

## LA PERSONA JURÍDICA, en el nuevo proceso penal

Julio César Espinoza Goyena\*  
Abogado

### 1. Problemática

La conclusión a la que arribó la profesora Laura Zúñiga el año 2003 al abordar el tema relativo a las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas fue que existe necesidad de la construcción de criterios de imputación y de un procedimiento para la imposición de sanciones a personas jurídicas<sup>1</sup>. Es siguiendo esa línea de análisis que formulamos algunas reflexiones orientadas a desarrollar el aspecto procesal de aquello que en dogmática penal sustantiva se viene discutiendo bastante: la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Efectivamente, como ya lo advirtió Gimeno Sendra<sup>2</sup>, el interés con que en dogmática penal se viene estudiando este tema contrasta con la apatía con la que dicha cuestión ha sido tratada en la doctrina procesalista, pues son más bien escasos y fragmentarios los trabajos al respecto, máxime en lo que a la posición de sujetos pasivos de las personas jurídicas en el proceso penal se refiere. En ese mismo sentido escribió Feijóo Sánchez<sup>3</sup> señalando que lo importante de estas reflexiones es llegar a la conclusión de que hace falta desarrollar cuanto antes un derecho procesal penal pensado para los procedimientos de los que se pueden derivar consecuencias distintas a las civiles para las personas jurídicas.

En ese contexto, debe tenerse en cuenta que, si el debate penal sustantivo gira en torno a la crisis del principio *societas delinquere non potest* y las formas en que debe sancionarse la criminalidad gestada al interior de las personas jurídicas, la discusión en materia procesal comprende también diversos tópicos aún no estudiados con detenimiento, por ejemplo, el relativo a si el proceso penal debería de ser unitario para la persona física y la persona jurídica o, si más bien, tendrían que separarse<sup>4</sup>. Ciertamente,

---

\* Publicado en El nuevo proceso penal, estudios fundamentales, Palestra, Lima, junio 2005.

<sup>1</sup> Zúñiga Rodríguez, Laura. Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del artículo 105° del C.P.: Principales problemas de aplicación. Aspectos fundamentales de la parte general del Código Penal Peruano, Anuario de Derecho Penal, Lima, 2003.

<sup>2</sup> Gimeno Sendra, Vicente en el prólogo de Echarri Casi, Fermín, Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: Las consecuencias accesorias, Aranzadi, Navarra, pg.21

<sup>3</sup> Feijóo Sánchez, Bernardo, en: La responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿un medio eficaz de protección del medio ambiente? En: Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 9, Lima, pg. 287.

<sup>4</sup> Sobre este tema, Dannecker, GA 2001, citado por Silva Sánchez, Jesús-María; La responsabilidad de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal, en: Derecho penal económico, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pg.358.

como lo indica Echarri Casi<sup>5</sup>, no es que el proceso penal adapte sus arcaicas estructuras para permitir el enjuiciamiento de las grandes sociedades, de los grupos multinacionales y de las nuevas formas empresariales en una economía globalizada, sino que debe crear procedimientos de nuevo cuño que se adapten a las necesidades sociales y económicas del momento actual, evitando su dispersión normativa en multitud de leyes sectoriales.

En ese orden de ideas, más que un simple ejercicio teórico, pretendemos resolver algunas interrogantes de suma actualidad y aplicación práctica, vinculadas a establecer cuáles son los principios y límites de la potestad punitiva (en su manifestación procesal) en contra de la persona jurídica, cuáles son sus derechos cuando se encuentra sujeta a proceso penal. Asimismo, estudiaremos cuáles son las reglas del procedimiento y presupuestos que gobiernan una participación válida de los entes colectivos como sujetos pasivos de una medida cautelar o de una consecuencia accesoria.

Que mejor oportunidad para intentar solventar estas interrogantes que la que nos brinda el nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957)<sup>6</sup> al introducir a nuestro ordenamiento positivo importantes reglas para la incorporación de la persona jurídica al proceso penal (arts. 90° y ss) así como para la imposición, en contra de ella, de las denominadas medidas preventivas relacionadas con la imposición de las consecuencias accesorias del delito (arts. 313° y ss).

## **2. Antecedentes**

### **2.1. El derecho comparado**

Hemos revisado atentamente la mayoría de los códigos de procedimiento penal de Latinoamérica (Argentina, Chile, Bolivia, Ecuador, Colombia, Costa Rica, Venezuela, Guatemala, el Salvador)<sup>7</sup> y debemos afirmar que sólo el C.P.P. nacional de 2004 es el que ha regulado sistemáticamente esta materia<sup>8</sup>. En doctrina latinoamericana algo se ha tratado el tema pero sin mayor desarrollo, siendo pertinente citar al profesor Baigún quien nos recuerda que ya en uno de los proyectos discutidos en el parlamento argentino con ocasión de la Ley 12.906 (Ley de represión de la especulación y monopolio, sancionada en diciembre de 1946 y derogada en 1980) se reconoció a la persona jurídica el carácter de parte en el proceso y

---

<sup>5</sup> Echarri Casi, Fermín, Op Cit. pg. 24

<sup>6</sup> Que según lo dispuesto en su primera Disposición Final entrará en vigencia de manera progresiva el primero de febrero de 2006.

<sup>7</sup> Incluyendo el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1989 así como el Anteproyecto de Código Procesal Penal de la Nación Argentina de 2004, el mismo que se encuentra en etapa de debate parlamentario.

<sup>8</sup> Tampoco existe referencia alguna en los proyectos peruanos anteriores de Código Procesal Penal de 1997, 1995, 1991.

se estructuró la fórmula de representación<sup>9</sup>. En esa misma línea, se encuentra el trabajo de Esteban Righi<sup>10</sup> quien desde la perspectiva regional hace un estudio del tema abordando inclusive algunos tópicos procesales. Dicho autor sostiene que será necesario realizar algunos ajustes en materia procesal penal, pues dado que la acusada es una persona jurídica, ella es la que tiene legitimación pasiva, la que debe ser instrumentada a través de la persona física que sea un órgano natural de representación. Naturalmente, señala Righi, en ese sistema de enjuiciamiento no puede haber prisión preventiva, pero no se advierte impedimento para que el órgano jurisdiccional ordene medidas cautelares que no supongan restricción de la libertad, como las de naturaleza patrimonial.

