos, pues permitía abarcar también a los grupos de personas reunidos de manera “clandestina” que, aunque estuvieran prohibidos en España no parecían encajar en el término del tipo penal, cfr. TAMARIT SUMALLA, en Quintero Olivares/Morales Prats y otros, tomo II, p. 1690.

49 Cfr. PRADO SALDARRIAGA, “Criminalidad organizada”, 2006, p. 76; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “El concepto de organización criminal...”, en Zúñiga Rodríguez (directora), “Ley contra el crimen organizado...”, p. 60 y s. Así era el tenor del “hurto agravado” (art. 186, último párra-

Por ello, con la “**Ley contra el crimen organizado**” n° 30077 de 20 de agosto de 2013 se buscó introducir “reglas y procedimientos relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por organizaciones criminales” (art. 1). Pero, en contra de su denominación, esta ley también afectó la ley material pues introdujo “agravantes especiales”(art. 22) y “consecuencias accesorias” (art. 23), aparte de realizar –como ya es costumbre en la legislación peruana- una serie de modificaciones al Código penal en “disposiciones complementarias modificatorias” que tendían a unificar la terminología introducida en la ley (“organización criminal”) con la que usaban distintos tipos autónomos que basaban agravaciones penales en caso de intervención de “agrupaciones criminales”, “organizaciones delictivas”, “bandas”, “asociaciones delictivas”, etc.

Tras un período de coexistencia de la Ley 30077 del 2013 y el art. 317 C. P., el **D. Leg. 1244 de 29-10-2016** ha tratado de superar los problemas interpretativos y armonizar la persecución criminal de la “organización criminal” como delito autónomo a través del art. 317 y la ley 30077. El delito del art. 317 C. P. se denomina ahora “organización criminal” y consiste en promover, organizar, constituir o integrar una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido que de manera organizada, concertada o coordinada se repartan diversas tareas o funciones, destinada cometer delitos. En este tipo de “constitución y promoción de organizaciones criminales” existen modalidades agravantes⁵⁰. Además, se ha introducido un tipo para las “bandas criminales” (art. 317-A C. P.).

Pero, aparte de que pueda criticarse el hecho de persistir en la concepción de la “organización criminal” como delito autónomo y sobrerrepresivo, el D. Leg. 1244 tampoco ha conseguido superar las incongruencias sistemáticas provenientes de la propia concepción del legislador peruano. Así, el D. Leg. 1244 ha dejado intacta la “definición” de organización criminal en la ley especial (art. 1 del D. Leg. 30077), la cual, a diferencia de la definición del art. 317 C. P. (donde el sujeto activo del delito es solamente “el que promueva, organice, constituya o integre una organización criminal...”) incluye a otros intervinientes no considerados en la ley material: las “personas vinculadas a ella” y “los que actúan por encargo de ella”. También ha dejado intacta la duplicidad de regulaciones sobre *consecuencias accesorias* para las personas jurídicas: tanto en el C.P. (art. 105 y 105-A) como en la ley especial (art. 23 de la

fo), pero para el “robo agravado” (art. 189, último párrafo, primera alternativa) bastaba con la “calidad de integrante de una organización delictiva o banda”. Los dos dispositivos habían sido modificados por dos leyes distintas: el hurto agravado, por la ley 26319 de 01-06-1994; el robo agravado por la ley 27472 de 05-06-2001.

50 La doctrina había exigido un tipo como este; cfr. PRADO SALDARRIAGA, “Criminalidad organizada”, p. 87 y s.; también “Criminalidad organizada y lavado de activos”, p. 92.

Ley 30077). Por otra parte, en el caso de las *circunstancias agravantes* se observa una evidente sobre-represión. Y es que ya el art. 317, tercer párrafo C. P. contiene una seria agravación (prisión no menor de 15 ni mayor de 20 años más multa e inhabilitación) “cuando el agente tuviese la condición de líder, jefe, financista o dirigente de la organización criminal” y en caso de que la actividad de la organización causara la muerte o lesiones graves de personas. Pero también la Ley 30077 prevé otras agravantes relacionadas con el “delito de conexión” que eleva la pena de éste “hasta en una tercera parte por encima del máximo legal” pero sin llegar a exceder los 35 años cuando se dieran circunstancias que en parte coinciden con las agravantes del art. 317 (líder, jefe, financista, etc.), y en parte no lo hacen (carácter de funcionario público, empleo de menores, abuso de la profesión, uso de armas de guerra, etc.). Como es fácil de apreciar, cuando se imputara a alguien la pertenencia a una organización criminal que hubiera llegado a cometer delitos y si reuniera agravantes de los dos tipos, se podría llegar a tener una pena final elevadísima tras aplicar las reglas del concurso.

Como era de esperar, un tipo penal tan amplio aunado a consecuencias jurídicas materiales y procesales tan graves, podía ser fácilmente utilizado para cometer abusos. La Corte Superior, en el *Acuerdo Plenario n° 1-2017-SPN* de 5 de diciembre de 2017, ha tratado de aclarar varios aspectos del delito de “organización criminal”. En su motivación, la Corte Superior constató que la ley permitía el abuso a través de meras imputaciones policiales y judiciales sobre una supuesta “pertenencia a organizaciones criminales” (fundamento 7). Por ello, quería distinguir entre los distintos tipos de actuación conjunta para la comisión de delitos que, desde la perspectiva criminológica, parte del concierto para delinquir, pasa por las bandas y llega a su máxima expresión con la organización criminal y la empresa criminal (fundamento 12), para lo cual sería indispensable determinar el momento en que se puede hablar de una auténtica “estructura criminal” en vez de un mero “concierto de voluntades” (fundamento 14).

Como primer asunto, la Corte Superior aclaró que para que se constituya el delito de “organización criminal” del art. 317 C. P. sería indispensable el elemento normativo no escrito de “estructura funcional”. Aquí se hace una integración interpretativa con la Ley 30077, pues la agravante establecida en el artículo 2 de la Ley 30077 sí precisa de este elemento (fundamento jurídico 16)⁵¹. Y esta “estructura”

51 La Corte Superior se remite además a la Convención de Palermo del 2000 y al “AP n° 004-2007/CJ-116 de la Corte Suprema” (sic). En esto último hay un error de cita: debería referirse al AP del año anterior, o sea al AP 004-2006/CJ-116. Este AP, referido al tenor ya modificado del art. 317 C. P., entre otros asuntos procesales, ya había enfatizado en la autonomía del delito “asociación delictiva”, para cuya configuración y punibilidad no sería necesario la prueba de la comisión efectiva de los delitos a los que tiende la organización (fundamento 12). Expresamente decía: “No se está ante un supuesto de codelinuencia en la comisión de delitos posteriores, sino de una

tendría cinco elementos: el personal (tres o más personas), el temporal (carácter estable o permanente), el teleológico (desarrollo futuro de un programa criminal), el funcional (reparto de roles entre los integrantes) y el estructural que vincula a todos los demás componentes (fundamento jurídico 17).

La estructura se infiere de la forma cómo actúan los miembros de la organización, cómo coordinan entre ellos los distintos niveles (fundamento jurídico 18). Pero no se necesita probar la existencia de un “organigrama” sino probar las actividades (“elementos fácticos”) que realiza la organización (fundamento jurídico 19). En cambio, es indispensable que la estructura sea “adecuada al fin delictivo” (fundamento jurídico 21).

Un último aspecto que, aunque coyuntural probablemente haya sido la principal motivación para la emisión del acuerdo plenario, es el de si sería posible que *organizaciones públicas o políticas* puedan constituir por sí mismas organizaciones criminales en sentido penal. La Corte Superior lo niega, pero admite que sus miembros puedan integrar (por sí mismos) una organización criminal que utilice “como cobertura” la estructura de una institución pública o de partidos políticos (fundamento jurídico 22).

De manera similar, la “Corte Especializada en Delitos de Crimen Organizado” de la Corte Suprema, en marzo de 2019, ha confirmado una sentencia que, por primera vez, incorporó al proceso penal por lavado de activos a un partido político que supuestamente habría sido infiltrado por una organización criminal y, con ello, la posibilidad de dictar ulteriormente “consecuencias accesorias”⁵².

