

BOLETÍN LINARES ABOGADOS

2026

“COBRAR O NO COBRAR PEAJES, ESA ES LA CUESTIÓN”

Por Daniel Linares Avilez

En el ámbito de las inversiones de largo plazo, el Perú parece estar ensayando un método singular de planificación: el respeto a las reglas de juego hasta que estas resultan políticamente incómodas. La decisión del Tribunal Constitucional (TC) de declarar fundado el hábeas corpus a favor de los residentes de Puente Piedra y ordenar la suspensión del cobro del peaje de Rutas de Lima marcó un hito en nuestra historia jurídica. A través de un hábeas corpus que ha evolucionado desde una concepción tradicional, centrada exclusivamente en la protección de la libertad física o de locomoción, hacia una tutela integral y multidimensional de la libertad individual y los derechos constitucionales conexos a esta, hoy se interrumpen contratos de concesión y se afectan políticas económicas.

Al fundamentar su decisión en la presunta afectación al libre tránsito por falta de rutas alternas adecuadas, el máximo tribunal no sólo resolvió un caso particular; estableció jurisprudencia para todos los jueces del país. La regla ahora es tan simple como rígida: si el Estado no provee una vía alterna "real, segura y legal", el cobro de cualquier peaje deviene inconstitucional. Lo que dice un ente del Estado es que el propio Estado, a través de otra de sus instituciones, debe construir vías alternas para que el mismo Estado pueda dar concesiones bajo el sistema de cobro de peaje.

Al respecto, es del caso precisar que la opinión legal está dividida. Quienes defienden la inviabilidad del hábeas corpus contra el cobro de peajes sostienen que utilizar esta garantía desnaturaliza su carácter sumario, al pretender resolver controversias de índole estrictamente contractual y de competencia arbitral que gozan de presunción de legalidad.



Desde esta perspectiva, el peaje representa una restricción económica de carácter vehicular —y no una restricción física a la libertad de tránsito individual— que supera el test de proporcionalidad al garantizar infraestructura de calidad financiada por sus usuarios directos y no por los contribuyentes generales. En consecuencia, argumentan que la judicatura constitucional carece de facultades para anular contratos de concesión vigentes o ignorar las cláusulas arbitrales pactadas, remarcando que la eventual falta de vías alternativas equiparables es una deficiencia imputable a la planificación del Estado y no a la empresa concesionaria.

Por contraparte, quienes defienden la viabilidad del hábeas corpus sostienen que esta garantía resulta la vía idónea para tutelar el derecho fundamental a la libre locomoción frente a restricciones que perjudican a la ciudadanía. Argumentan que la inexistencia de vías alternas reales y seguras —con desvíos que incrementan los tiempos de viaje significativamente— transforma la cobranza en una "aduana interna de facto" que constriñe la movilidad cotidiana dentro del propio distrito y vulnera colateralmente derechos como la salud, la educación y el trabajo. Bajo esta perspectiva, sostienen que la justicia constitucional tiene el deber ineludible de hacer primar la protección de la población sobre las cláusulas de un contrato de concesión en cuya negociación los ciudadanos afectados jamás tuvieron participación.

En mi opinión, al momento de ponderar su decisión, el Tribunal Constitucional debió considerar que un contrato de concesión responde a una compleja ecuación técnico-económica y que el concesionario es un agente privado, no el Estado; por ende, originariamente no tiene la obligación de garantizar el acceso de los ciudadanos a infraestructura pública. Omitir un estudio exhaustivo del equilibrio financiero del proyecto y las severas consecuencias económicas de la decisión —como el debilitamiento de la seguridad jurídica, el deterioro del clima de inversiones y, principalmente, la exposición del país a contingencias millonarias en arbitrajes internacionales— sienta un precedente riesgoso en el que la tutela garantista se desentiende de la viabilidad que permite al capital privado construir y mantener infraestructura pública.

El fallo de Puente Piedra no tardó en generar seguidores entusiastas. Bajo una interpretación sumamente ágil, diversos juzgados constitucionales aplicaron la misma fórmula en Lima Sur, clausurando las operaciones de las garitas de Conchán, Villa y Punta Negra.



Las consecuencias de esta bienintencionada ofensiva judicial no se hicieron esperar: la concesionaria Rutas de Lima se vio forzada a iniciar su proceso de disolución y liquidación. Y esto es de interés, toda vez que el fondo canadiense Brookfield, accionista mayoritario de Rutas de Lima, trasladó la disputa al tribunal del CIADI, exigiendo una indemnización de US\$2,700 millones al Estado peruano.

Con este auspicioso panorama de fondo, la conflictividad social y legal ha migrado hacia Arequipa, apuntando al peaje de Camaná operado por la empresa Covinca S.A. Sin embargo, intentar calzar este conflicto en la plantilla de Puente Piedra requiere creatividad para homologar la realidad de los hechos.

El proceso constitucional en Camaná tiene igualmente la intención de replicar el efecto expansivo del caso limeño. A diferencia del entramado de corrupción que empañó la génesis de las concesiones en la capital, el contrato de Covinca es técnico y libre de estar involucrado en procesos criminales, hasta donde es de público conocimiento.



La garita de Camaná no es una imposición reciente del sector privado, sino que fue construida por el propio Estado en 1995. Funciona desde antes de la concesión del año 2013 y, antes de que se consolidara el crecimiento urbano de los asentamientos residenciales de la zona, según alega Covinca. Aunque la demanda sostiene un virtual encierro de los pobladores, según el concesionario, las actas policiales y los informes técnicos documentan la existencia de hasta seis vías de acceso alternativas para entrar y salir de la zona sin pasar por la estación de cobro.

Mientras el entusiasmo populista celebra la gratuidad del tránsito, las entidades encargadas de la viabilidad económica del país observan el panorama con justificada preocupación. Instituciones como el MEF, el MTC, ProInversión y el regulador OSITRAN han advertido de manera conjunta sobre el riesgo sistémico que corre el sector: si los peajes se suprimen por mandato judicial, el Estado —cuyo erario nacional carece de espacio presupuestario para estas tareas— deberá asumir el costoso mantenimiento de las pistas, o resignarse a

ver cómo el asfalto se deteriora rápidamente. Sin tener en consideración la ya mencionada — y de especial importancia en estos casos— exposición a contingencias pactadas en el contrato de concesión. Intentar corregir las deficiencias de planificación urbana del Estado mediante el activismo judicial retrospectivo es el equivalente a querer operar a un enfermo con un hacha. Si el Tribunal Constitucional decide dar el paso en Arequipa bajo los mismos términos, el mensaje para el mundo será sumamente claro: en el Perú, los contratos que suscribe el Estado tienen la solidez de una sugerencia. Nuestro aplauso inmediato como ciudadanos que reciben una vía gratis puede ser un paliativo temporal para el descontento social, pero la factura de largo plazo —en forma de arbitrajes perdidos, aislamiento logístico y carreteras destruidas— seguramente terminará contándonos mucho más de lo que ahorraremos en la garita..