Siendo estos antecedentes bastante genéricos, no queda duda alguna que es el derecho europeo de las dos últimas décadas el que ha servido de fuente al legislador nacional para incorporar reglas de procedimiento así como medidas cautelares contra las personas jurídicas. Ello se explica debido a que en el ámbito del derecho penal sustantivo ha existido una creciente tendencia por regular mecanismos de respuesta punitiva contra las personas jurídicas<sup>11</sup>. En ese sentido, téngase presente la Recomendación N° R (88) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa<sup>12</sup> que había considerado precisamente la dificultad existente en las tradiciones jurídicas de muchos Estados europeos para hacer penalmente responsables a las empresas dotadas de personalidad jurídica, expresando el deseo de superar tal dificultad a fin de hacer responsables a las empresas como tales. Asimismo téngase presente el proyecto de *Corpus Juris*<sup>13</sup> de disposiciones penales y procesales<sup>14</sup> únicas para protección de

---

<sup>9</sup> Baigún, David, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación argentina, en: Libro homenaje al profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Buenos Aires, 2002, pg. 199.

<sup>10</sup> Righi, Esteban, Los delitos económicos, Ad hoc, Buenos Aires, 2000.

<sup>11</sup> En Europa, el Código Penal holandés fue el primero en introducir la responsabilidad de las personas jurídicas en 1976, en Portugal se hizo en 1983, en Noruega en 1992, en Francia el Código Penal que entró en vigor el 01 de marzo de 1994 regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas, luego, en 1995 siguió Finlandia y el último país europeo que sigue esta tendencia es Italia mediante el Decreto Legislativo 231/2001, de 8 de junio, regulador de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, de las sociedades y de las asociaciones incluso privadas de personalidad jurídica, conforme al artículo 11° de la Ley 300/2000, de 29 de setiembre. Sobre este punto ver: De Vicente Martínez, Rosario, Persona jurídica y consecuencias accesorias, en: Derecho y proceso penal, Aranzadi, Madrid, 2002.

<sup>12</sup> Adoptada el 20 de octubre de 1988.

<sup>13</sup> El *Corpus Juris* de la Unión Europea fue elaborado por una comisión de expertos a petición del Parlamento Europeo dentro del denominado proyecto "espacio judicial europeo", tiene la finalidad de introducir desde el derecho comunitario disposiciones penales y procesales para la mejor protección del presupuesto comunitario. Dicho grupo de expertos estuvo integrado por los profesores E. Bacigalupo (Madrid), M. Delmas-Marty (París), G. Grasso (Catania), N. Jareborg (Upsala), K. Tiedeman (Freiburg) y Ch. Van den Wyngaert (Ambers). El texto íntegro del *Corpus Juris* ha sido publicado como *addenda* en una traducción de la versión italiana a cargo de Nicolás García Rivas en: Revista Penal, N°03, Praxis, en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla de la Mancha, Barcelona, 2000.

<sup>14</sup> Sobre los aspectos procesales del *Corpus Juris*, véase también Jaén Vallejo, Manuel, Justicia penal contemporánea, Portocarrero, Lima, 2002, pg. 161 y ss. Entre las reglas de proceso penal únicas para la Unión Europea es de destacar las siguientes: 1. La composición del Ministerio Fiscal Europeo como responsable de la investigación, elevación a juicio oral y la ejecución de las sentencias, 2. Las reglas para el ejercicio y extinción de la acción penal, 3. Las de competencia que considera que las sentencias dictadas por la jurisdicción de cualquier

los intereses financieros de la Unión Europea. Ello ha llevado a decir a Silva Sánchez que la progresiva introducción de cláusulas más o menos explícitas de atribución de responsabilidad penal (o *cuasi* penal) a las personas jurídicas en los ordenamientos pertenecientes a la tradición continental europea es un hecho constatado<sup>15</sup>.

En ese contexto, fuente importante para la regulación de las medidas preventivas del Código Procesal Penal peruano ha sido el Código Penal Francés de 1994 y más precisamente la Ley Complementaria (Ley N° 2001-504 de 12 de junio de 2001<sup>16</sup>). Dicho ordenamiento jurídico regula de manera sistemática las penas aplicables a las personas jurídicas, entre las que es de resaltar la disolución, la prohibición de ejercer una o varias actividades, la vigilancia judicial, la exclusión de contratación pública, prohibición de hacer llamamiento público al ahorro, prohibición de emitir cheques y la publicación de la resolución.

Es importante señalar también como antecedente relevante al tema que nos ocupa, la Ordenanza Procesal Alemana pues su artículo 444°.1 establece una serie de reglas aplicables por analogía cuando en el proceso penal se deba decidir sobre la determinación de una multa contra una persona jurídica o contra una asociación<sup>17</sup>. Entre ellas es de destacar la disposición que impone la obligación del tribunal para emplazar a su representante a participar en el proceso, pudiendo éste presentar objeciones, interrogar, ser interrogado, ser defendido por abogado, conocer de la acusación, impugnar las resoluciones y en definitiva tiene las mismas prerrogativas que le corresponden a un acusado.<sup>18</sup>

También, el Código Penal Español de 1995 que en su artículo 129° incorpora una serie de consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas estableciendo en dicho cuerpo normativo algunas pautas de procedimiento para su imposición. Así por ejemplo, señala que las consecuencias accesorias se adoptarán, en todo caso, “previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales”, debiendo entenderse en este caso que la expresión “titulares” debe referirse a los accionistas o titulares de participaciones, mientras que la de representantes legales a los órganos de la persona jurídica. Asimismo, se precisa que la aplicación de estas consecuencias tienen un carácter facultativo pues utiliza la expresión

---

Estado en relación con los delitos previstos en esta norma (por ejemplo los cometidos por personas jurídicas), serán ejecutadas en todo el territorio de la Unión; 4. Las de juicio oral; 5. Las que regulan los derechos de la Comisión Europea como parte civil y; 6. Las relativas a la exclusión de pruebas obtenidas ilícitamente.

<sup>15</sup> Silva Sánchez, Op. Cit. pg. 311.

<sup>16</sup> Una versión actualizada y traducida del Código Penal Francés así como de la Ley Complementaria puede verse en: [www.legifrance.gouv.fr/html](http://www.legifrance.gouv.fr/html)

<sup>17</sup> Artículo 444° (1) “*si en el procedimiento penal se debe decidir sobre la determinación de una multa contra una persona jurídica o una asociación, entonces el tribunal ordenará su participación en el proceso, en tanto, que concierne al acto. Se aplica por analogía el art. 431, apartado 4°, V. (2) La persona jurídica o la asociación será citada para la vista oral ; si su representante no comparece sin una causa suficiente, entonces se podrá deliberar sin él...*”; tomado de Código Penal Alemán, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000, pg. 384.