Sin embargo, todavía quedan algunos *problemas valorativos* que no han sido solucionados definitivamente por las leyes referidas a “organizaciones criminales”:

- a) En el caso de *delitos contra los “recursos naturales”*, en su modalidad agravada (art. 310-C, segundo párrafo), se tiene en cuenta para el primer nivel de agravación (prisión de 8 a 10 años), entre otros supuestos, que el delito sea cometido “con el concurso de dos o más personas” (art. 310-C, primer párrafo, numeral 6); y para el segundo nivel de agravación (pena

organización instituida con fines delictivos que presenta una cierta inconcreción sobre los hechos punibles a ejecutar” (fundamento 13).

52 Ver el auto de apelación de incorporación de personas jurídicas, exp. n.º 249-2015-39-5001-JR-PE-01 de 13-03-2019 del Colegiado A de la Corte Especializada en Delitos de Crimen Organizado que confirmó la resolución de primera instancia contra el Partido Nacionalista Peruano (PNO) en la investigación fiscal seguida contra el expresidente Ollanta Humaya y Nadine Heredia por presunto lavado de activos. Publicado en “La Ley” de 03-04-19, sección: “Tribunales”; www.laley.pe

no menor de 10 ni mayor de 12 años), que el sujeto sea “integrante de una organización criminal” (art. 310-C, segundo párrafo, numeral 1) o “financie o facilite la comisión de estos delitos” (art. 310-C, segundo párrafo, numeral 4). Pero no se tiene tales agravaciones en ningún caso de “contaminación” (arts. 304 y ss.) ni “minería ilegal” (arts. 307-A y ss.). Solamente existe un tipo penal autónomo de “financiamiento de la minería ilegal” (art. 307-C) aunque con penas, proporcionalmente, más benignas que otros casos: de 4 a 12 años de prisión y de 100 a 600 días-multa. La agravante de la ejecución del delito mediante “organizaciones criminales” (art. 307-C, segundo párrafo, numeral 1) había sido introducida por la propia Ley 30077 (Primera Disposición Complementaria Modificatoria) y fue mantenida en la última reestructuración del tipo mediante el D. Leg. 1237 de 26-09-2015.

- b) El caso de la *extorsión agravada* del art. 200 C. P. es más curioso. Este artículo ha tenido muchas modificaciones desde su versión inicial en 1991: en 1998, mediante el D. Leg. 896, en el 2001 mediante la Ley 27472, en el 2004 mediante la Ley 28353, en el 2006 mediante la Ley 28760, en el 2007 mediante el D. Leg. 982, el 2013 mediante la Ley 30076 y el 2015 a través del D. Leg. 1187 y el D. Leg. 1237. Hasta antes de la ley sobre organizaciones criminales de 2013, los tipos de extorsión no consideraban como agravante la comisión del delito mediante organizaciones criminales, sino a lo sumo preveían como primer nivel de agravación la “participación de dos o más personas”. Esta agravante tenía y tiene aún como pena la privación de libertad no menor de 15 ni mayor de 25 años (art. 200, párrafo quinto, b C. P.). Hay modalidades aún más graves que elevan la pena a un mínimo de 20 y un máximo de 30 años de prisión cuando la finalidad de la extorsión fuera “obtener una ventaja económica indebida”, pudiendo llegar a la cadena perpetua cuando p. ej. el rehén es menor de edad o mayor de setenta años (art. 200 C. P. último párrafo).

Por ello, parece ser que el legislador habría considerado que no tiene sentido agravar más las penas añadiendo una agravación expresa adicional: la de cometer los hechos extorsionadores mediante una “organización criminal”. Aún así, si los hechos del tipo básico o de los primeros niveles de agravación ocurrieren bajo el manto de una organización criminal, siempre es posible aplicar las reglas del concurso entre la extorsión y el delito de organización criminal y elevar aún más la pena ya de por sí bastante grave.

- c) La ley contra el crimen organizado (Ley n.º 30077, modificada por el D. Leg. 1244), que en principio debió ser solamente una “norma procesal” para establecer reglas más efectivas en caso de que diferentes delitos graves (los “delitos de contacto”) fueran cometidos mediante organizaciones criminales, ha establecido criterios de agravación (art. 22, primer párrafo Ley 30077) genérica de todos los “delitos comprendidos” (art. 3 Ley 30077), pero que no entrarán a tallar cuando tales circunstancias agravantes ya estuvieran previstas expresamente en el tipo correspondiente (art. 22, segundo párrafo Ley 30077).
- d) En la práctica es decisiva la diferenciación, también discutida en la doctrina, entre un *simple ilícito* (delito o infracción administrativa) de la “persona jurídica” (o ente colectivo o empresa) y un *delito de “organización criminal”*. Si bien está claro que cuando la persona jurídica o empresa hubiera sido creada desde el principio para cometer u ocultar hechos delictivos, se estaría ante una “organización criminal”. En los demás casos (y esto incluye también a partidos políticos, entidades públicas o cualquier otro ente colectivo), es muy posible que no haya coincidencia entre ambos conceptos, que un grupo de personas (la “organización criminal”) dentro de la persona jurídica se aproveche de la estructura del ente colectivo lícito, o sea lo instrumentalice para la comisión de hechos delictivos. La distinción es importante, porque las consecuencias procesales y penales gravísimas (para los individuos) previstas en las leyes penales peruanas solamente son aplicables a las “organizaciones criminales”. En cambio, para las “personas jurídicas”, según las leyes peruanas, entran a tallar “consecuencias accesorias” según el C. P. o, si se trata de delitos de la lista de la ley 30424 (ver arriba en II.2), las sanciones derivadas de la “responsabilidad administrativa” allí previstas, aparte de la responsabilidad penal de los individuos que hubieran cometido los delitos de contacto.

Resulta entonces necesaria una *reorganización definitiva* de todo el sistema de punición y procesamiento de los delitos vinculados con “organizaciones criminales”, así como una armonización del sistema de “consecuencias accesorias”. En ello también tiene que integrarse el sistema de “sancionamiento” (neologismo inspirado en su equivalente alemán creado por Klaus Tiedemann: “Bebußung”) administrativo sancionador existente en distintas leyes administrativas cuya aplicación está a cargo de distintos entes administrativos: INDECOPI, SUNAT, CONASEV, SUNARP, etc.

6. LA LEY SOBRE “RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA” DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Aunque ya se había previsto o dado a entender la existencia de “penas”⁵³ o “sanciones administrativas”⁵⁴ para las “personas jurídicas” en leyes de contenido penal

- 53 HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA mencionan el anecdótico caso (no se le puede llamar de otra manera) de la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros que, entre otras cosas preveía, sanciones para infracciones a la ley, entre las cuales figura la “intermediación financiera no autorizada” que podía ser realizada por personas naturales y jurídicas, y remitía al art. 246 C. P. para las sanciones penales (art. 21 de la Ley 26702 de 9-12-1996 que reemplaza al art. 11 del D. Leg. 637, citado erróneamente por los autores). Esto último parece dar por sobreentendido que ya entonces habría sido posible penar a las personas jurídicas por el delito de “intermediación financiera”. Cfr. “Derecho penal PG” tomo I, p. 664, n. marg. 1854 y s.
- 54 GARCÍA CAVERO, para argumentar el verdadero carácter penal de las sanciones introducidas por la ley 30424 menciona la existencia de una ley anterior, la 29316 (de 13-01-2009) que en su artículo 16 contenía “sanciones administrativas” autónomas e impuestas por la autoridad administrativa competente, en un proceso administrativo para personas jurídicas: multa de hasta el doble de los beneficios obtenidos con la actividad imputada, sin perjuicio de las demás sanciones administrativas a las que hubiere lugar”; cfr. “Criminal Compliance”, p. 112 y s. Esta ley, denominada “Ley que modifica, incorpora y regula diversas disposiciones a fin de implementar el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América”, introdujo varios cambios en el Derecho extrapenal y penal para reforzar la protección de la propiedad industrial (básicamente las “señales de satélite”, “internet”, “radiodifusión” y otras tecnologías). A partir de esta ley existe en el C. P. el “cohecho activo transnacional” (art. 397-A). Pero también se aprovechó la ocasión para cambiar por completo la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas que había sido introducida pocos meses antes por la primera disposición complementaria de la Ley 29263 (de 23-9-2008) denominada “Ley que modifica diversos artículos del Código penal y de la Ley General del Ambiente”. Y es que esta última ley había introducido cambios (mejoras) en el Código penal, sobre todo en lo referido a los delitos contra los “derechos intelectuales” y a la protección del “medio ambiente”, tratando además de responsabilizar, de manera más efectiva, aunque solamente de manera administrativa, a las personas jurídicas implicadas en delitos ambientales y contra los derechos intelectuales. Así, en su primera Disposición Complementaria (la modificada por la Ley 29316) decía: “Si el hecho punible fuera cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el juez notificará a la autoridad administrativa competente a fin de que se imponga una multa a dicha persona jurídica, que podrá ascender hasta el doble de los beneficios obtenidos a consecuencia de la actividad ilícita”. Como puede verse de una simple comparación del tenor de las dos leyes, la Ley 29316 no ha agregado un nuevo “delito de contacto” para la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por delitos de los individuos que las aprovecharan o para favorecerla cometieran delitos, sino *ha cambiado toda la materia* (los “delitos de contacto”) de esta responsabilidad: antes (bajo la Ley 29263) se trataba de delitos contra el medio ambiente y de delitos contra los derechos intelectuales; ahora (bajo la Ley 29316) se trata de los delitos previstos en el Libro II, Título XVIII del Capítulo II, Sección IV (corrupción de funcionarios), o sea los distintos tipos penales de cohecho (art. 393 y ss., negociaciones incompatibles con el cargo (art. 399), tráfico de influencias (art. 400) y enriquecimiento ilícito (art. 401). Nótese que la finalidad de esta última ley es la de promover negocios entre Perú y EE.UU. para la cual, por lo visto, era prescindible la protección penal adicional (responsabilidad administrativa