Daniel Linares Avilez

Socio Fundador
Resolución de Disputas

LA PRESENCIA DE PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO PENAL

Por James Reátegui Sánchez

I. Las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal moderno

1. Cuestiones generales

El tema de debate no es la criminalidad de los desposeídos, leit-motiv de la doctrina penal durante todo el siglo XIX y buena parte del siglo XX, sino, sobre todo, la criminalidad de los poderosos y de las empresas (crimes of the powerful, corporate and business crime)[1]. La preocupación científica por esta nueva criminalidad en su versión criminológica empieza el 27 de diciembre de 1939 con la alocución que Ed H. Sutherland presentó ante la Sociedad Americana de Sociología, y que luego publicaría bajo el nombre de “delincuencia de cuello blanco” (White-Collar-Criminality). La advertencia de Sutherland radicaba en que la delincuencia de cuello blanco, cuyo factor fundamental era en el ámbito económico, no se produce entre desheredados, pobres, personas en condiciones psicopáticas o inadaptados sociales, sino que proviene de personas respetables y de elevado status social, en el marco de su profesión.

Esta delincuencia se gesta generalmente en el marco de una empresa[2], que es un engranaje presidido por la división de trabajo y el reparto de competencias funcionales, donde el producto final es el resultado de actuaciones complementarias de distintos sujetos. Por tal motivo, habrá que dirigirse en el ámbito de la criminalidad organizada de modo más amplio a lo que suele hacerse en la actualidad, y ello también desde el punto de vista teórico, puesto que debe incluirse en ella tanto la criminalidad empresarial como los sistemas de corrupción[3].

[1] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *Expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, Pág. 41. Es de gran importancia conocer la evolución que destaca la sanción de condena que se le dio a la compañía ferrocarril en el año 1909 ocurrido en EE. UU en base a los actos ilícitos cometidos por sus directores por haber concedido ilegalmente tarifas favorables a sociedades azucareras. Es por ello que en ese caso se da a conocer la necesidad que las empresas desarrollen los mecanismos o estrategias de autorregulación para la ampliación en el mercado, por ende, este tipo de actos sin este mecanismo afectaba el desarrollo del comercio.

[2] Véase, en este sentido: RIGHI, Esteban; *Antecedentes, evolución y perspectivas del Derecho penal económico latinoamericano*, Tesis Doctoral, Universidad de Buenos Aires, 1990, Pág. 294 sostiene al respecto: “La criminalidad de las corporaciones expresan un conjunto de hechos antisociales cuya característica común, es el de haber sido cometidos en el “escenario” que ofrece una persona jurídica. Esta realidad ha sido objeto de investigaciones criminológicas que, en fecha reciente, se han planteado inclusive la conveniencia de prohibir algunas formas asociativas por su proclividad a favorecer conductas delictivas, como ha sucedido por ej. con las sociedades en comandita por acciones en el marco de las insolvencias punibles”.

[3] SCHÜNNEMANN, Bernd; “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, traducción de Manuel CancioMelía, en: CDJP, N 1-2, 1996, Pág. 34.



Como es sabido, la persona jurídica pertenece a la categoría de las organizaciones y responde a características comunes que la sociología actual analiza como componente de un sistema: colectividad humana de cierta magnitud, un conjunto de fines racionales, un sistema de comunicación institucionalizado, relaciones de poder, un nivel de conflicto interno.

En el terreno estrictamente dogmático jurídico-penal el debate se inicia cuando nos preguntamos: ¿la persona natural o física será acaso la única capaz de vulnerar bienes jurídicos penalmente protegidos? Visto así, la situación pareciera que la pregunta ha de ser contestada en forma negativa, puesto que la persona física (entiéndase como sinónimo de libertad o voluntad en sentido antropológico, psicológico, social, etc.), ahora ingresa al tráfico jurídico, envuelto en un engranaje colectivo de individuos con objetivos específicos para su subsistencia dentro de dicho tráfico.

El problema, fundamentalmente, se presenta en el marco de los delitos económicos o socio-económicos, en los casos en los que la infracción penal proviene de una decisión tomada por un órgano colegiado y es ejecutada por miembros de la empresa de inferior jerarquía que sólo cumplen órdenes de sus superiores; con lo cual se evidencia, hoy por hoy, que asistimos, innegablemente, a un progresivo crecimiento de las personas jurídicas en hechos delictivos.

La discusión en el terreno jurídico-penal, como se verá más adelante, no ha girado en función a las teorías sobre las personas jurídicas (si es una ficción o una realidad), sino principalmente en torno a consideraciones político-criminales y dogmáticas. Es más, se podría decir, que la persona jurídica considerada como derecho ficticio no tendría responsabilidad penal de manera directa, pues los únicos sujetos “reales”, con voluntad psicológica son las personas naturales, y por tanto el principio *societas delinquere non potest* tiene su rasgo originario en la

teoría de la ficción de los civilistas, y dicho principio sirvió de base fundamental para el derecho penal liberal.^[4]

Así, en Alemania de la década de los setenta, el 75 por ciento de los casos más graves de delincuencia económica se realizaron a través de estos colectivos.^[5] Por eso, siguiendo a Silvina Bacigalupo ^[6] podemos decir que la criminalidad de la, o desde la empresa en la práctica se encuentran relacionadas, fundamentalmente, con cuatro grupos principales de casos, en los cuales puede ser relevante la sanción de la responsabilidad de la empresa: a) peligros contra el medio ambiente; b) peligros dentro de la empresa; c) peligros del producto y d) peligros en el ámbito del transporte.

Por otra parte, la sociología nos enseña que la agrupación crea un ambiente, un clima que facilita en incita a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos en beneficio de la agrupación. De ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales (que pueden cambiar y ser reemplazados), sino también, y, sobre todo, a la agrupación misma.