<sup>18</sup> Ver los arts. 431° al 437° de la Ordenanza Procesal Penal Alemana.

“podrá”, la misma que en doctrina española autorizada se debe entender en el sentido de que dicha aplicación será posible siempre y cuando se den los presupuestos que fundamentan las mismas, a saber: la peligrosidad objetiva de la persona jurídica o agrupación, basada en un defecto de organización que facilita la comisión de delitos<sup>19</sup>.

Sin embargo, el dato más interesante que contiene el Código Penal Español, en punto al tema que tratamos, es que el artículo 129°. 2 establece que la clausura temporal de una empresa, sus locales o establecimientos (prevista en el 129°.1.a.) así como la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación (prevista en el 129°.1.c), “*podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.*”, es decir, a título de medida cautelar.

Un dato importante es que, en cuanto a las premisas para su adopción, - como medidas cautelares- nada establece ni el Código Penal ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española. A pesar de la gravedad de estas medidas, el legislador no ha establecido un procedimiento específico para su aplicación ni se ha remitido a alguno de los vigentes. De allí que voces autorizadas en doctrina procesal española, como la de Gimeno Sendra, han llamado la atención respecto a la conveniencia de incluir en el futuro Código Procesal Penal Español una regulación exhaustiva de sus presupuestos y requisitos para su adopción, así como del procedimiento, que ha de ser respetuoso con las garantías de la Constitución<sup>20</sup>. No obstante ello, señala Moreno Catena, parece imprescindible respetar como presupuesto una apariencia de buen derecho para acordarlas, el *fumus boni juris*, es decir que aparezcan indicios suficientes de la actividad delictiva en los establecimientos o por las sociedades o empresas; asimismo, en lo que respecta al *periculum in mora*, al tratarse de medidas satisfactivas o anticipatorias será necesario que el juez pondere la incidencia de la clausura o la suspensión de actividades en orden a prevenir la actividad delictiva y los efectos de la misma<sup>21</sup>.

Finalmente, es del caso afirmar respecto a este punto que, luego de una búsqueda detenida, este vacío normativo existente en la legislación española se ve reflejado también en la escasa jurisprudencia, tanto la referida a la aplicación de las consecuencias accesorias como sanción jurídico penal, como a título de medida cautelar. A esta constatación llega también Zúñiga Rodríguez al comentar que en la base de datos de Aranzadi se dispone de sólo dos resoluciones que aplican las nuevas consecuencias accesorias<sup>22</sup>. Hemos revisado ambas y ninguna de ellas las aplica a título de medida cautelar. En esa misma línea, Silva Sánchez<sup>23</sup> cuando indica que la conclusión que resulta de estas resoluciones es la extrema dificultad de la

---

<sup>19</sup> Bacigalupo, Silvina, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Bosch, Barcelona, 1998, pg.289

<sup>20</sup> Gimeno Sendra, Vicente, en el prólogo a Echarri Casi, Op cit. pg. 21

<sup>21</sup> Moreno Catena, Víctor, Derecho procesal penal, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pg. 308

<sup>22</sup> Zúñiga Rodríguez, Laura, Op. Cit. pg. 475

<sup>23</sup> Silva Sánchez, Op. Cit. pg.358.

adopción cautelar de las consecuencias accesorias, superior todavía a la ya seria dificultad que entraña la adopción de las mismas en la sentencia<sup>24</sup>.

## 2.2. El derecho nacional

Las consecuencias accesorias se incorporaron a nuestro ordenamiento desde el año 1991 bajo la forma de sanciones a ser impuestas al final del proceso, conjuntamente con las consecuencias jurídicas “principales” del delito, esto es la pena, la medida de seguridad y la reparación civil<sup>25</sup>. Sin embargo, no fue objeto de regulación sistemática ni de discusión dogmática el problema relativo a la defensa de la persona jurídica durante el proceso sobre la que pesa la posibilidad de imponerle, al final del mismo, una consecuencia de las señaladas en el artículo 105° del C.P. por ejemplo la clausura o suspensión de actividad.

Otro de los aspectos que merece considerarse como antecedente nacional es que, salvo lo dispuesto en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente (Art. 314° del C.P.<sup>26</sup>), no fue objeto de regulación sistemática la aplicación de las consecuencias accesorias a título cautelar. Esta suerte de vacío normativo se refleja también en la doctrina nacional que, salvo el profesor San Martín Castro, nada ha dicho al respecto<sup>27</sup>.

Ese hecho explica por qué en la jurisprudencia nacional no existen precedentes conocidos respecto a la aplicación de las consecuencias accesorias ni a título de sanción ni a título de medida cautelar, en este último caso en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente. En efecto, luego de un estudio de campo realizado, Prado Saldarriaga nos da cuenta que con relación a las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas el principal problema encontrado es su falta total de aplicación por las instancias jurisdiccionales del país<sup>28</sup>.

No obstante ello, la complejidad de la persecución de delitos contra la administración pública vinculados a actos de corrupción generados por el régimen político de la década anterior, ha puesto en el tapete de la discusión este tema a través de cierta jurisprudencia nacional reciente que, pese a no ser uniforme, es del caso citarla por haber establecido algunas líneas orientadoras que son inclusive anteriores al propio C.P.P. de 2004.

---

<sup>24</sup> Sobre la escasa aplicación jurisprudencial de las consecuencias accesorias en el derecho español ver: Tamarit Sumilla, Joseph, Las consecuencias accesorias del artículo 129 del código penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir.

<sup>25</sup> Salvo una referencia parcial al comiso en su artículo 46°, el C.P. de 1924 no reguló esta materia.

<sup>26</sup> Que dispone: “...el Juez Penal ordenará, como medida cautelar, la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura definitiva o temporal del establecimiento de que se trate de conformidad con el artículo 105°, inciso 1, sin perjuicio de lo que pueda ordenar la autoridad en materia ambiental...”

<sup>27</sup> San Martín Castro, César, La tutela cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito, en: *Ius et veritas*, año XIII, 2002, N° 25, pg. 310 y ss.