(que según la dudosa interpretación constitucional del “principio de reserva” pueden ser leyes “simples” o incluso “decretos legislativos”⁵⁵), recién con la Ley 30424 (publicada el 21-04-2016 y modificada por el D. Leg. 1352 de 08-01-17 y la Ley 30835 de 02-08-18) se introdujo, de manera expresa y sistemáticamente desarrollada, una **responsabilidad administrativa autónoma** de las personas jurídicas, derivada de (determinados) delitos cometidos para favorecerla o bajo aprovechamiento de su estructura⁵⁶. Con esto se dio cumplimiento al compromiso contraído por el Perú en la “Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción” de 2004⁵⁷.

La responsabilidad prevista en la ley es *autónoma* porque, aunque los delitos señalados en la lista del art. 1 (los llamados “delitos de contacto”) son ejecutados por miembros de la empresa o sujetos bajo su autoridad o control que responden penalmente de manera individual (art. 3), la imposición de “sanciones” contra la persona jurídica se basa en un *reproche propio*: el no haberse preocupado suficientemente por tener un sistema de prevención de delitos (arts. 4 y 17). En efecto, según el artículo 1 de esta ley, puede haber responsabilidad administrativa directa de las personas jurídicas cuando “en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio directo o indirecto” determinadas personas individuales (señaladas en la lista del art. 1 de la Ley 30424) hubieran cometido delitos de *cohecho activo transnacional* (art. 397-A), *cohecho activo genérico* (art. 397), *cohecho activo agravado* (art. 398), *lavado de activos* en sus tipos básicos (arts. 1 a 4 del D. Leg. 1106), *financiamiento del terrorismo* (art. 4-A del D. Leg. 25475 de 06-05-1992), *colusión* (art. 384) y *tráfico de influencias* (art. 400).

de personas jurídicas) del medio ambiente pero sí se vio necesario reforzar la protección penal de tecnologías y derechos de explotación industrial. Ambas leyes fueron dadas durante el mismo gobierno: el del expresidente Alan García, hasta hace poco investigado por diferentes asuntos relacionados con la corrupción.

- 55 Al respecto, críticamente, ABANTO VÁSQUEZ, “Dogmática penal...”, p. 151 y ss.
- 56 Inicialmente, la ley 30424, conforme a su denominación, solamente vinculaba tal responsabilidad a la comisión de un solo delito: el “cohecho activo transnacional” (art. 397-A C. P.). Casi un año más tarde, el D. Leg. 1352 (pub. el 08-01-2017), además de prorrogar en un año la vigencia de la Ley 30424 (para el 1 de enero de 2018), introdujo significativos cambios que han ampliado sustancialmente el sistema peruano de responsabilidad administrativa de personas jurídicas.
- 57 El artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas sugería hacer responsables a las personas jurídicas “por su participación en delitos” (primer párrafo) mencionados en la Convención, pero también concedía que tal responsabilidad podía ser “de índole penal, civil o administrativa” (segundo párrafo), aunque “sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos” (tercer párrafo). Los delitos mencionados en la Convención (quien no necesariamente coincide con la denominación y el contenido de nuestros tipos penales) son: el cohecho activo y pasivo nacional (art. 15), cohecho transnacional (art. 16), la malversación y el peculado (art. 17), el tráfico de influencias (art. 18), el abuso de funciones (art. 19), el enriquecimiento ilícito (art. 20), la corrupción privada (art. 21), la administración desleal del patrimonio privado (art. 22), el blanqueo de l producto del delito (art. 23), el encubrimiento (art. 24), y la obstrucción de la justicia (art. 25).

Esta lista de “delitos de contacto” podría crecer más aún si, como ya es costumbre en la legislación nacional, las listas se amplían continuamente (como ocurre p. ej. en el caso de similar “técnica” de la legislación antilavado de activos)⁵⁸.

A diferencia de otras legislaciones el concepto de “persona jurídica” de la ley peruana es muy amplio pues abarca a muchos más entes colectivos, incluyendo a algunos que no son necesariamente “personas jurídicas” en sentido civil o que, pese a serlo, suelen ser excluidas de la “responsabilidad penal”: “entidades de derecho privado, asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales y comités no inscritos, sociedades irregulares, entes que administran un patrimonio autónomo y empresas del estado peruano o sociedades de economía mixta (art. 2 Ley 30424, mod. D. Leg. 1352). Por su redacción, el núcleo al que ha querido dirigirse la ley ha sido el ámbito privado-empresarial, (“entidades de derecho privado ... así como...”) por lo cual no distingue entre “personas jurídicas” nacionales y extranjeras y solamente quedarían fuera del concepto el Estado y sus órganos de la administración pública. Expresamente la ley aclara que tal responsabilidad administrativa subsistirá aún cuando la “persona jurídica” cambie de nombre, denominación o razón social, se reorganice, transforme, escinda, fusione, disuelva o liquide o de cualquier manera se vea afectada (art. 2, párrafo segundo), y también establece reglas para la responsabilidad y sanción de las matrices cuando los hechos hubiesen sido cometidos por personas naturales de sus filiales o subsidiarias (art. 3, segundo párrafo). Las *sanciones administrativas* (según otra interpretación: penales o cuasipenales) son establecidas en el art. 5 bajo el término “medidas administrativas”: multas, inhabilitaciones, cancelación de licencias, etc. Las multas se guían en función del “beneficio” obtenido con el delito y, en caso, de no poderse establecer este beneficio (art. 7) pueden llegar hasta las diez mil unidades impositivas tributarias (42 millones de soles). La sanción puede ser atenuada cuando con posterioridad a la infracción la persona jurídica adoptara e implementara un “modelo de prevención” o sea “programas de compliance” (art. 12, literales de y e). Y si tal modelo hubiera sido adoptado antes de la infracción podría incluso haber “exención” de sanción (art. 17). También se prevén circunstancias atenuantes (art. 12), circunstancias agravantes (art. 13), la suspensión de la ejecución de las medidas (art. 16) y la exención de las sanciones (art. 17). Como requisito de procedibilidad, el D. Leg. 1352 ha introducido la necesidad de contar con un informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores donde se analice la implementación y el funcionamiento del modelo de prevención

58 Se confirma así lo que se esperaba de la ley sobre responsabilidad administrativa desde sus inicios (CARO CORIA, “La responsabilidad ‘administrativa’ de las empresas corruptas”) o, incluso después de su primera ampliación tras el D. Leg. 1352 (ABANTO VÁSQUEZ, “El delito de lavado de activos”, p. 255 al final; también CARO CORIA, “Sobre la llamada responsabilidad...”, p. 12 al final).

(art. 18, primer párrafo). La ley ha sido finalmente reglamentada por el Decreto Supremo n.º 002-2019-JUS de 8 de enero de 2019.