En ese sentido, hay dificultad en aquellos hechos punibles que se realizan en el marco de una actividad empresarial, principalmente en una empresa societaria, que tiene, entre sus fines, “abarcarse el mercado y dominarlo”[,] caracterizada por lograr, entre otras cosas, la mayor ganancia al menor costo posible, eliminar las competencias del ramo, adquirir el dominio comercial de los territorios abarcados por los competidores, imponer la mayor cantidad de condiciones beneficiosas para la empresa. Sin perjuicio de que en la administración pública también se pueden encontrar con las mismas o peores dificultades de atribución delictiva.^[7]

Asimismo, en otro tipo de agrupaciones sociales como partidos políticos, sindicatos, asociaciones civiles, etc., donde si bien no se han constituido con un fin de lucro no significa que no participe en el mercado, y, por ende, que estén regidas bajo las reglas de la distribución, enmarcadas dentro de una descentralización vertical de competencias, y, consecuentemente, de responsabilidades, que desde el punto de vista jurídico, tiene el efecto de que las conductas

[4] Así, por ejemplo, FEUERBACH era un enemigo resuelto de la responsabilidad de las personas jurídicas, imbuido como estaba siempre de las ideas liberales. Por ello buscó un cierto subterfugio, realmente impropio de su sabiduría, para eliminar la responsabilidad de las personas colectivas, como afirmar que la sociedad sólo existe en tanto en cuanto persigue el fin para que fue creada. Y si la sociedad se extravía de ese “telos” que la propia ley le ha impuesto, ya no es tal sociedad: habría desaparecido como tal ente jurídico (citado por JIMÉNEZ DE ASUA, Luis; “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: La Ley N 48, 1947, Pág. 1042).

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

[6] BACIGALUPO, Silvina; La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Madrid, 1998, Pág. 27.

[7] En este punto puede traerse a colación el caso de contaminación ambiental sucedido en las costas de España a través del barco petrolero “Prestige”, donde se muestra en toda su dimensión el problema de la división de trabajo y jerarquización de funciones en el sector público con incidencias en sectores privados. Los hechos fueron publicados los días 23, 24 y 25 de febrero 2003, en el Diario “El País”.

activas adecuadas a los tipos penales, son realizadas frecuentemente por los niveles más bajos de la organización que se dan dentro de cada organización, mientras que los dirigentes responsables observan inactivos como se produce el delito.

La persona jurídica tiene un efecto corporativo opuesto a las actividades particulares. Se trata de una composición, con pluralidades de personas, con un determinado fin común. En otras palabras, esos grupos de individuos, unidos por un vínculo contractual asociativo que regula sus relaciones, a quienes se le reconoce como sujetos de relaciones jurídicas, se denominan personas jurídicas. Negarse a esa realidad es negarse, en cierto modo, a un modelo que responda al desarrollo; pero también debe tenerse en claro, que, el hecho de ser una herramienta indispensable, no puede dejar de tener límites precisos.^[8]

Entonces, el Derecho penal no puede permanecer indiferente, porque esa misma persona, ahora “colectiva”, puede ser catalogada como sujeto activo de un evento delictivo, o, mejor dicho, si puede ser sujeto de imputación penal de manera directa, ya que así lo imponen las Convenciones Internacionales de las cuales el Perú es suscriptor.

La persona jurídica lleva ese nombre tan sólo porque el ordenamiento reconoce la personalidad jurídica a ciertas organizaciones estructuradas para el cumplimiento de los fines que requieren una capacidad jurídica determinada.^[9] La expresión “persona jurídica” es usada por los juristas para aludir a una construcción o elaboración conceptual para entender la conducta de los hombres desde la perspectiva de ciertas normas.

La situación se agrava –y de ahí el problema- en sistemas jurídicos tributarios o pertenecientes al sistema románico-germánico, donde reza aquel apotegma: *societas delinquere non potest*, y la persistencia en reclamar sujetos individuales para la imputación jurídico-penal. En tal sentido, ante la incesante perpetración de injustos penales realizados a partir de una organización empresarial en el tráfico jurídico de la sociedad moderna (sociedades de riesgo), se hacen disfuncionales los elementos de responsabilidad del Derecho penal clásico.

Las personas jurídicas se encuentran frente al individuo en una situación más favorable al no ser considerados aquellos como sujetos activos en el Derecho penal (por regir entre nosotros el viejo principio *societas delinquere non potest*), lo que conlleva a resultados político-criminales no deseados.

[8] En este sentido: BORDA, Guillermo J.; *La persona jurídica y el corrimiento del velo societario*, Buenos Aires, 2000, Pág. 11. CESANO, José Daniel; “La responsabilidad penal en el ámbito empresarial por contaminación ambiental a través de la actividad minera”, en: Caro Coria, Dino Carlos y Reyna Alfaro, Luis Miguel (coordinadores), *Reglas de imputación penal en la actividad minera y petrolera*, Lima, 2013, Pág. 129.

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

Si la delincuencia económica es el banco de pruebas para las teorías criminológicas, debe añadirse que también constituye el banco de pruebas para gran parte de las instituciones jurídico-penales. En efecto, será necesario reflexionar si la pena, concebida como respuesta estatal, ya sea resocializador[a] o retributivo[a], tiene algún sentido para esta clase de sujetos. En la delincuencia económica se habla de una intensa relación entre el derecho administrativo y el derecho penal, que fue, además, una de las primeras manifestaciones del derecho penal económico. También se habla del propio tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. [separar párrafo]

En fin, el propio sentido del derecho penal, frente a una delincuencia -como anota Bajo Fernández- donde el legislador, el juez y el delincuente participan del mismo nivel cultural, pertenecen a la misma clase social y comulgan en una similar ideología.^[10]

Es de destacar que el segundo Congreso organizado por la Asociación Internacional de Derecho Penal, llevado a cabo en Bucarest, en 1929 se elaboró la siguiente conclusión:

“...2) que la imposición a la persona moral de los medios de defensa social no debe excluir la eventual responsabilidad penal individual, por la misma infracción, de las personas físicas que administren o gestionan los intereses de la persona moral, o que han cometido la infracción con medios proporcionados por éstas”.

Esto es, que ya se establecía que la responsabilidad penal directa a los entes colectivos corría en sentido diferente a los integrantes jerárquicos de la misma, evitándose en todo momento, que las personas naturales, en ejercicio de su actividad económica, puedan valerse de la empresa para ocultar los hechos punibles. Empero, de la misma forma, no se reconoció ninguna alternativa de imputación individual, sólo el mensaje que se evitará la impunidad de los directivos.