<sup>28</sup> Prado Saldarriaga, Víctor, Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2003, pg. 188

En ese sentido por ejemplo la resolución de fecha 26 de febrero de 2002 que señala que *“...la persona jurídica cuyos funcionarios o dependientes hayan incurrido en delitos que la vinculen, es susceptible de ser afectada por tales medidas, al extremo incluso de ser clausurada, afectándose su desarrollo societario; sin embargo en el ordenamiento penal y procesal penal vigente, no se ha previsto la inclusión de dicha persona jurídica en el proceso. Pese a dicha falta de regulación expresa, y atendiendo al principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, contemplado en el inciso octavo del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, es del caso además cautelar el derecho de defensa de la persona jurídica que puede verse afectada con dichas medidas, así como en general su derecho al debido proceso, que comprende además su derecho a la pluralidad de instancia...y siendo ello así es pertinente que la persona jurídica sea comprendida en el proceso como parte pasiva en tanto es susceptible que pueda sufrir eventualmente dichas consecuencias accesorias, no siendo ello óbice para considerarla como Tercero Civilmente Responsable, por cuanto la naturaleza jurídica de dicha inclusión en el proceso como tal difiere de la antes citada...”* (Exp. N° 25-2001)<sup>29</sup>

Sobre esa misma cuestión pero declarando improcedente la petición para comprender a la persona jurídica como sujeto pasivo, tenemos la Resolución de fecha 25 de agosto de 2003, la misma que señala *“...que es menester tener en cuenta que la presente causa se encuentra en la etapa de instrucción, por lo que aún no se ha determinado la responsabilidad o no del presunto autor; que siendo ello así, la aplicación de los numerales invocados, esto es, los artículos ciento cuatro y ciento cinco del Código Penal, podrán ser invocados para su aplicación una vez que se haya emitido la sentencia condenatoria y a efecto de cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil del sentenciado...”*(Exp. 30-01).

Sin embargo, conocemos de una sentencia relativa al caso Utopía<sup>30</sup> que conjuntamente con la imposición de la pena y reparación civil dispone la “liquidación” de la persona jurídica de conformidad con el artículo 105.2 del Código Penal, oficiándose a Registros Públicos para la inscripción correspondiente. Por ser académicamente importante conocer este fallo nos permitimos reproducir el considerando trigésimo que señala: *“...hemos de indicar que [la persona jurídica] tiene la condición de parte pasiva en el presente proceso, en la medida que los hechos punibles que se enjuician fueron cometidos en el ejercicio de la actividad de dicha persona...En supuestos como el descrito, nuestro Código Penal ha establecido varias consecuencias accesorias que son aplicables a las personas jurídicas; siendo ello así, y sin que ello implique violentar el principio *societas delinquere non potest* resulta pertinente aplicar la consecuencia establecida en el segundo numeral de la norma indicada...”*(Exp. 493-02, de fecha 30 de abril de 2004).

---

<sup>29</sup> Jurisprudencia también citada por Zúñiga Rodríguez, Op. Cit. pg. 475

<sup>30</sup> Que a la fecha se encuentra en fase de impugnación

### 3. Incorporación de la persona jurídica como sujeto pasivo

#### 3.1. Justificación

El artículo 90° del nuevo C.P.P. dispone que las personas jurídicas, *siempre que sean pasibles de imponérseles las medidas previstas en los artículos 104° y 105° del Código Penal*, deberán ser emplazadas e incorporadas en el proceso, a instancia del Fiscal.

Esta norma, así como la contenida en el artículo 313° del mismo cuerpo normativo -que será analizada más adelante- constituye una decisión inédita del legislador nacional, pues, como ya hemos anotado antes, la legislación procesal penal latinoamericana de los últimos años ignora esta temática. La norma bajo comentario llena así un vacío y a su vez complementa las correspondientes normas sustantivas, descritas en los arts. 104° y 105° del C.P.

Asimismo, dicha norma resuelve la discusión respecto a si las sanciones a las personas jurídicas deben aplicarse en el mismo proceso o si más bien debe crearse un procedimiento distinto, más precisamente una *especialidad procedimental* que según San Martín Castro se estructura sobre la base del procedimiento común -ordinario-, al que se le introducen particularidades en algunos aspectos del procedimiento, vinculadas esencialmente a la competencia del órgano jurisdiccional, a la promoción de la acción penal, a la intensidad de las medidas limitativas de derechos; considerándose como factores principales que justifican su incorporación: la condición de la persona a enjuiciar [*en nuestro caso una persona jurídica*] y el tipo de delito<sup>31</sup>. En efecto, con esta norma queda claro que las sanciones a las personas jurídicas, así como las correspondientes medidas cautelares deberán dilucidarse en el mismo proceso penal que el seguido a la persona física. Por lo demás esta norma sigue la tendencia europea. En este sentido Feijóo Sánchez adelantó en una ponencia reciente la necesidad de que dichas medidas -las accesorias- se deben sustanciar en el mismo procedimiento seguido contra la persona física autora del delito<sup>32</sup>.

La categoría de *sujeto pasivo*, aplicable también a la persona natural (imputado), se explica por tres razones: la primera nos dice que la persona jurídica en el proceso penal común es parte pasiva en tanto contra ella recaerá, al final del proceso, una consecuencia jurídica de las establecidas en los artículos 104° y 105° del C. P. La segunda razón, que se deriva de la primera, es que contra ella es posible imponer durante el proceso una medida cautelar, más en concreto una medida preventiva de las señaladas en el catálogo que nos presenta el artículo 313° del nuevo C.P.P. de 2004. Sin embargo, hay una tercera que ya no tiene que ver con las

---

<sup>31</sup> San Martín Castro, Derecho procesal penal...pg. 1242

<sup>32</sup> Feijóo Sánchez, Bernardo, Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el derecho penal español y el derecho penal peruano, en: Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 15, Idemsa, 2004, pg. 232.

consecuencias sancionatorias o instrumentales sino más bien con el supuesto de hecho. Ciertamente, no existe capacidad de acción por parte de un ente colectivo, sin embargo, el “supuesto de hecho imponible” lo encontramos en aquella condición establecida en el primer párrafo del artículo 105°, esto es, que el hecho punible realizado por la persona natural “*fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica*” o “*utilizando su organización para favorecerlo e encubrirlo*”. En otras palabras, contra la persona jurídica recae una imputación específica, razón por la que es necesario dotarle de la cobertura necesaria en los mismos términos que los que el sistema otorga cuando la imputación penal recae sobre una persona natural. Téngase en cuenta además, como lo indica Moreno Catena, que la parte pasiva actúa en el proceso penal por derecho propio: en defensa de sus derechos subjetivos y además es parte pasiva en tanto ocupa la parte contraria a quienes ejercitan la acción penal<sup>33</sup>.