Es interesante observar que, sin decirlo expresamente, la ley considera como “circunstancia agravante” de la sanción a la persona jurídica, el que ella hubiera sido empleada como *organización criminal*. En efecto, el primer supuesto del art. 13 dice que ello ocurrirá en caso de “utilización instrumental de la persona jurídica para la comisión de cualquiera de los delitos comprendidos en el artículo 1”. Y continúa afirmando que esto “... se configura cuando se pruebe que la actividad que desarrolla la persona jurídica es predominantemente ilícita”. Pero también bastará con que “la persona jurídica contiene dentro de su estructura un órgano, unidad, equipo o cualquier otra instancia cuya finalidad o actividad es ilícita” (art. 13, párrafos primero y segundo, correspondientemente). Por último, otra agravante equivale a la “reincidencia” conocida para los individuos: la comisión de cualquier delito de contacto dentro de los 5 años posteriores a la fecha en que se hubiera impuesto, con sentencia firme, cualquier medida contra la persona jurídica (art. 13, tercer párrafo). Los dos primeros supuestos permiten, entonces vincular esta ley con la referida al “crimen organizado” (Ley 30077). Esto es importante porque, si bien es cierto que la Corte Superior mediante el AP 1-2017-SPN de 5 de diciembre de 2017 (ver arriba en IV) ha excluido a algunas organizaciones (p. ej. a los “partidos políticos” y los poderes del estado) del concepto “organización criminal” y, con ello, no se les aplicaría a estas personas jurídicas (pero sí a los sujetos involucrados) la ley y el proceso correspondientes, siempre es posible castigar, incluso de manera agravada, a tales organizaciones mediante la ley sobre “responsabilidad administrativa”.

Esta ley ha provocado discusión y desconcierto en la doctrina penal. La principal observación (y esto diferencia este sistema del ya existente administrativo sancionador peruano dirigido también a empresas⁵⁹) radica en que esta responsabilidad supuestamente “administrativa” sería investigada, determinada y sancionada en la vía penal aplicándose, por lo demás, las leyes penales y procesal-penales⁶⁰. Y también se puede decir que se basa en un “reproche propio” pues a diferencia de las “consecuencias accesorias”, son autónomas en relación con la responsabilidad de la persona natural y tienen causas propias sobre la extinción de la acción penal contra ellas (art. 4 Ley 30424), así como su “sancionabilidad” depende decisivamente de la implementación de “modelos de prevención” (art. 17 Ley 30424)⁶¹. Es un defecto el que

59 Al respecto, más refs. en ABANTO VÁSQUEZ, “Dogmática penal...”, p. 847 y ss.

60 Así la crítica de CARO CORIA, “La responsabilidad ‘administrativa’ de las empresas corruptas”.

61 También evalúa esto así, GÓMEZ-JARA: “Si la responsabilidad de la persona jurídica es autónoma respecto de la responsabilidad de la persona natural, entonces el fundamento para la punición de la persona jurídica no puede ser el delito cometido por la persona natural”, “Compliance y responsabilidad penal”, p. 43 y s.

la ley peruana no hubiera detallado en qué consiste esta “responsabilidad propia” de las personas jurídicas pues, como se ha observado correctamente, no puede bastar con el hecho cometido por otro (la persona natural), sino con el hecho de no haberse organizado correctamente para evitar que su estructura sea usada en la comisión de hechos delictivos (defecto de organización)⁶². Otros defectos de cierta importancia consisten en la exigencia de que las personas jurídicas estén domiciliadas en el país para poder responder “administrativamente” (art.), la limitación de sanciones a la “multa” en caso de cambio de nombre, denominación o razón social, transformación, fusión, etc. (art. 2, párrafo 3 i) y el que se exima siempre de sanción a la persona jurídica absorbente que hubiera guardado la “debida diligencia” antes de la fusión o escisión (art. 3, párrafo 3 ii)⁶³.

Aún así, tanto en lo formal como en lo material podría discutirse si este nuevo modelo ha introducido realmente una “responsabilidad penal” de personas jurídica, o sea cuál es la *naturalaleza real* de esta “responsabilidad administrativa”. Y si bien es cierto que esta ley especial, más allá de su denominación, prevé recortes de libertades que son impuestas por el juez penal tras un proceso penal y sin depender de la responsabilidad individual del ejecutor de tipo penal concreto⁶⁴, debe constatarse que, por otro lado, que los recortes de libertades (sanciones o penas) no son exclusivos del Derecho penal ni tampoco el que el juez penal pueda decidir sobre asuntos no propiamente penales (p. ej. las “consecuencias accesorias” y la “reparación civil”). El que la “sanción administrativa” se vincule con una forma de “culpabilidad” (aunque no llamada así formalmente) de la persona jurídica⁶⁵ tampoco es un argumento que forzosamente lleve a reconocer una responsabilidad auténticamente penal, pues –a diferencia de la doctrina y legislación antiguas– dicho principio también debería regir en el Derecho administrativo sancionador⁶⁶ y tal “culpabilidad” como defecto de organización existe desde hace tiempo en el Derecho contravencional alemán

62 GÓMEZ-JARA se refiere aquí a un “delito corporativo” que consistiría en un “déficit estructural de los mecanismos de control de delitos en la persona jurídica”; cfr. “Compliance y responsabilidad penal”, p. 44.

63 Observaciones acertadas de CARO CORIA, quien, por lo demás exige una cláusula de “fraude de ley” para evitar abusos del tenor estricto de la ley; cfr. “Sobre la llamada responsabilidad...”, p. 5 y s.

64 Arguyendo estas razones para admitir una “responsabilidad penal” de las personas jurídicas en la ley 30424, por más que el “lobby empresarial” hubiera impuesto una denominación diferente, GARCÍA CAVERO, “Criminal Compliance”, p. 111 y s.

65 Últimamente argumenta así CARO CORIA en “Sobre la llamada responsabilidad...”, p. 4.

66 Esto ha sido reconocido en el Derecho administrativo y disciplinario modernos para la imposición de “sanciones administrativas” desde que estas, al igual que las penas, también constituyen ejercicio del *ius puniendi* y recorte de libertades individuales; ver al respecto ABANTO VÁSQUEZ en “Dogmática penal...”, p. 847 y ss., 852 y s.; especialmente en la nota al pie 25.

como responsabilidad contravencional autónoma por “violación del deber de control” (art. 130 OWiG)⁶⁷. Por último, debe destacarse que, a diferencia de las normas penales tradicionales dirigidas a individuos, la finalidad de la Ley 30424 tampoco parece tener caracteres eminentemente penales pues su acentuación (excesiva) de la prevención (que atenúa y llega a excluir de sanción con efectos incluso posteriores a la comisión de los hechos) se acerca más a las finalidades administrativas, con lo cual tendrían más bien una naturaleza que podría denominarse “cuasipenal” o incluso “sui generis”⁶⁸. Por ello, tal vez sea apropiado y prudente denominar al modelo peruano como uno de *responsabilidad cuasipenal* (o administrativo-penal) para destacar que las sanciones impuestas, aunque autónomas no serían “penales”, y que, aunque similares a las existentes en el Derecho administrativo sancionador, se acercan más a las penales por ser impuestas por un juez penal.

Todavía es prematuro para comprobar si tendrá algún efecto preventivo real, pero queda un gran margen de dudas no solamente porque las críticas contra el modelo de “compliance” no sean desdeñables y sus propios partidarios adviertan que el sistema podría ser manipulado para garantizar más bien la irresponsabilidad de la persona jurídica, sino también porque la experiencia extranjera no ofrece demasiadas esperanzas de éxito⁶⁹. No pocas veces se ha acusado de inocentes a aquellas políticas que quieren dejar en manos de los propios destinatarios de normas sancionadoras el que se autorregulen primero para luego, recién después de fracasada esta autorregulación, hacer intervenir al ius puniendi⁷⁰. Y en un medio como el nuestro,

67 Al respecto ABANTO VÁSQUEZ, “Responsabilidad penal de los entes colectivos...”, p. 81 y s.

68 GÓMEZ-JARA, quien respeta el aspecto formal (la denominación dada por el legislador peruano), también destaca que la diferencia entre responsabilidad administrativa y responsabilidad penal estaría en la acentuación dada por el legislador: “desde el punto de vista administrativo, el elemento clave es la gestión de riesgos; desde el punto de vista penal, el elemento clave es la cultura de cumplimiento (compliance); “Compliance y responsabilidad penal”, p. 28.