Posteriormente, ante los nuevos problemas que imponía la criminalidad económica, los especialistas de todo el mundo reunidos en El Cairo, en octubre de 1984, establecieron en la Recomendación N°13 lo siguiente:

“La responsabilidad penal de las personas jurídicas está reconocida en un número creciente de países como vía apropiada para controlar la delincuencia económica y empresarial. Los países que no admiten esta clase de responsabilidad podrían considerar la posibilidad de imponer otras medidas contra tales entidades”.

[10] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, Pág. 46



Aquí está considerando que aquellos países que no admitan la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas deberían considerar viables la adopción de otras “medidas”[,] que bien pueden ser de naturaleza imputativa o de consecuencias jurídicas. [separar párrafo]

Más adelante, en el Congreso Internacional de Derecho Penal llevado a cabo en Río de Janeiro (Brasil), en 1994, se estableció:

“Cuando una persona jurídica, pública o privada, se encuentre involucrada en una actividad que plantea un serio riesgo de daño para el ambiente, debería obligarse a los directivos y a las autoridades de control de modo a prevenir la producción del daño; y deberían ser considerados penalmente responsables si se produce el daño como consecuencia de su fracaso en el adecuado cumplimiento de su responsabilidad de control”.^[11]

Las conclusiones asumidas en dicho congreso resultan mucho más específicas y de suma importancia, en un ámbito donde sólo la persona jurídica será capaz de consumir el ilícito penal: los delitos ambientales (concretamente en supuestos de contaminación ambiental).^[12] Cuando

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

[12] La Ejecutoria suprema del 19 de junio de 2018, recaído en la Casación 455-2017/PASCO establece que: “1.7. En ese sentido, de delimitación de la autoría y la participación para los delitos de contaminación del ambiente especialmente se circunscribe al ámbito de las personas jurídicas, en las que los agentes que participan en aquellas se desempeñan conforme a una función previamente estipulada de manera normativa, es decir, el rol que cada agente desenvuelve dentro de dichas empresas viene exigido por el deber asignado normativa y previamente por estas.” “1.10. De ello se deriva que la conducta penalmente sancionada de los agentes activos en el delito de contaminación ambiental únicamente puede ser viable en la medida en que el deber exigido por la norma prevista por la persona jurídica así lo ha establecido, por lo que cualquier otra conducta que extralimite o no precise dicho deber o rol deberá excluir la responsabilidad del agente”. (resaltado nuestro).

Siguiendo ese criterio jurisprudencial, se expidió la Ejecutoria suprema del 25 de febrero de 2022, recaído en la Casación N° 1113-2019/ICA, precisa lo siguiente: 5. (...) Cuando las conductas contaminantes provengan de empresas, como en el presente caso, es de rigor identificar dentro de la estructura empresarial a las personas cuyo ámbito de organización se gestó el riesgo penalmente prohibido para el medio ambiente. No se puede imputar directamente responsabilidad penal en el directivo o el gerente por ser tal, sino que es menester, según lo ya expuesto, identificar a los que les corresponde asegurar los riesgos de contaminación de los procesos productivos – esta es el lineamiento que se fijó en la Sentencia Casatoria N° 455-2017/Pasco de diecinueve de junio de dos mil dieciocho. Para imputar a los directores y gerentes se requiere establecer si existe un encargado del área ambiental, si éste cumplió con sus obligaciones de información de los estándares ambientales y si se le supervisó debidamente”. (resaltado nuestro).

Por su parte, la Corte Suprema expidió la Ejecutoria suprema del 25 de febrero de 2022, recaído en la Casación N° 736-2019/PASCO, que señala lo siguiente: 8.- (...) es necesario precisar que en las organizaciones existen roles diferenciados, esta división del trabajo solo es posible bajo supuesto de que cada miembro de la organización cumple con su rol conforme a derecho. Por tanto, la atribución a un administrador (gerente) por delitos comunes cometidos desde la empresa que gestiona no es una tarea automática, sino que también está sujeta a las reglas generales de imputación de responsabilidad penal. 9.(...) La noción de competencia esencial – no es el dato del dominio- y el círculo de deberes es concretamente asumido por un sujeto que determina la existencia o no de responsabilidad penal; son los que están sujetos en la escala jerárquica de la empresa y se identifican sus posiciones de deber, caracterizadas por la obligación de mantener libre de determinados riesgos el ámbito en cuestión (posición de garante), quienes deben responder penalmente, siempre –claro está- dentro de las exigencias de riesgo permitido. Es posible, asimismo, que al directivo o gerente se le pueda hacer responsable de los delitos de sus subordinados si no los evita pudiendo hacerlo, dado que se halla en posición de garante. En esta línea de razonamiento, queda claro que no es posible que se impute el hecho –entiéndase por el resultado- o que se extienda la responsabilidad penal para quienes no tienen ninguna competencia. Sostener lo contrario es validar la responsabilidad objetiva. De este modo, para determinar quiénes son los verdaderos autores, aunque no realicen directamente las acciones ejecutivas constitutivas del delito, es necesario desarrollar los siguientes aspectos: i) El esquema de imputación como delito de infracción de deber. ii) La aplicación del art. 314-A del Código Penal, en concordancia con los artículos 23 y 27 del mismo cuerpo normativo. iii) La imputación necesaria. iv) Presencia de mecanismos de descarga como prohibición de regreso y el principio de confianza. v) El rol que desempeña el agente dentro de la empresa, así como la supervisión respecto a las actividades que desempeña. (resaltado es nuestro)

se dice que debería obligarse a los directivos y a las autoridades de control de modo a prevenir la producción del daño, la clave está en descifrar la frase siguiente: "...debería obligarse...", lo cual debe plantearse con sumo cuidado.

Asimismo, en las recomendaciones del 20 de octubre de 1998, el Comité de Ministerios de los Estados Miembros del Consejo de Europa propuso "La aplicación de la responsabilidad y de sanciones penales a las empresas, cuando la naturaleza de la infracción, la gravedad de la culpabilidad de la empresa, la consecuencia para la sociedad y la necesidad de prevenir otras infracciones así lo exijan".