### 3.2. Reglas de Procedimiento

#### *Titularidad del Ministerio Público*

Una primera nota a considerar en cuanto al procedimiento, es la posición que ocupa el Ministerio Público, en tanto, constituye el único órgano legitimado a solicitar la incorporación de una persona jurídica al proceso “a instancia del fiscal” dice la norma. Entendemos que esta disposición surge como consecuencia del principio acusatorio, en tanto, la persecución penal es potestad exclusiva del Ministerio Público por mandato del art. 159° de la Constitución Política y, el requerimiento para incorporar a un ente colectivo como parte pasiva, en los términos antes descritos, es en rigor un acto de persecución penal, por lo que tampoco cabe la intervención del actor civil. Por esa misma razón, el órgano jurisdiccional está impedido para incorporar de oficio a la persona jurídica, pues, obviamente ello significaría una transgresión al principio *ne procedat ex officio*. En este mismo sentido, Tamarit Sumalla<sup>34</sup> quien, al abordar el tema, indica que en estos casos rige plenamente el principio acusatorio, de modo que para la imposición de las consecuencias accesorias se requiere de una petición expresa por parte de la acusación. De esta misma opinión, San Martín Castro<sup>35</sup>.

#### *Oportunidad y audiencia*

Señala el artículo 91° del nuevo C.P.P. que el lapso en el que puede ser incorporada la persona jurídica al proceso se encuentra entre la formalización de la investigación (art. 336° y ss) y la conclusión de la misma

---

<sup>33</sup> Moreno Catena, Víctor (Director), El proceso penal, doctrina, jurisprudencia y formularios, Vol.I, Tirant lo blanch, Valencia 2000, pg.428.

<sup>34</sup> Tamarit Sumalla, Joseph, Las consecuencias accesorias del artículo 129 del código penal: Un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir, pg. 1168.

<sup>35</sup> San Martín Castro, César, en: La tutela cautelar de las consecuencias...Op. Cit. pg. 318.

(art. 342°). Nótese que esta misma es la regla aplicable para la constitución del actor civil así como del tercero civil responsable (arts. 101° y 111°.2).

El procedimiento para la incorporación tiene como su etapa central la realización de la audiencia conforme a las reglas establecidas para una audiencia tipo realizada por el Juez de la Investigación Preparatoria, según las pautas del art. 8 del C.P.P. Por lo tanto, dicho acto deberá ser convocado dentro del tercer día de presentado el requerimiento fiscal quien deberá concurrir de manera obligatoria para sustentar su pretensión. En el turno que les corresponda los otros sujetos procesales intervendrán reservándose el último lugar de intervención para el representante de la persona jurídica. Una vez culminada la audiencia el Juez de la Investigación Preparatoria resolverá inmediatamente o, de ser el caso, en el plazo de dos días luego de realizada la audiencia. La norma no precisa si es que la audiencia debe ser pública o privada, sin embargo, atendiendo a que el *thema decidendi* es en rigor una imputación que a su vez puede afectar una serie de intereses de la persona jurídica así como de terceros vinculados, consideramos del todo razonable la publicidad de la audiencia. En buena cuenta, la lógica del modelo incorporado en el nuevo Código conlleva la necesidad de generar mayores espacios de control respecto a las decisiones judiciales trascendentes, como la que estamos analizando, siendo la publicidad el mejor mecanismo para lograr tal propósito.

Un tema que el C.P.P. no ha precisado de manera expresa es si la resolución que emite el Juez de la Investigación Preparatoria es apelable. Sobre este particular pueden presentarse dos supuestos: primero, que la resolución deniegue la incorporación de la persona jurídica como sujeto pasivo, caso en el cual consideramos del todo legítimo el derecho del Ministerio Público para impugnar dicho auto. El segundo supuesto es que el órgano jurisdiccional admita la pretensión fiscal, caso en el cual, tampoco encontramos objeción alguna para que la persona jurídica impugne dicho auto al considerar que no debió ser incorporada como parte al proceso penal. Adviértase aquí cierto vacío de la norma al respecto pues en el caso del actor civil, el nuevo C.P.P. establece que contra la resolución que se pronuncia sobre la constitución en actor civil procede recurso de apelación (art. 103°.1). Mientras que en el caso del tercero civil responsable se establece que sólo es apelable la resolución que deniega la constitución del tercero civilmente responsable (art. 112°.3).

#### *Derechos de la persona jurídica*

Según lo dispone el art. 93° del C.P.P. la persona incorporada en el proceso penal goza de todos los derechos y garantías que se le reconocen al imputado, en lo que concierne a la defensa de sus intereses, entre los que es de destacar, el derecho de defensa, de instancia plural, de legalidad probatoria, entre otros. Esta norma que parece no generar mayores reparos viene así a resolver otro de los puntos no unánimes en la doctrina pues en esta discusión hemos podido observar dos posiciones. La primera que nos dice que la persona jurídica debe asumir la condición de parte procesal y, por lo tanto, no es suficiente la sola audiencia sino que son necesarios

espacios de mayor participación en las diversas etapas del proceso, pudiendo inclusive intervenir en la fase intermedia y en el juicio oral y reconociéndosele el derecho de impugnación<sup>36</sup>. La segunda posición al respecto nos dice, por el contrario, que si la persona jurídica no es una imputada propiamente dicha, sino una cosa u objeto peligroso sobre cuyo destino debe discutirse para neutralizar esa peligrosidad, no hace falta establecer todo un sistema de garantías procesales, bastando la mera audiencia con sus titulares como en el ordenamiento penal español<sup>37</sup>. No obstante ello, consideramos del todo acertada la propuesta del nuevo C.P.P. pues, siguiendo en esto a Caro Coria<sup>38</sup>, la consideración de la agrupación como cosa u objeto peligroso no es incompatible con la conveniencia de considerarla parte en el proceso penal en el que no solo se discutirá el destino del objeto o cosa peligrosa, sino los propios criterios de imputación de la responsabilidad accesoria sea por defecto de organización o deficiente administración del riesgo, cuando no el destino de un ente colectivo al que pertenecen terceros interesados, como los trabajadores, socios ajenos al ilícito, acreedores, entre otros.