69 GÓMEZ-JARA sugiere que se puede evitar el llamado “compliance de maquillaje” creando una cultura de compliance para lo cual existen ya estándares ISO relacionados con la capacitación del personal; cfr. Compliance y responsabilidad penal...”, p. 34 y s. Pero las experiencias de Brasil y los EE.UU. demuestran que en la práctica todavía continuaría la “irresponsabilidad organizada” por lo menos para aquellas empresas “demasiado grandes” como para ser castigadas o siquiera para ser perseguidas penalmente (“too big to jail” y “too big to prosecute”, respectivamente), aparte de que el “compliance”, por un lado, puede ser manipulado para evitar la punibilidad y, por otro lado, cuando implicara demasiadas exigencias legales, podría elevar los “costos de transacción” y tener más bien efectos contraproducentes; c. más refs. SAAD-DINIZ p. 555 y s., 562 y ss.

70 Las últimas experiencias en Alemania después de los escándalos de corrupción empresarial (Volkswagen, Siemens, Deutsche Bank, BASF, Bayer, etc.) ofrecen un panorama desalentador: las oficinas de “compliance”, incluso cuando están bien implementadas, parecen enfrentarse con una dirección empresarial acostumbrada a hacer prevalecer los “resultados económicos” (incluyendo los sobornos) frente a la ética y la moral; hasta ahora, ellas solamente habrían constituido

donde se ha prescindido de investigaciones criminológicas previas a la introducción del moderno sistema de prevención (“compliance”) como base de la regulación sobre responsabilidad (administrativa) de personas jurídicas, es ilusorio esperar resultados satisfactorios en términos de política criminal⁷¹.

Aparte de esto, todavía quedan algunas omisiones de relativa importancia como la falta de más elementos en el “modelo de prevención que sugiere”, que no especifica concretamente en qué consistiría la “autonomía de la responsabilidad penal” de la persona jurídica, que los criterios para aplicar “medidas administrativas” previstos en el art. 14 excluyan a la “multa”, y que el procedimiento de “suspensión de sanciones” del art. 16 finalmente lleve a prescindir de cualquier forma de admisión de culpabilidad por parte de la persona jurídica⁷². Desde la perspectiva penal, la omisión más grave es el no haber determinado en qué consiste exactamente el “injusto propio” de la persona jurídica. Aunque la ley no dice nada al respecto, implícitamente un “modelo de prevención” que otorga efectos eximentes de pena tiene que estar basado en un reproche de “defecto de organización”, un problema estructural, de la persona jurídica o, por lo menos una “corresponsabilidad” motivada por aquél (la mala organización que lleva a la comisión de delitos)⁷³. Ambos casos deben ser entendidos como de “responsabilidad autónoma” (la persona jurídica responde por su propio hecho) pero con una diferencia sutil. En el primer caso -siempre desde

una especie de “medida de marketing” (PR-Massnahme). Últimamente se nota un ligero cambio positivo después de que los tribunales (sobre todo los norteamericanos) hubieran comenzado a imponer fuertes sanciones pecuniarias a las empresas y estas comenzaran a pedir indemnizaciones a sus propios directivos, aunque la situación sigue siendo crítica cuando se trata de grandes negocios en países que no cumplen los estándares mínimos de un estado de derecho; cfr. “Umsatz und Moral”, Der Spiegel Nr. 4 (19-01-2019), p. 64 y s.

- 71 La situación es similar a la de Brasil, donde treinta años después de la introducción de la “responsabilidad penal” de personas jurídicas (en delitos ambientales) y de sucesivas normas sobre “compliance” referidas a la lucha contra la corrupción, el panorama sigue siendo dejando mucho que desear: “Faltan construcciones dogmáticas adecuadas al nivel de diferenciación de la sociedad económica, estamos muy lejos de dominar la utilidad del sistema de sanciones, desconocemos las bases criminológicas (quiénes son las empresas, cómo vulneran nuestra sociedad y cómo castigarlas dirigiendo el reproche del comportamiento), ni siquiera empezamos los debates sobre el rol de la responsabilidad penal de la persona jurídica y de los programas de *compliance* en la regulación del comportamiento corporativo”; SAAD-DINIZ, p. 566.
- 72 Cfr. GÓMEZ-JARA, comparando el modelo peruano con estándares internacionales, “Compliance y responsabilidad penal...”, p. 36 y ss. CARO CORIA destaca otras omisiones más bien prácticas como la escasa confianza de las empresas en el actuar de la Policía, la Fiscalía y el Poder Judicial, “La responsabilidad ‘administrativa’ de las empresas corruptas”; también reafirma esta opinión en “Sobre la llamada responsabilidad...”, p. 11 y s.
- 73 El primer supuesto lo defiende en Perú GÓMEZ-JARA (“Compliance y responsabilidad penal...”, p. 44, 333 y ss.); el segundo, GARCÍA CAVERO (“Compliance y Derecho penal”, p. 121 y ss.).

la perspectiva penal- la persona jurídica sería *autora* de un “delito corporativo” y la persona natural de un “delito individual”, bajo la segunda doctrina, persona natural y persona jurídica serían *cointervinientes* de un solo delito, pero según el “grado de competencia” de cada uno, la persona jurídica podría ser autora o partícipe (p. ej. sería autora si se tratase de un delito de infracción del deber especial que recayera en ella). Por último, también debe entenderse como defecto de la ley peruana el haber condicionado la persecución penal a la opinión técnica de un órgano administrativo (la Comisión del Mercado de Valores), con lo cual se sigue con la criticada “técnica” legislativa empleada para que atenta contra el principio de legalidad procesal⁷⁴.

7. INTENTO DE INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LA SITUACIÓN LEGAL ACTUAL

De todo lo expuesto, se puede constatar que la situación actual en el Perú, en cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es *muy confusa* pues finalmente no parece haber claridad sobre el *tipo de responsabilidad* ni de *sanción* que va a recaer en ella ante la comisión, por alguno de sus miembros o subordinados, de un hecho punible⁷⁵. Si –como hacía la Corte Suprema en su AP 7-2009 y como sostiene aún parte de la doctrina- las “consecuencias accesorias” tuvieran la naturaleza de auténticas sanciones penales, se tendría que admitir que en el Perú tenemos hasta *tres regímenes distintos* de sanciones o medidas penales aplicables a las “personas jurídicas” tras la comisión de delitos por parte de determinadas personas vinculadas a ellas:

- 1.- En general, ante la comisión de cualquier delito (la ley no hace aquí distinciones): las “consecuencias accesorias” del *art. 105 Código penal* para casos en los que participaren personas jurídicas en la comisión de hechos delictivos, o cuando los sujetos se hubieran valido de aquellas para cometer estos.
- 2.- En especial, las *consecuencias accesorias* para personas jurídicas reguladas en *leyes especiales* para delitos específicos (p. ej. delitos tributarios y delitos aduaneros, delitos cometidos por organizaciones criminales, etc.).

74 Sobre esta “descriminalización fáctica a través de la intervención administrativa”, ver ampliamente ABANTO VÁSQUEZ en “Dogmática penal...”, p. 612 y ss. Concretamente sobre la Ley 30424, CARO CORIA afirma certeramente que con este requisito de procedibilidad se tiende a “... incorporar un gran candado cuya llave queda en manos de la SMV, es decir bajo custodia del Poder Ejecutivo”; ver en “Sobre la llamada responsabilidad ...”, p. 11.

75 También GARCÍA CAVERO hace esta observación, “Criminal Compliance”, p. 110.

- 3.- La nueva *responsabilidad administrativa* de personas jurídicas por delitos cometidos por individuos siempre que se trate de delitos previstos en el art. 1 de la Ley 30424, modificada por la Ley 30835.

Ahora bien, pese al silencio del legislador, es posible hacer una *interpretación sistemática* para establecer en qué casos y cómo debería responder una persona jurídica ante la comisión de un injusto penal por parte de una “persona de contacto”.

GARCÍA CAVERO ha hecho una interesante propuesta interpretativa para entender cuándo sería aplicable la ley de responsabilidad administrativa para personas jurídicas (que él entiende como “responsabilidad penal”) y cuando entrarían a tallar las “consecuencias accesorias” según el art. 105 C. P.⁷⁶ El criterio diferenciador sería el de la “complejidad” de la persona jurídica: mientras más compleja sea la organización de la persona jurídica involucrada, más necesario será que cuente con un “modelo de prevención” y más legítimo sería imputarle una responsabilidad (penal) propia como persona jurídica “imputable” mientras que si la persona jurídica no es tan compleja, sería “inimputable” pero, por ser “peligrosa” tendría que aplicársele una “consecuencia accesoria”⁷⁷.