Fueron los Romanos quienes primero se ocuparon del tema de los entes colectivos, y está demostrado que ya entonces existían poderosas sociedades, como "sociedades capitalistas de publicanos" (societatis publicanorum), a las cuales el Estado arrendaba la recaudación de los impuestos en los tiempos de la República. Entre ellos regían el *societas*.^[13] Es decir, desde entonces, la cuestión de la punibilidad a los entes colectivos estaba negada, y todo ello repercutió en la elaboración de la sistemática del hecho punible, -desde su aparición en el Derecho alemán como causalismo-positivista-, donde la cuestión radica en la dificultad que se presenta para aplicar a los entes colectivos un sistema de imputación pensado y estructurado para imputar a personas naturales.^[14]

Antes bien, la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe ser ubicada en el terreno del Derecho penal de la empresa, pues el común denominador tiene su origen en la actuación de un sujeto individual para una empresa^[15] y este Derecho penal de la empresa pertenece a su vez a un universo mucho más grande cual es el Derecho penal económico. Frente a este panorama de los entes colectivos en ámbito penal generalmente se superponen tres planos que tendrá que separarse para su análisis:^[16] así de un lado el Derecho positivo para indagar sobre la existencia de las sanciones jurídicas.

[13] SERRANO MAILLO, Alfonso; "Las personas jurídicas frente al Derecho penal español", en: DP, 1991-A, Pág. 130. VIRGOLINI, Julio E. S.; *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Buenos Aires, 2004, Pág. 131 expresa a pie de página: "La historia del derecho, y especialmente la historia política y social del derecho, exhibe abundantes ejemplos de universalidades que, sobre la base de una pluralidad, fueron reconocidas como una unidad jurídica y a los que se le reconocieron derechos y obligaciones: las ciudades, las centurias, los gremios, las iglesias y la Iglesia Católica y, finalmente la Corona, son ejemplos de una paulatina evolución del derecho hacia el reconocimiento de la realidad de estos entes titulares de derechos, que no se identifican con las personas ni con las voluntades de sus miembros y que además lo, pueden morir. MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, Pág. 170 sostiene que la responsabilidad penal de las personas jurídicas "...en la Edad Media y Moderna se admitió. Bartolo de Sasoferrato (s. XIV) trasladó al Derecho penal la teoría de la ficción, construyendo sobre esta base una fingida capacidad delictiva de las personas jurídicas. Dicha opinión se mantuvo hasta el siglo XVIII".

[14] FELLINI, Zulita; "Problemas de imputación en el ámbito de las personas jurídicas", en: *Revista de Derecho Penal*, 2000, Buenos Aires, Pág. 582.

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

[16] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; "Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales", en: Mazuelos, Julio (Comp.), *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Lima, 1996. Pág.139. SILVINA BACIGALUPO, Jesús L.; *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción*, Cyan, Proyectos Editoriales, S.A, Madrid, 2013, p. 39. CARO CORIA, Dino C.; en: *Derecho Penal y Procesal Penal Estudios*, Gaceta Jurídica, Lima, 2019, p. 117.

De otro lado, en el plano dogmático en donde se discute si tienen capacidad penal de acuerdo a las categorías del delito, y por último el aspecto político criminal donde se cuestiona la idoneidad de la imposición de las penas u otras sanciones a los entes colectivos.

Reflexiones finales

Después de analizar brevemente los argumentos por las cuales discurre el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su vinculación con el Derecho penal económico. Ahora nos toca afirmar nuestra posición en torno a esta cuestión. En consecuencia, me inclino por el argumento a favor de la irresponsabilidad penal de las empresas – o la sociedades- reconociéndose sólo para las personas físicas o individuales.

Esta opinión está basada en la orientación de la Escuela de Frankfurt de que el Derecho penal, por naturaleza, está dirigido al individuo desde principios del siglo XIX –influencia de la filosofía kantiana debido a la recepción del *societas*-. Aceptar la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas sería modificar radicalmente las proposiciones básicas sobre la que descansa desde algún tiempo la sistemática jurídico-penal euro-continental, como ya cierto sector de doctrina lo ha pregonado. En tal virtud, si partimos del criterio antropocéntrico y jurídico-constitucional del respeto de la dignidad de la persona humana es innegable que la sanción penal a los entes colectivos quede descartada desde el principio. Además, porque los entes colectivos no pueden ser motivados por las normas jurídico-penales y la imposibilidad de comportarse de manera distinta.

Si consideramos la existencia de la persona jurídica en el sentido que detrás de ella hay una realidad orgánica-biológica que la sustenta, y pueda realizar los actos correspondientes en el tráfico jurídico. Por eso se dice que existe una diferencia sustancial entre la acción de la persona concreta (el órgano o representante) y la acción de la propia persona jurídica. Sin embargo, habrá que tener cuenta que aquí no se trata de una relación para con el otro, sino antes bien de una relación en la que “el otro” está necesariamente presente.^[17] Desde este punto de vista no se podría afirmar que el ente colectivo delinque por medio de sus miembros, sino que sus miembros u órganos delinquen por medio del ente que han constituido. El ente es instrumento de sus miembros.^[18]

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

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



Existe una pérdida de racionalidad del sistema penal ya que el contenido de las categorías fundamentales del derecho penal no queda igual cuando se quiere comprender penalmente a las agrupaciones delictuosas. En consecuencia, caben dos posibilidades, que puede admitir soluciones paralelas: a) bien crear un Derecho penal específico para las personas jurídicas o b) bien reformular el arsenal dogmático de las categorías de la responsabilidad individual. Ahora bien, en cualquiera de las opciones no está en discusión si los instrumentos dogmáticos penales diseñados para sancionar a las personas naturales necesitan una reestructuración, que de hecho la necesitan, sino que la discusión estará básicamente centrada si es que dicha reestructuración implicará una renuncia a principios básicos y democráticos del Derecho penal del Estado de Derecho. Sin embargo, si por el momento no se logra inclinar la balanza hacia alguna posibilidad de sanción penal directa al ente colectivo, no queda otro camino que buscar las vías imputación individual que ofrece cada normatividad penal ante los problemas que ofrece la delincuencia compleja.

En tal sentido, las personas jurídicas en el terreno penal euro-continental (al menos de España y Alemania) del cual somos tributarios, no tienen responsabilidad penal directa, sino sólo los órganos de administración y directivo que actúan por ella, por eso optamos por la búsqueda de vías de imputación individual que ofrece la dogmática jurídico-penal. Las alternativas de corte individual tienen que estar precedidas, a mi juicio, de aquellas personas o miembros que conforman el ente colectivo. Una vez ubicados dichos miembros, en cuanto al sistema de imputación penal propiamente dicho, puede dividirse en dos partes: por un lado, la utilización de los instrumentos dogmáticos que llamaremos “clásicos” como por ejemplo: la teoría de la autoría y participación, el sistema de la culpa, entre otros; y por otro lado, a aquellos instrumentos dogmáticos que llamaremos “específicos” que son donde la doctrina y la jurisprudencia –ahora ya en el marco del derecho penal económico y empresarial- se han ocupado principalmente para atribuir y sancionar a la criminalidad económica.