Las consecuencias prácticas que se derivan del art. 93° saltan a la vista, pues, la persona jurídica a través de su abogado o de su apoderado judicial podrá, si lo estima pertinente, desarrollar una serie de actos de defensa que podrán ejercerse análogamente, en tanto las consecuencias accesorias constituyen parte de la potestad persecutoria. Así por ejemplo, aún cuando la norma no lo diga expresamente, en fase intermedia la persona jurídica tendrá el derecho de exigir que la acusación fiscal fundamente la pretensión de imponer alguna de las consecuencias previstas en el art. 105° del C.P. Asimismo, en la audiencia preliminar podrá presentar pruebas y formular acuerdos probatorios (art. 351°). En esa misma línea será perfectamente coherente el control de la acusación que ejerce el Juez de la Investigación Preparatoria (arts. 352°.2.), pudiendo el órgano jurisdiccional disponer la devolución de la acusación si es que existen defectos en ésta respecto a la imputación contra el ente colectivo. Siguiendo esa misma lógica, en la etapa de juicio oral, él podrá formular su alegato de apertura, ofrecer pruebas, interrogar y contra interrogar a testigos o peritos, podrá ser interrogado, así como formular su alegato de clausura y la autodefensa a través del apoderado.

#### **4. Las medidas preventivas**

##### **4.1. Naturaleza Jurídica**

Dentro de la Sección III (Medidas de coerción procesal) y del Título IX (Otras medidas reales) se ubica el art. 313° del nuevo C.P.P. que regula las denominadas “medidas preventivas” contra las personas jurídicas. Esta

---

<sup>36</sup> San Martín Castro, César, Delito socioeconómico y proceso penal: El derecho procesal penal económico en: *Advocatus Nueva Epoca*, N° 4, Año 2001, pg. 294.

<sup>37</sup> Feijóo Sanchez, Op. Cit. pg. 287.

<sup>38</sup> Caro Coria, Dino Carlos, La responsabilidad de la propia persona jurídica en el derecho penal peruano e iberoamericano, en: *Libro homenaje al profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Buenos Aires, 2002, pg. 985

denominación específica parece decirnos que el legislador ha desestimado calificar a las medidas contenidas en el artículo 313° como cautelares. En efecto, una definición estricta de medidas cautelares entiende a aquellas como las resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado y, de otro, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente su libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles de la sentencia<sup>39</sup>. A partir de esta definición es posible que encontremos algunas semejanzas entre medidas cautelares y medidas preventivas puesto que ambas se pueden imponer contra la parte acusada, durante la tramitación del proceso y a petición de parte legitimada; además, ambas conllevan la restricción en el ejercicio de derechos por un plazo determinado.

Sin embargo, las medidas contenidas en el catálogo del art. 313° tienen una finalidad distinta, por lo que el sustrato jurídico de las mismas tendría que ser también distinto. Ciertamente, como ha explicado Moreno Catena, este tipo de medidas de naturaleza distinta suponen una especie de *tutela anticipatoria*, adelantando a un momento en que todavía no ha recaído sentencia firme las medidas que integran el contenido ejecutivo de la sentencia. La tutela anticipada, como una especie singular de tutela con virtualidad propia y diferente de la cautelar, es conocida en el proceso civil, pero es ajena al proceso penal, donde tradicionalmente se ha considerado que el contenido de la sentencia de condena no puede anticiparse en base a meros indicios<sup>40</sup>. En ese orden de ideas, nos queda claro que la finalidad de las medidas preventivas es fundamentalmente tuitiva, vinculada a evitar la continuidad delictiva y el peligro objetivo que genera un defecto de organización.

## 4.2. Principios

Las medidas preventivas, en tanto forman parte de una categoría más genérica: las medidas restrictivas de derechos; se rigen, en gran medida, por los principios que gobiernan la actividad cautelar y que han sido recogidos en diversos artículos del nuevo C.P.P.<sup>41</sup> Es de destacar en ese sentido los principios de excepcionalidad, provisionalidad y proporcionalidad.

*Excepcionalidad*, una consecuencia accesoria o en su caso una medida preventiva contra una persona jurídica puede afectar diversos derechos fundamentales como la libertad de trabajo, libertad de asociación, libertad de empresa, libertad de contratación; asimismo pueden afectar intereses de terceras personas no necesariamente vinculadas a la comisión del hecho delictivo como por ejemplo socios minoritarios, acreedores, trabajadores,

---

<sup>39</sup> Gimeno Sendra, Moreno Catena, Cortez Domínguez, Derecho procesal penal, Colex, 1997, pg. 480

<sup>40</sup> Moreno Catena, Op Cit. pg. 263

<sup>41</sup> Entre otros, por ejemplo, el VI del T.P., 253 – 255.

etc. Ese hecho explica por qué, en tributo al principio de mínima intervención, las medidas preventivas deben aplicarse de manera excepcional, procurando en lo posible neutralizar el peligro objetivo que genera la actividad de la empresa con medidas diferentes de las contenidas en el 313° del C.P.P. Silva Sánchez señala por ello que si ya ha llamado la atención por parte de la doctrina la necesidad de valorar con detenimiento la procedencia de imponer las consecuencias accesorias en sede de sentencia, a la vista de las gravísimas consecuencias que la mayor parte de las mismas conllevan para la actividad de la empresa y para otros terceros que tienen establecidas relaciones con ella, obviamente tales prevenciones deben intensificarse cuando se trata de adoptar medidas gravemente restrictivas de derechos sobre la base de indicios y no sobre pruebas<sup>42</sup>.

*Provisionalidad*, señala el art. 315° del C.P.P. que *las medidas previstas en este Título podrán variarse, sustituirse o cesarse cuando atendiendo a las circunstancias del caso y con arreglo al principio de proporcionalidad resulte indispensable hacerlo*. Ello implica que, en atención a la regla *rebus sic stantibus* su permanencia o modificación –en tanto perdura el proceso declarativo- estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial. En efecto, las circunstancias de hecho que justificaron una medida preventiva pueden evolucionar en sentido favorable al imputado, en nuestro caso, a la persona jurídica, siendo ello base razonable suficiente como para modificar la inicial situación de peligro. Pero más allá de razones teóricas, existen otras de índole práctica que son del caso acotar. Ciertamente, debe tenerse en cuenta, al momento de administrar estas medidas, el perjuicio que inclusive a título de medidas cautelares pueden generar las medidas accesorias en el ámbito de la actividad empresarial, pues, en muchos casos, éstas aunque aplicadas temporalmente conllevan, en la práctica, la desaparición de la empresa, ahogada en la dinámica competitiva o en las dificultades económicas que se le generan.

*Proporcionalidad*, señala Echarri Casi que al ser las consecuencias accesorias de una notoria gravedad sólo podrían considerarse proporcionales siempre que se trate de prevenir peligros extremadamente graves de lesión de bienes jurídicos importantes, tengan o no la consideración de derechos fundamentales<sup>43</sup>. En esa lógica, nos explica, los términos para determinar la proporcionalidad de las mismas no pueden ser ni la gravedad del injusto ni el grado de culpabilidad, sino que la proporcionalidad habría que decidirse atendiendo a su orientación para prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.