Pero esta interpretación no es forzosa pues no deriva del tenor de la ley escrita, ni tampoco tiene en cuenta la existencia de la ley sobre “criminalidad organizada” la cual también prevé “consecuencias accesorias” para las personas jurídicas y –como también es razonable– no excluye ni debería excluir de la imposición de estas medidas a personas jurídicas de organización compleja. Es más, incluso podría argumentarse en su contra el que esta interpretación iría en contra de los principios de “legalidad” y “ne bis in idem”. El de “legalidad”, porque la propia ley de “responsabilidad administrativa” de personas jurídicas se refiere expresamente a una “responsabilidad administrativa” al igual que otras leyes anteriores (como la Ley 29316 que –como se vio arriba en la nota al pie 54– utiliza GARCÍA CAVERO como argumento y parece considerar aún vigente en este aspecto). Luego, se puede entender que, como la Ley 30424 tiene el mismo rango y es posterior a todas las anteriores, ahora es

76 GARCÍA CAVERO en “Criminal Compliance”, p. 120 y ss.; 137 y ss.

77 GARCÍA CAVERO lo resume así (aunque previo reconocimiento de que no se trata de un “tema cerrado” ni de que sería aplicable el criterio hispano de separación estricta de consecuencias accesorias para entes que no sean persona jurídica y penas para las que sí lo sean según la ley): “... si las sanciones de la Ley N.º 30424 se sustentan en una responsabilidad penal por el hecho propio, su aplicación deberá limitarse a aquellas personas jurídicas que, por su complejidad organizativa, tienen la posibilidad de autoconfigurarse y, por lo tanto, de ser penalmente culpables. Por el contrario, si la empresa no tiene esa complejidad, pero existe el peligro de que sea nuevamente utilizada por los miembros individuales para cometer un delito, entonces lo que corresponde no es la imposición de una pena, sino una consecuencia accesoria. Se podría, así, distinguir entre empresas inimputables y empresas imputables en función de la complejidad organizativa”. Cfr. “Criminal Compliance”, p. 141 y s.

ella la encargada de regular tal responsabilidad “administrativa” para los casos allí planteados y de manera distinta (en un proceso penal) e incluso más amplia (no sólo se refiere a los “delitos de corrupción” como en leyes anteriores) porque, por política criminal, se ha decidido enviar un “mensaje” a los destinatarios de la norma (a través del proceso penal) al mismo tiempo que se habría querido acentuar el aspecto preventivo (la “adopción del modelo de prevención” para eximir o atenuar las “sanciones administrativas”). En cuanto al principio de “ne bis in idem”, éste se vería afectado si se previera para la persona jurídica dos regímenes de “sanciones” (uno administrativo auténtico según la Ley 29316, y otro que, en contra de su denominación, sería en realidad penal: el de la Ley 30424) en dos leyes distintas contra la misma persona jurídica por los mismos hechos y con los mismos fundamentos, sin olvidar tampoco aquellas otras sanciones previstas en leyes extrapenales especiales (p. ej. las referidas a libre competencia, derechos de autor, propiedad industrial, etc.) que se guían también por principios penales garantistas⁷⁸. Por último, el criterio de la “complejidad” para deslindar entre “imputabilidad” (y por tanto: responsabilidad administrativo-penal) e “inimputabilidad” (luego: irresponsabilidad “penal” pero “peligrosidad” y por tanto, necesidad de aplicar “consecuencias accesorias”), tal como sugiere GARCÍA CAVERO, no tiene que ver con el injusto “punible” sino suele ser considerado en la doctrina y legislación comparadas como criterio para la exigibilidad y configuración del modelo de prevención. Esto se ve de manera más clara aún en el reglamento de la ley, el D. S. 002-2019-JUS de 08-01-2019 (o sea, dado con posterioridad al trabajo del autor citado), el cual distingue entre gran empresa, mediana empresa, pequeña empresa, micro empresa (art. 3) para luego distinguir la implementación del modelo de prevención de distinta manera para la gran empresa (arts. 32 y ss.) y para las restantes (arts. 44 y s.). Y también esta es la idea base de la regulación chilena (inspirada a su vez por la italiana) que, de manera expresa, según la complejidad de la persona jurídica, exige más o menos requisitos para los “modelos de prevención” cuya existencia exime de pena⁷⁹. Como parece evidente, allí la “complejidad” solamente incide en las posibilidades de control externo e interno de la organización, pero no tiene por qué incidir en su “peligrosidad” fundamentadora de “pena”.

En suma, no parece descabellado que puedan coexistir “consecuencias accesorias” y “sanciones (administrativo-) penales” contra las personas jurídicas, siempre

78 Para todo este campo sancionador extrapenal rigen los principios establecidos en el art. de la Ley 27444 entre los que cuenta la prohibición de la doble sanción (art. 230, numeral 10); cfr. al respecto ABANTO VÁSQUEZ, “Dogmática penal y política criminal”, p. 875 y ss.

79 Sobre esta ley chilena ver ABANTO VÁSQUEZ, “Responsabilidad penal de los entes colectivos...”, p. 70 y s.; GARCÍA CAVERO, “Criminal Compliance”, p. 121, nota al pie 33.

que la regulación sea la adecuada⁸⁰ y tenga en cuenta que, al igual de lo que ocurre con la regulación penal para las personas naturales y en aras de una adecuada protección de los bienes jurídicos, se distinga bien entre vía punitiva (penas) vía exclusivamente preventiva (medidas de seguridad o “consecuencias accesorias”⁸¹). Es posible que el juez, en caso de no dictar una “sanción administrativa” contra la persona jurídica (p. ej. porque ha demostrado tener un sistema preventivo adecuado), pueda aún –si la situación lo amerita y basándose en los arts. 105 y 105-A del C. P.- dictar una “consecuencia accesorio”⁸².

Por otro lado, tendría que evitarse violaciones al *ne bis in idem*⁸³. Ello podría ocurrir, en primer lugar, cuando el juez emita, en su sentencia, una sanción “administrativa” para la persona jurídica según la Ley 30424 unida a una “consecuencia accesorio” según las reglas del C. P. (art. 105 y ss.) o las leyes especiales (entre otras, p. ej. el art. 26 de la Ley 30077 sobre organizaciones criminales) basándose en los mismos criterios para todos los casos. Y también podría haber una doble sanción cuando el juez penal imponga sanción “administrativa” o “consecuencia accesorio” contra la persona jurídica, pese a que, por los mismos hechos se hubiera impuesto a esta sanciones en la vía administrativa.

En suma, salvo por algunas omisiones de cierta importancia, el legislador peruano parece haber iniciado su *marcha hacia una auténtica responsabilidad autónoma de personas jurídicas*. La naturaleza de estas parece ser “cuasipenal”, aunque también

80 La separación tajante actual que hace el C. P. español (“penas” sólo para “personas jurídicas” y “consecuencias accesorias” para las que no lo son), podría llevar a serios vacíos cuando al final del proceso penal no se imponga una “pena” a las personas jurídicas pese a la constatación de una “peligrosidad” para los bienes jurídicos proveniente de aquellas; cfr. RAMÓN RIBAS en Quintero Olivares/Morales Prats y otros, tomo I, p. 883. GARCÍA CAVERO, por su parte, rechaza tajantemente la solución hispana porque tanto el art. 105 C. P. peruano como las leyes extrapenales siempre se refieren a “personas jurídicas”; cfr. “Criminal Compliance”, p. 141.

81 En este sentido claramente RAMÓN RIBAS en Quintero Olivares/Morales Prats y otros, tomo I, p. 883.

82 En tal sentido no debe entenderse que la derogación del art. 8 del D. Leg. n.º 1106 (sobre lavado de activos) haga imposible la aplicación de “consecuencias accesorias” en estos casos y que el legislador habría querido que solamente se puedan imponer “sanciones administrativas” a las personas jurídicas involucradas. Sin embargo, esta parece ser la interpretación de CARO CORIA basándose en el principio de *ne bis in idem*; cfr. “Sobre la llamada responsabilidad...”, p. 9. Sólo en el caso exagerado de que el juez quiera imponer en la sentencia tanto una consecuencia accesorio (basándose en el art. 105 C.P.) que tenga la misma naturaleza y fundamentación (p. ej. una multa) que la “sanción administrativa” (basándose en la Ley 302424) que también quiera imponer contra la misma persona jurídica por los mismos hechos podría afirmarse una violación a este principio.