Así, pueden ubicarse en este punto, el instituto del “actuar en nombre de otro” (art. 27 CP peruano) a nivel imputativo y las “consecuencias accesorias” en el ámbito de las consecuencias jurídicas derivadas del hecho punible. Estos institutos muy ligados concretamente al problema de la criminalidad de empresa, son muestras palpables, una vez más, de la irresponsabilidad de dichos entes colectivos,^[19] de manera tal que las personas jurídicas no ingresan al ámbito penal de manera “directa” o “principal” para su sancionabilidad sino de una forma “accesoria”, “subsidiaria” (recuérdese el art. 104º y 105º del CP peruano que afectan básicamente al patrimonio social; permite hablar de medidas administrativas impuestas por un órgano penal) en la medida en que pueda haber una persona física previamente responsable ubicada en el seno de una empresa.

[19] Salvo aquellas posturas que observan en las “consecuencias accesorias” aplicables a las personas jurídica verdaderas “penas” y no medidas autónomas al estilo de una “tercera vía”.

Es decir, que la irresponsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito jurídico-penal, no implica necesariamente que las mismas no estén sujetas a medidas preventivas y a las responsabilidades civiles. Podemos optar también por instrumentalizar la autoría mediata (en el Código argentino está en el art. 45° y en el Perú, en el art. 23), esto es, los órganos directivos pueden acceder al concepto de “hombree de atrás” pero en su versión de dominar, no la voluntad del subordinado “hombre de adelante”, sino un aparato organizado de poder -una organización empresarial o de administración pública-.

Asimismo, puede admitirse que los órganos directivos tienen posición de garante frente a los bienes jurídicos tutelados -la mayoría de veces son colectivos- donde estos realizan su función económica y social. Habrá que hacer un hincapié en este sentido, pues una cosa es que dichas personas ostenten un status personal de evitación de resultados típicos y otra cosa, es que a partir de allí se comience toda una construcción de responsabilidad penal a través de la omisión impropia o comisión por omisión.

Sin embargo, es cierto que actualmente un sistema penal que niegue la capacidad penal a los entes colectivos, el nivel de efectividad sancionatoria se reduce ostensiblemente ya que implicaría una impunidad a los auténticos responsables que actuaron a favor de la persona jurídica. Por tal motivo, la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas no significa que sobre los cimientos del tradicional edificio de la *societas* generalmente ceñido a consideraciones legales y dogmáticas, debe quedar perennizada en el tiempo y que no pueda ser sometido a una inmediata revisión^[20] y porque no a una ulterior derogación si existe una seria y responsable decisión política, legislativa y científica al respecto. Así como se han construido otros modelos en la cual se pueden explicar la reacción penal, esto es uno exclusivo para imputables, de inimputables adultos, de menores, no existiría razón que impida la creación de un modelo punitivo aplicable a las personas jurídicas, más aún cuando cada día las crecientes necesidades de orden político criminal que tienen su base empírica (perjuicios irreparables, las dificultades probatorias, la aptitud criminal del grupo, etc.) así lo exigen.^[21]

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

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



En efecto, creo que, a partir de los ejemplos demostrativos de algunos países, que desde sus orígenes se consideraron –y se consideran– romano-germánico y de corte euro-continental, hoy resulta inevitable recepcionar en países latinoamericanos la responsabilidad penal en forma directa de la persona jurídica. La preocupación, entonces, ya no pasa porque si estos entes colectivos necesitan ser sancionados penalmente (¿necesitan ser sancionados por el derecho penal?). Evidentemente que sí. Ahora la discusión debe centrarse en saber ¿cómo y en qué medida lo hacemos?. A nivel doctrinario ya puede verse algunos intentos loables que apunta a esta dirección: la “culpabilidad de organización” o por defecto de organización que es asimilable estructuralmente a la actio libera in causa (Tiedemann); las “acciones de la agrupación”, donde la persona jurídica actúa externamente por medio de la persona humana, o sea, a través de sus órganos (Hirsch); aquella que califica de “psique” y “cuerpo” de la persona humana con “estatutos” y “órganos” de la persona jurídica (Jakobs); o la que postula por la conformación de un “tipo asociado” (Marxen); la “coautoría” de la persona jurídica (Muñoz Conde); que la persona jurídica tiene “acción institucional” (Baigún); entre otros.

También a nivel legislativo se ha avanzado, creándose en algunos países del derecho euro-continental como hemos visto una responsabilidad penal directa de las personas jurídicas al estilo anglosajón; y en aquellos países donde todavía se conserva el principio *societas delinquere non potest* se ha creado positivamente una responsabilidad “penal” accesoria según el modelo español denominado “consecuencias accesorias”. Pero, aunque la tendencia apunta claramente hacia la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, no parece que se haya alcanzado todavía un consenso suficiente al respecto.^[22] Por ejemplo, el trasplante de conceptos de la responsabilidad civil (o societario) a la responsabilidad penal habrá que rechazarlo. Así, en el derecho de sociedades lo que interesa son las competencias abstractas, independientes del hecho, para en base a ello establecer una responsabilidad civil, inclusive, en una responsabilidad objetiva como puede ser la pretensión indemnizatoria. En cambio, en el derecho penal hay que aplicar criterios referidos al hecho y a la situación de acción mirando la culpabilidad individual del agente.

En todo caso lo ideal sería crear un sistema de imputación penal de corte dogmático paralelo al sistema de imputación para las personas físicas. Es decir, parece que no resulta suficiente la creación solamente de un catálogo de penas teniendo como destinatarios directamente a las personas jurídicas. Decir que éste “gran” imputado o “gran” condenado, el castigo debe satisfacer la necesidad de una penalidad mayor cuando menor se asienta la eficacia de la pena respecto a las personas físicas, es resolver parcialmente el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Eso sería una respuesta “político-criminal eficaz” (como la propiciada por las

[22] SILVA SANCHEZ, Jesús-María; “Política criminal y técnica legislativa en materia de delitos contra el medio ambiente”, en: CDJP, 4-5, 1997, Pág. 143.



corrientes positivista criminológicas de corte organicista, defensa de la ecología, desarrollo del derecho económico, represión contra el crimen organizado: narcotráfico, lavado de dinero, mafia, corrupción pública^[23]) sin atender previamente a la herramienta que posibilita la aplicación de las leyes manera certera y coherente: la dogmática jurídico-penal. Solo hemos creado penas y consecuencias jurídicas y no programas de imputación para imponer esas consecuencias jurídicas.