De la mano con esa idea está la otra relativa a la idoneidad de la medida preventiva que tiene directa vinculación con la posibilidad de escoger una medida de entre varias de ellas, según la gravedad del hecho imponible. En efecto, así como en el ámbito de las medidas de coerción personal podemos encontrar una escala gradual de medidas que se ordenan según

---

<sup>42</sup> Silva Sánchez, Op. Cit., pg.357

<sup>43</sup> Echarri Casi, Op. Cit., pg. 257

su intensidad, así también en el ámbito de las medidas preventivas contra las personas jurídicas podemos distinguir diversos grados de aplicación de ellas que deberán guardar estricta correspondencia con el grado de peligrosidad objetiva que genera la actividad de la persona jurídica. En ese contexto es de destacar que el nuevo C.P.P. ha clasificado las medidas preventivas atendiendo al criterio de mayor a menor intensidad en el siguiente orden: a) La clausura temporal, parcial o total de locales o establecimientos, b) La suspensión temporal total o parcial de actividades, c) Nombramiento de administrador Judicial, d) Sometimiento a Vigilancia Judicial, e) Anotación o inscripción registral del procesamiento<sup>44</sup>.

### **4.3. Presupuestos**

#### **4.3.1. El carácter facultativo**

El art. 313° del C.P.P. establece que la aplicación de medidas preventivas tienen un carácter facultativo, “*puede ordenar*”, nota esta que también está contenida en el artículo 105° del C.P. y que resulta coherente con el ejercicio pleno de una de las funciones esenciales del Juez de la Investigación Preparatoria en el nuevo modelo procesal penal, esto es, disponer y controlar las medidas que restringen derechos<sup>45</sup>.

Esa facultad de controlar la restricción de derechos pasa por una valoración adecuada de la necesidad y proporcionalidad de tal o cual medida, pues, como bien indica Silva Sánchez, al disponer la norma que el juez “podrá” imponer las medidas accesorias [o más precisamente las medidas preventivas] se genera la necesidad de ponderar dos intereses a saber: los riesgos de futuro y los daños que se han de causar con la intervención penal a la empresa.

#### **4.3.2. Suficiencia probatoria**

El literal a) del numeral 2 del artículo 313° del C.P.P señala que para imponer las medidas preventivas se requiere “...*suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito y de la vinculación de la persona jurídica en los supuestos previstos en el artículo 105° del Código Penal...*”.

Estamos ante un presupuesto material vinculado a la suficiencia probatoria de la comisión de un delito. Aparentemente esta prescripción sería innecesaria, pues es evidente que es un hecho delictivo el que motiva el

---

<sup>44</sup> No descartamos la posibilidad de repensar el tema para ampliar el catálogo de medidas Téngase en cuenta que en legislación comparada encontramos otros supuestos como la multa de acuerdo a lo obtenido o el daño creado por la actividad delictiva, pérdida de beneficios fiscales y subvenciones, prohibición temporal de participar en contrataciones públicas, cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones (esta última contenida además en el art. 10 de Ley 26461, Ley de delitos aduaneros).

<sup>45</sup> Si bien no hay duda respecto a pertinencia del carácter facultativo de las medidas preventivas, es bueno recordar que la única norma que habilita en la actualidad imponer una de estas medidas, esto es, la suspensión de actividad contaminante, establece que ésta, aún siendo cautelar, debe disponerse de manera imperativa por el Juez, según reza el artículo 314° del Código Penal Peruano.

proceso. Sin embargo, creo necesario detenernos en tanto requerimos precisar a qué hecho delictivo se refiere la norma en cuestión. Una lectura conjunta del 313° del nuevo C.P.P. y del 105° del C.P. nos revela que la imposición de consecuencias accesorias no está vinculada a la comisión de un tipo particular de la parte especial. Ello es así en la medida de que nuestro ordenamiento acoge el sistema de *numerus apertus* que a su vez sigue el modelo del Anteproyecto de Código Penal Español de 1983 que le sirvió de fuente<sup>46</sup>. Por lo tanto; es posible, en abstracto, sostener que las medidas preventivas se pueden imponer frente a la comisión de cualquiera de los tipos penales de la parte especial.

Otro de los puntos que debemos anotar es que, en esta parte, observamos una falta de correspondencia en la redacción del 313° del nuevo C.P.P. y el 105° del C.P., pues mientras el primero utiliza el término “delito” el segundo emplea más bien el término “hecho punible”. Esta diferencia terminológica tiene evidentes consecuencias prácticas, pues, al ser la referencia “hecho punible” mucho más genérica, permitiría la aplicación de consecuencias accesorias no solo ante la comisión de delitos, sino también ante faltas, como lo ha sostenido en nuestro medio Castillo Alva<sup>47</sup>, debiendo en estos casos tenerse en cuenta una menor necesidad y merecimiento de pena a reflejarse en la imposición de una consecuencia accesoria de menor entidad. Sin embargo esta disyuntiva ha sido superada por el nuevo C.P.P. pues queda claro que la categoría delito tiene un alcance inequívoco a partir de las reglas acuñadas en la parte general del C.P., por lo que no será posible imponer las medidas preventivas contenidas en el 313°, por ejemplo, contra personas jurídicas cuya organización es utilizada para favorecer o encubrir faltas<sup>48</sup>.

De otro lado, la *suficiencia probatoria* también está referida a la vinculación del ente colectivo a alguno de los supuestos del art. 105° del C.P., esto es, *que el delito se haya cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo*. Si bien es cierto estos son los mismos presupuestos que los exigidos para la imposición de las consecuencias accesorias a título de sanción, cuando éstas se impongan a título cautelar el criterio rector será el de *probabilidad*. Por lo tanto, al igual que en materia de coerción personal, la imposición de medidas preventivas dependerá de la existencia de suficientes elementos de juicio. Siguiendo esa lógica, consideramos del todo razonable, en atención al principio de excepcionalidad, admitir que la probabilidad tiene directa relación con la existencia de fundados y graves elementos de convicción, por lo que puede tenerse en cuenta para este efecto el precepto establecido en el art. 268°.1 a) del nuevo C.P.P.

---

<sup>46</sup> El Código Penal Español de 1995 sigue por el contrario en esto el sistema *numerus clausus*, por lo que las consecuencias accesorias y, homológicamente, las medidas cautelares se aplican sólo en los delitos expresamente señalados en la parte especial.