83 Más al respecto, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, “Dogmática penal...”; y en Abanto Vásquez/Vásquez-Portomeñe, “El delito de tráfico de influencias”, p. 89 y ss.

existen argumentos para admitir que ella, bajo un “fraude de etiquetas”, ya sería de naturaleza auténticamente penal⁸⁴.

Por último, aunque este modelo y en general el de responsabilidad *auténticamente penal* de personas jurídicas tampoco está exento de críticas, como se observa en la doctrina hispana⁸⁵, no se puede dejar de destacar por lo menos el **efecto simbólico** de la decisión político criminal que lleva a mayores efectos preventivos⁸⁶. No cabe duda del mucho mayor *efecto preventivo-general* (por no llamarlo directamente “intimidante”) que tiene la “pena” frente a la “sanción administrativa” por contener el llamado reproche ético-social que, en términos empresariales de coste-beneficio, resulta un coste tan elevado que podría inclinar la balanza hacia el cumplimiento de las normas antes que a su quebrantamiento⁸⁷.

Con todo esto debe haber quedado superada en el Perú la doctrina del “societas delinquere non potest”. Las últimas tendencias legislativas corroboran que en el fondo se trataba ante todo de una decisión político-criminal frente a problemas socio-económicos en tiempos modernos (incidencia de colectivos en la comisión de delitos) y una realidad normativa (reconocimiento de la persona jurídica en otras áreas del derecho)⁸⁸ que requerían una respuesta legislativa para una mejor pro-

84 Cfr. CARO CORIA, quien además destaca la motivación política de esta ley: el deseo de introducir a Perú dentro del Grupo Antisoborno de la OECD; ver en “La responsabilidad ‘administrativa’ de las empresas corruptas”. También GARCÍA CAVERO insiste en que, independientemente de su denominación, la ley comentada prevé “una responsabilidad abiertamente penal”; cfr. y c. más refs., “Criminal Compliance”, p. 111. Asumiendo esta posibilidad pero respetando la denominación formal y observando que, como se trata de todos modos de derecho administrativo sancionador, también tiene que respetarse los principios penales en la interpretación de estas nuevas normas, GÓMEZ-JARA “Compliance y responsabilidad penal...”, p. 23 y s.

85 Cfr. las duras críticas, sobre todo dirigidas al modelo de la prevención introducido por la reforma de 2015, QUINTERO OLIVARES en Quintero Olivares/Morales Prats y otros, tomo I, p. 383 y ss., 390 y ss.

86 GÓMEZ-JARA destaca “una mejora sustancial en la cultura de compliance por parte de las personas jurídicas relevantes del país ... se percibe una concienciación respecto de la importancia de esta materia que resultaba desconocida hasta la entrada en vigor de la normativa penal”; cfr. “Compliance y responsabilidad penal”, p. 28 y s.

87 Cfr. las refs. provenientes sobre todo del Derecho penal económico, ABANTO VÁSQUEZ, “Dogmática penal...”, p. 121, 560, 614 y s., 849 y s.; “Derecho penal económico. Consideraciones...” p. 77 y s.; también últimamente GÓMEZ-JARA, “Compliance y responsabilidad penal”, p. 29.

88 Ya HEINITZ decía en los años 50 del siglo XX que en la aceptación o negación de responsabilidad de las personas jurídicas se trata más de “necesidades políticas o definición de objetivos” que de razones de lógica sistemática; p. 67, 87 y ss. Así también HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, “Manual de Derecho penal”, tomo I, p. 664 y ss. Aseveran estos autores: “Si se tiene en cuenta la manera cómo se concibe a la persona en el derecho, en general y, en particular, en el derecho civil, no resulta claro el porqué debe ser considerado inaplicable este criterio en el

tección de los bienes jurídicos afectados. El sistema de “consecuencias accesorias” significó un hito importante hacia el status quo actual, pero también parece que puede seguir siendo una herramienta útil y convivir con el modelo de responsabilidad penal o administrativo-penal de las personas jurídicas⁸⁹. La cuestión es la forma cómo debe preverse esta responsabilidad de los entes colectivos y si debe o puede llamarse “penal”, “cuasipenal”, “administrativa” o de cualquier otro modo distinto a la consecuencia jurídica que se prevea para las personas jurídicas involucradas⁹⁰.

8. PALABRAS FINALES

Se ha comprobado que, en el sentido de las acepciones menos usuales de la palabra “mito” expuestas al inicio, la responsabilidad penal de personas jurídicas, por lo menos en los últimos años, suele estar “rodeada de extraordinaria estima” (en el sentido de efectividad y positivos efectos preventivo-generales). Además, en el caso concreto de Perú, al igual que a un “mito” no solamente se suele atribuir a esta consecuencia jurídica “cualidades o excelencias que no tiene[n]”, sino también un sector de la doctrina penal peruana le atribuye “una realidad de la que carece[n]”. Ni existe actualmente en Perú *de lege lata* una auténtica responsabilidad penal de personas jurídica (como p. ej. en España), ni tampoco su futura introducción expresa o la regulación cuasipenal ya existente parece tener las bondades preventivo-generales que se esperan.

La confusión que ha generado la legislación penal peruana de los últimos años respecto de la “responsabilidad” de las personas jurídicas derivada de los delitos cometidos por sus allegados, es una ejemplo más de lo pernicioso que puede ser un mal entendimiento del “principio de reserva de la ley penal”, el cual, unido a una política penal desorientada y, no pocas veces, motivada más por razones políticas y económicas que por necesidades político criminales racionales, produce normas penales de manera irreflexiva y desordenada. El legislador peruano (que en la práctica muchas veces ha sido el Ejecutivo) tiende a introducir “soluciones” legales importadas sin haber reflexionado previamente si estas se adecúan al modelo penal vigente en nuestro país. Y tiene facilidad para hacerlo, porque desde hace décadas (desde la

Derecho penal. Lo mismo puede decirse respecto al derecho administrativo, en el que se trata a la persona jurídica como sujeto pasible de sanciones represivas”, *ibidem*, p. 668 y s., n. marg. 1869.

89 Así advertía también antes GARCÍA CAVERO en “Lecciones de Derecho penal...”, p. 761; también ABANTO VÁSQUEZ, “Dogmática penal...”, p. 887 y s.

90 Tendiendo aparentemente a una auténtica responsabilidad penal, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, en “Manual de Derecho penal”, tomo I, p. 669, n. marg. 1870.; GARCÍA CAVERO, “Lecciones de Derecho penal...”, p. 761. Proponiendo más bien una responsabilidad propia de empresas bajo una nueva disciplina jurídica, c. más refs., ABANTO VÁSQUEZ en “Dogmática penal...”, p. 533 y ss., 576 y ss..

vigencia misma de la Constitución de 1978 primero y luego desde la de 1993) se ha permitido que las normas penales puedan ser dadas mediante leyes simples e incluso decretos legislativos en clara violación del principio de “reserva de la ley penal” que se vincula con el principio democrático y de división de poderes⁹¹. Ejemplo de esto es la llamada legislación antilavado, la legislación anticorrupción, las normas contra el crimen organizado y, como “último grito de la moda”, la legislación sobre “responsabilidad” (penal o administrativa) de personas jurídicas.

En principio, no hay nada malo en que se quiera hacer responsabilizar directamente a las “personas jurídicas” (o entes colectivos) por los delitos cometidos para favorecerlas o utilizándolas como instrumento para otros fines. Esto hasta constituye una necesidad en tiempos en que los bienes jurídicos (o si se prefiere: intereses sociales, expectativas sociales) sufren probadamente graves ataques por parte de sujetos de derecho cuya responsabilidad meramente administrativa (tradicional) no ha bastado para contener los ilícitos. Ante ello la reacción no debería consistir en un rechazo automático sino en reflexionar si es posible una regulación adecuada con medidas de similar efecto simbólico que la pena⁹².