Este camino de responsabilidad representa un “atajo” para salvar situaciones impunes ante la parquedad e insuficiencia de categorías dogmáticas para las propias personas jurídicas. Hace falta, en la medida de lo posible, una teoría general del delito para las propias personas jurídicas. Una vez hecho esto, es preciso establecer, entre otras cosas, si una persona jurídica puede ser imputado de todos los delitos o solo de algunos. La tendencia es presentada preferentemente en relación a los delitos económicos o al menos de contenido patrimonial, pero nada impide que actos realizados en beneficio de una sociedad, lesionen o pongan en peligro otros bienes jurídicos, como sucede por ejemplo con empresas productoras de alimentos, laboratorios, o inclusive entidades que se dedican a la industria de la construcción.^[24]

La opción político-criminal –que no es del todo negativo- prevé que en la comisión de delitos económicos resulta más eficaz si la respuesta “punitiva” se dirige tanto a la persona física como a la persona jurídica, evitando el inconveniente de condicionar la imposición de la pena a la persona jurídica, a la previa averiguación y sanción de la persona física autora del delito, lo que, en muchas ocasiones, por la complejidad de división de tareas, no se puede individualizar realmente. En otras palabras, de lo que se trata es de crear –ya no sólo político-criminal sino dogmáticamente- que el comportamiento de los entes colectivos, con todas sus peculiaridades que presenta, sea subsumible directamente bajo las prescripciones de la Parte Especial de los Códigos penales, sin intermediarios y sin que la necesidad de imputación individual constituya un estorbo. En suma, todo dependerá también del concepto de responsabilidad penal (y del sujeto) que se esté manejando para acceder a tal pretensión. Quizá un normativista puro no tendría mayores problemas técnicos para imputar la responsabilidad penal a una persona jurídica que de repente lo tendría un finalista clásico.

El legislador de los países que ya tienen responsabilidad directa de las personas jurídicas –ante la retórica de los juristas- no se complicó y optó por el camino que hacen la mayoría de legisladores cuando quieren solucionar un conflicto social a través del derecho penal: “creando y agravando penas”. En suma, la gran pregunta que debemos hacernos es si ¿En aquellos países de base románico-germánico el principio de *societas delinquere non potest* entraña un reconocimiento ontológico o legal? La tendencia en el mundo va indicando que el

[23] Véase: ZAFFARONI /ALAGIA / SLOKAR, 2000, Pág. 408.

[24] RIGHI, Esteban; *Antecedentes, evolución y perspectivas del Derecho penal económico latinoamericano*, Tesis Doctoral, Universidad de Buenos Aires, 1990, Pág. 294.

mantenimiento del principio *societas delinquere non potest* no entraña un reconocimiento ontológico, sino simplemente de un valor político legislativo, que puede variar a las necesidades político-criminales imperantes, y puede variar o no también, de acuerdo a la concepción que el jurista tenga en relación a la teoría general del delito.

Por ejemplo, Zaffaroni/Alagia/Slokar entienden que para "...cualquier teoría de la acción cuya construcción no respete límites ónticos, la cuestión acerca de la posibilidad de ejercicio de poder punitivo sobre personas jurídicas es materia de pura decisión legal"^[25] lo cual debe ser –a juicio de los autores- rechazada. Sin embargo, en tiempos modernos resulta ser una realidad que el sistema finalismo (o injusto penal) está siendo superado. Se demuestra actualmente que el legislador no siempre puede verse vinculado a aquellas categorías ontológicas, como estructuras lógicas-objetivas que hablaba Hans Welzel en el siglo pasado. Que los conceptos de acción y de culpabilidad pueden verse normativizados en alguna medida. Un concepto jurídico-funcional no puede decir que el dolo, como conocimiento y voluntad, es un concepto netamente psicológico de la persona natural.

Existe un supuesto fáctico que hay que controlar: que las personas jurídicas dejen de servir como instrumento para eludir responsabilidades penales, o dicho de otro modo, que los comportamientos típicos penalmente no queden impunes al amparo de la estructura de la persona jurídica. Pero tampoco se trata como anota García Arán que "...el avance del Derecho Penal en su adecuación a los nuevos sujetos colectivos no puede convertirse en un retroceso para los conceptos propios de la responsabilidad penal individual, que no debería admitir matizaciones ni readecuaciones de sus tradicionales límites subjetivos y garantizadores, ante el embate de los argumentos de la eficacia"^[26]

Habrá que advertir sobre las influencias recíprocas que realiza el Derecho penal y el Derecho administrativo. Por ejemplo, éste último se esfuerza por incorporar criterios subjetivistas en la imposición de sus sanciones, superando así su tradicional criterio objetivo, importando los principios y garantías del Derecho penal, especialmente el principio de culpabilidad y reformulándolo para la responsabilidad administrativa. Por el contrario, el derecho penal en la responsabilidad de las personas jurídicas se esfuerza por quitarse el manto subjetivista y optan definitivamente un programa de imputación de corte objetivo, más ligada al derecho civil-derecho administrativo tradicional. La pregunta que surge aquí es la siguiente: ¿Esta nueva forma de responsabilidad directa de las personas jurídicas es realmente una responsabilidad penal, o de Derecho penal solamente tiene la sanción penal?

[25] ZAFFARONI /ALAGIA /SLOKAR, 2000, Pág. 407.

[26] GARCÍA ARÁN; "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", cit., Pág.56.



En concreto: el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas, al parecer, ha ido deslizándose desde una responsabilidad exclusivamente del derecho administrativo y del derecho civil hacia una responsabilidad “intermedia” dominado bajo las reglas de derecho administrativo-sancionador, que en la práctica es más parecido a un derecho represivo propio del derecho penal. Actualmente se intenta sostener –argumentativa y legislativamente– una responsabilidad netamente del derecho penal de las personas jurídicas. A mi entender el problema está en desentrañar si es verdaderamente una responsabilidad jurídico-penal lo que se aplica a las personas jurídicas, o es simplemente una extensión más de la responsabilidad administrativa-sancionadora con influencia casi directa del derecho civil y por tanto objetiva.

Por otro lado, tiene razón Silvina Bacigalupo cuando sostiene que la problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es en realidad un problema de la idea del sujeto que se tenga para el derecho penal. Entonces, debe tenerse en consideración que la idea del sujeto del derecho penal ha evolucionado en forma paralela a los cambios de fundamentación de las categorías de la teoría del delito.^[27] Así, por ejemplo, el sujeto del derecho penal para los hegelianos era un sujeto individual éticamente responsable.