91 Esta observación la vengo haciendo desde mis primeras publicaciones pues no debe olvidarse su importancia. Ver al respecto con más detalle en “Dogmática penal...”, p. 151 y ss., esp., p. 153, nota al pie n.º 5. La necesidad de respetar el principio de “reserva de la ley penal” es destacada en todos los manuales de Derecho penal de reconocidos autores; ver por todos, ROXIN, § 5, n. marg. 20 y s.; ZAFFARONI/ALAGIA/ SLOKAR, p. 106 y s.; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, p. 76 y s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 113 y ss.; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, p. 119 y s. Como dice ROXIN (traducción libre): “La punición constituye una intervención tan grave en la libertad de los ciudadanos que la legitimación para determinar sus presupuestos sólo puede recaer en la instancia que representa directamente al pueblo como portador del poder estatal: el parlamento como representación popular elegida. Mediante la división de poderes, que se manifiesta en el principio de legalidad, el juez se ve liberado de la función de crear derecho y reducido al oficio de aplicar derecho, mientras que el ejecutivo es totalmente excluido de influir en la punición y, con ello se ve impedido de cualquier abuso de poder en este ámbito” (*ibidem*, n. marg. 20). Debe observarse que la garantía máxima se obtiene cuando, como en España, se exige que tampoco cualquier “ley” emitida por el Parlamento cumple con el principio de reserva, sino solamente (y sobre todo cuando la pena prevista es de privación de libertad) aquella que constituye una ley “orgánica”, o sea aquella dada por la mayoría del número legal de parlamentarios (y no solamente por una mayoría simple); cfr. por todos MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *ibidem*.

92 TIEDEMANN también corrobora que la denominación indistinta que se escoja para el recorte de libertades a la persona jurídica no afecta el entendimiento constitucional de su naturaleza sancionadora pero que, en la práctica legislativa comparada se observa una mayor aceptación de las “sanciones” dependiendo del nombre que se les dé: una “pena” es de más difícil aceptación que una “sanción administrativo-penal” o una “contravención” aunque con el tiempo la conciencia jurídico-social tienda a acercar luego estas últimas con las primeras; cfr. “Derecho penal y nuevas formas de criminalidad”, p. 109 y s. También podría pensarse en la creación de un Derecho sancionador de empresas (o entes colectivos) bajo una regulación propia. Cfr. ABANTO VÁS-

En ello, la regulación debe hacerse de manera compatible y armoniosa con la legislación penal y extrapenal ya existente, por un lado, y tratando de que cumpla con las finalidades preventivas necesarias, por el otro. Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta lo anteriormente expresado, sería deseable que la ley que regulara la “responsabilidad” de las personas jurídicas derivada de la comisión de delitos por individuos vinculadas con ellas, sea dada a través de una auténtica “ley orgánica” (o sea, emitida por la mayoría legal de los miembros del parlamento, con lo cual no podría ser modificada por cualquier ley simple y, menos aún, por un decreto legislativo). En cuanto a su contenido esta ley especial, debería regular, además de cuestiones generales y procesales, tanto los casos que presuponen la “responsabilidad subsidiaria” por el hecho delictivo cometido por sus integrantes como también aquellos otros que se refieran a una “responsabilidad autónoma” (defecto de organización). Estas cuestiones de detalle tienen que ser materia de una amplia discusión y un arduo trabajo coordinado de todos los especialistas jurídicos (no sólo los penales).

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, M., “Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública”, Lima, 2014.
- ABANTO VÁSQUEZ, M., “Responsabilidad penal de los entes colectivos: estado actual y reflexiones preliminares”, en *Libro-Homenaje a Klaus Tiedemann*, tomo I, Lima, 2011, p. 27-95.
- ABANTO VÁSQUEZ, M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿un problema del Derecho penal?”, en Caballero Castillo, J. / Ruiz Solís, H., *Cuestiones de Derecho penal, proceso penal y política criminal*, Lima, 2010, p. 171-229.
- ABANTO VÁSQUEZ, M. / VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *El delito de tráfico de influencias*, Lima, 2019.
- CARO CORIA, D., La responsabilidad ‘administrativa’ de las empresas corruptas, en: www.laley.pe de 5 de abril 2016 (sección “opinión”).
- CARO CORIA, D., Sobre la llamada responsabilidad ‘administrativa’ de las personas jurídicas, en www.laley.pe de 10 de enero de 2017 (sección “opinión”).
- GARCÍA CAVERO, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Lima, 2008.
- GARCÍA CAVERO, P., *Criminal Compliance. En especial compliance anticorrupción y antilavado de activos*, Lima, 2017.

QUEZ, “Responsabilidad penal de los entes colectivos...”, p. 84 y ss.; “Dogmática penal...”, p. 545 y ss., 609 y ss.

- GÓMEZ-JARA DIEZ, C., *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú*, Lima, 2017.
- HARTUNG, F., Ponencia en *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages*, tomo II, *Sitzungsberichte* (informes de las sesiones), Hamburgo, 1953, p. E43-E60.
- HEINITZ, E., *Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?*, 40. Deutscher Juristentag, tomo 1, Tubinga, 1953, p. 65-90.
- HURTADO POZO, J. / PRADO SALDARRIAGA, V., *Derecho penal. Parte general*, dos tomos, 4ta. edición, Lima, 2011; *El sistema de control penal. Derecho penal general y especial, política criminal y sanciones penales*, Lima, 2016.
- JAHN, M. / SCHMITT-LEONARDY, C. / SCHOOP, C., *Unternehmensverantwortung für Unternehmenskriminalität – ‘Frankfurter Thesen’*, *wistra* 2018, p. 27-31.
- JAKOBS, G., “¿Punibilidad de las personas jurídicas?”, en: García Caveró (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Lima, 2002, pp. 63-97.
- KNOTHE, H., *Diskussion einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Personenverbänden in der Doktrin des römisch-gemeinen Rechts in Deutschland*, *Festschrift für Wolfgang Joecks*, Múnich, 2018, p. 259-272.
- MEYER, F., *Multiple Sanktionierung von Unternehmen und ne bis in idem*, *Festschrift für Klaus Rogall*, Berlín, 2018, p. 535-557.
- MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 9na. edición, Valencia, 2015.
- ORTS BERENQUER, E. / GÓNZÁLEZ CUSSAC, J., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, 6^{ta} ed., Valencia, 2016.
- PRADO SALDARRIAGA, V., *Criminalidad organizada*, Lima, 2006.
- PRADO SALDARRIAGA, V., *Criminalidad organizada y lavado de activos*, Lima, IDEMSA, 2013.
- QUINTERO OLIVARES, G., “comentarios al art. 31bis del C. P. español”, en Quintero Olivares / Morales Prats y otros, *Comentarios al Código penal español*, 7^a ed., tomo I, Cizur Menor, 2016, p. 375 y ss.
- RAMÓN RIBAS, E., en Quintero Olivares (dir.) / Morales Prats (coord.), *Comentarios al Código penal español*, 7^a ed., Cizur Menor, 2016, tomo I, comentarios a las “consecuencias accesorias” del C. P. español (arts. 127 y ss.) p. 821 y ss.

- RENZIKOWSKI, J., Rechtsphilosophische Bemerkungen zur Strafbarkeit von Verbänden, GA 2019, p. 149-160.
- REYMUNDO PRIETO, R., “Las personas jurídicas y consecuencias accesorias. Análisis dogmático del Acuerdo Plenario N.º 7-2009/CJ-116”, en: Heydegger, F., *Comentarios de los Acuerdos Plenarios I*, Lima, 2018, p. 169-184.
- RINGELMANN, C., Kollektive Verantwortlichkeit, Gedächtnisschrift für Günter Heine, Tubinga, 2016, p. 295-308.
- ROXIN, C., Strafrecht. Allgemeiner Teil, tomo I, 4ta. edición, Múnich, 2006.
- SAAD-DINIZ, E., “Brasil vs. Goliat: los 30 años de la responsabilidad penal de la persona jurídica y las nuevas tendencias en compliance”, en: Reyna Alfaro, L. (coord.), *Compliance y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Lima, 2018, p. 547 y ss.
- TAMARIT SUMALLA, J., en Quintero Olivares (dir.) / Morales Prats (coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Cizur Menor, 2016; tomo II, *comentarios a los arts. 515 (asociación ilícita)*, p. 1689 y ss.
- TIEDEMANN, K., Derecho penal económico. Introducción y parte general, Lima, 2009.
- TIEDEMANN, K., Derecho penal y nuevas formas de criminalidad, 2ª ed., Lima, 2007.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., Manual de Derecho penal. Parte general, 4ª ed., Bogotá, 2010.
- VILLAVICENCIO TERREROS, F., Derecho penal. Parte general, Lima, 2006.
- ZAFFARONI, E. / ALAGIA, A. / SLOKAR, A., Derecho penal. Parte general, Buenos Aires, 2000.
- ZUÑIGA RODRIGUEZ, L., Ley contra el crimen organizado (Ley N.º 39966), Lima, 2016.