En cambio, para la dogmática de la prevención especial de von Liszt, el sujeto de derecho penal ya no es una característica la responsabilidad ética solamente sino también el autor no responsable (pero peligroso). Jakobs también ha advertido que la teoría de la acción es, en verdad, una teoría del sujeto del derecho penal en sentido diferente a la teoría de la acción causal y final. En suma, - dice la autora antes citada- “el sujeto no es una cuestión obvia, sino que requiere una determinación conceptual que depende del punto de vista hermenéutico y prejurídico sin el cual no es posible ninguna construcción dogmática. Por lo tanto, el concepto de sujeto es una construcción hermenéutica que aparece como un preconcepto de toda elaboración dogmático-jurídica”.^[28]

Roxin afirma que “...en el futuro las sanciones a los entes colectivos jurarán un gran papel. Pues las formas sociales dañosas de la criminalidad económica, y también ambiental, tienen su origen en las empresas grandes y poderosas”.^[29] Por ello, si bien en el Perú no se reconoce estrictamente la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, por ejemplo, sólo se procesa judicialmente a los “empresarios” de televisión y no a la “empresa” de televisión; ello no obsta a que se pase por alto a aquellas entidades colectivas que sirvieron de medio para la comisión de delitos.

[27] BACIGALUPO, Silvina; “¿Crisis de la filosofía del sujeto individual? –Un problema sobre el sujeto del derecho penal–”, en: *El derecho penal español de fin de siglo y el derecho penal latinoamericano. Homenaje a Enrique Bacigalupo*, 1999, Pág. 47.

[28] BACIGALUPO, Silvina; “¿Crisis de la filosofía del sujeto individual? –Un problema sobre el sujeto del derecho penal–”, cit., Pág. 47.

[29] ROXIN, Claus; “El desarrollo del Derecho penal en el siguiente siglo”, traducción de Manuel Abanto Vásquez en: *Dogmática penal y política criminal*, Lima, 1998, Pág. 462.

Al menos en este extremo, debemos reflexionar críticamente. Aunque como dice San Martín Castro tiene que tenerse por superada, por lo menos en principio, toda oposición radical a una respuesta penal contra las propias personas jurídicas.^[30] Por eso en países que ya admiten la plena responsabilidad penal de las personas jurídicas pueden ayudarnos luego a encontrar las bases de este nuevo edificio dogmático que, ciertamente no será el mismo que aquél de la dogmática penal de la persona física, pero que será necesariamente construido de forma paralela a la persona jurídica.

Finalmente, las cuestiones hoy de urgente respuesta, siguiendo a Bajo Fernández^[31] son: 1) Si la responsabilidad (penal) de las personas jurídicas debe ser directa –lo que algunas legislaciones niegan- o derivadas de la que se imponga a las personas físicas. 2) Para el caso en que la responsabilidad de las personas jurídicas sea derivada, secundaria o subsidiaria de la de su órgano, qué clase de vinculación debe darse entre la persona física que comete el hecho y la persona jurídica. Habrá que examinar si la vinculación descrita en Alemania, España y Portugal en la regulación de la “actuación en nombre de otro” es suficiente. 3) Si la sanción a la persona jurídica es compatible –como ocurre en Derecho francés: art. 121.2 Cód. Penal- o no con la impuesta a su órgano de dirección. 4) Cómo ha de conciliarse la responsabilidad de las personas jurídicas con los principios de culpabilidad y personalidad de las penas. 5) Las respuestas a diversas cuestiones político-criminales.



James Reátegui Sánchez
Asociado Ejecutivo
Área Penal

[30] SAN MARTÍN CASTRO, César; “Delito socio-económico y proceso penal: el derecho procesal penal económico”, en: *Advocatus*, N 4, 2001, Pág. 290

[31] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; “Hacia un nuevo Derecho penal: el de las personas jurídicas”, en *CD y JP*, N.9, 1999, Pág. 122.

LA VALIDEZ LEGAL DE LOS ACUERDOS ‘CERRADOS’ POR MEDIOS DIGITALES: EL CASO DE WHATSAPP

Por Solange Adrianzen Borja

En la actualidad, las decisiones comerciales se pueden ‘cerrar’ en un instante. Toda vez que los negocios valoran mucho la rapidez, la toma de acuerdos que antes exigían reuniones presenciales, ahora están al alcance de un click o del envío de un WhatsApp. Pero, desde el punto de vista legal, ¿qué ocurre si la otra parte incumple y niega la existencia de dicho acuerdo?

El artículo 141 del Código Civil establece que la manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. En el primer caso, esta puede manifestarse a través de medios digitales o electrónicos. Esta idea se ve reforzada por el artículo 141-A, el cual señala que, incluso si la ley exige una formalidad expresa, esta puede generarse o comunicarse a partir de medios electrónicos.

Entonces, a nivel teórico, resulta posible afirmar que un “ok”, un emoji de pulgar hacia arriba o el audio de un cliente confirmando el pedido, son manifestaciones de voluntad válidas.

Sin embargo, el reto a nivel práctico lo hallamos desde el punto de vista procesal: Si nos encontramos en medio de un juicio, ¿cómo probamos ante un juez que hubo manifestación de voluntad válida en caso nos corresponda demandar el cobro de una deuda o el cumplimiento de un acuerdo?

Ofrecer las conversaciones de WhatsApp mediante screenshots no resulta suficiente. En tiempos de manipulación de información con herramientas de Inteligencia Artificial resulta muy sencillo alterar conversaciones. En la práctica judicial peruana, este medio de prueba puede ser fácilmente tachado por la contraparte. Para que estas comunicaciones electrónicas sean pruebas blindadas en un proceso judicial, los jueces exigen garantizar su autenticidad. Esto se puede lograr, por ejemplo, mediante una constatación notarial.



Frente a esta situación, resulta indispensable enfatizar el valor de la prevención para aquellos empresarios que optan por cerrar acuerdos a través de herramientas digitales. No es necesario que dejen de usar herramientas como WhatsApp para agilizar negocios, pero es posible aplicar salvavidas tales como (i) enviar correos electrónicos a tu cliente resumiendo lo acordado, o (ii) asegurarse de que en sus contratos exista una cláusula en la que ambas partes declaren vías oficiales y vinculantes para todas las comunicaciones de la relación comercial.

Los negocios modernos requieren rapidez, pero esto no debe significar descuidar la prevención que toda relación comercial debe tener. Esto les ahorrará años posteriores de litigio.



Solange Adrianzen Borja
Resolución de Disputas