<sup>47</sup> Castillo Alva, José Luis, Las consecuencias jurídico-económicas del delito, Idemsa, Lima, 2001, pg. 281

<sup>48</sup> El Código Penal Francés sí permite imponer sanciones penales contra la persona jurídica cuando se le imputa la comisión de faltas, según lo disponen los arts. 131-40, 131-42.

#### 4.3.3. Peligro procesal

Señala el art. 313°.1.b) que es presupuesto de aplicación de las medidas preventivas *el peligro concreto de que a través de la persona jurídica se obstaculice la averiguación de la verdad*. Sin embargo, nos preguntamos si es que ello es suficiente, es decir, si es que en materia de personas jurídicas no resulta válido comprender también el peligro de fuga, entendido como el riesgo material de eludir el proceso y sus consecuencias. ¿Podría una persona jurídica evadir el proceso? El nuevo C.P.P. no contempla esta posibilidad, sin embargo pueden existir concretas situaciones de hecho que tengan que ser valoradas por el Juez. Así por ejemplo, los antecedentes “penales” de la persona jurídica o el “comportamiento” de ésta (es decir de su apoderado) durante el proceso en curso o en otro anterior. Téngase presente sobre este particular que, el nuevo C.P.P. admite por lo menos referencialmente situaciones como “la rebeldía” o la “falta de apersonamiento” de la persona jurídica luego de haber sido formalmente incorporada al proceso (art. 93°).

#### 4.3.4. Prevención de continuidad delictiva

Este requisito revela nítidamente el carácter preventivo de la medida, pues, evitar la prolongación de los efectos de delito o evitar la reiterancia no son fines compatibles con la naturaleza instrumental de las medidas cautelares. En efecto, las medidas cautelares lo son en tanto instrumentos al servicio del objeto del proceso. Sin embargo, es posible observar cómo así, por lo menos en el ámbito de las personas jurídicas, el nuevo Código ha relativizado el concepto de lo cautelar.

Se trata pues de un peligro pero ya no procesal sino material vinculado a la capacidad de la persona jurídica de favorecer la permanencia delictiva. En buena cuenta nos referimos, como lo sostiene Gracia Martín<sup>49</sup>, a una “peligrosidad objetiva o de la cosa”. No se trata de la peligrosidad de una persona física determinada, sino de la peligrosidad de una cosa, en este caso de la peligrosidad de una persona jurídica, que se pone de manifiesto en virtud de las acciones antijurídicas que realizan las personas físicas que actúan para ella, las cuales serían un síntoma de dicha peligrosidad.

En ese mismo sentido, señala San Martín Castro, que la imposición de medidas cautelares homólogas a las consecuencias accesorias del art. 105° del C.P. están condicionadas no sólo a los dos presupuestos ya señalados: comisión de un hecho punible en ejercicio de una actividad de la persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, sino también a la real presencia de un defecto de organización en la persona jurídica que facilita la comisión de futuros delitos, o mejor dicho, en tanto

---

<sup>49</sup> Gracia Martín, Luis, Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español, Tirant lo blach, Valencia 1996, pg. 457

existan elementos de convicción que la persona jurídica omitió necesarias medidas de precaución para garantizar el desarrollo legal de su actividad<sup>50</sup>.

#### 4.3.5. La concurrencia de los presupuestos

Uno de los vacíos del nuevo C.P.P. en materia de medidas preventivas contra personas jurídicas tiene que ver con el carácter concurrente o no de los presupuestos antes anotados (los contenidos en el numeral 2 del art. 313°) para considerar legítima la imposición de dichas medidas.

En el ámbito de la coerción personal este dilema no se presenta en todos los casos sino tan solo cuando se trata de la prisión provisional; así, por ejemplo, el artículo 135° del C.P.P. de 1991 o el 268° del nuevo C.P.P. La doctrina y sobre todo la jurisprudencia nacional es unánime en considerar la necesaria concurrencia de los presupuestos materiales para autorizar dicha medida en tanto es la más intensa en la escala de afectación al derecho máspreciado de la persona natural después de la muerte<sup>51</sup>.

Es interesante advertir que la lógica de cómo se estructura el sistema de medidas cautelares personales en el ámbito de las personas naturales es obviamente mucho más elaborada en términos dogmáticos y de técnica legislativa. Así, el Código estructura una normativa muy detallada pero sólo respecto a la medida más grave, esto es, la prisión preventiva; indicando sus requisitos y describiendo, a su vez, cada uno de ellos (arts. 268 -270). En otras palabras, sólo para la medida más grave configura ordenadamente sus presupuestos, pues, en el caso de las medidas diferentes o alternativas a la prisión provisional, se establecen requisitos genéricos o se aplican por extensión los principios básicos aplicables a las medidas de coerción personal.

Como hemos señalado, en el ámbito de las personas jurídicas el nuevo C.P.P. no indica si los presupuestos contenidos en el numeral 2 del art.

---

<sup>50</sup> San Martín Castro, Las consecuencias jurídicas...pg. 319

<sup>51</sup> Ejecutoria suprema de 22 de enero de 1998, Exp. N° 4556-97, Huaura (Frisancho Aparicio, Manuel: Jurisprudencia penal, Jurista Editores, Lima 2002, p. 157). Ejecutoria suprema de 26 de noviembre de 1998, Exp. N° 86-97 (Revista Peruana de Jurisprudencia, Año I, N° 1, Trujillo, 1999, p. 405). “[Estos]... elementos, ha dicho el Supremo Tribunal, deben concurrir en conjunto para que resulte arreglado a ley el abrir instrucción con mandato de detención... [Si] no concurre uno de ellos [...] la detención corporal se hace innecesaria...” (de 22 de enero de 1998). “[EI] ... inciso tercero del art. 135° CPP utiliza la conjunción “y”, lo que indica que deben concurrir conjuntamente con los antecedentes las especiales circunstancias de elusión a la acción de la justicia ... [por lo que, la Sala al no contemplar ese requisito] ha infringido el inc. 5° del art. 139° de la Constitución, como una de las garantías de la función jurisdiccional para un debido proceso” (de 26 de noviembre de 1998). Un fallo más reciente es de 19 de enero de 2000, Exp. N° 5182-99, Lima (Normas Legales, T.287, abril, Trujillo, 2002, p. A73). Uno anterior es el de 17 de setiembre de 1993, Exp. N° 1945-93, Lima (Rojjasi Pella, Carmen: Ejecutorias supremas penales. 1993-1996, Legrima, Lima, 1997, pp. 329-330). Asimismo el Tribunal Constitucional ha declarado que: “El artículo 135° CPP señala los requisitos deben concurrir a efectos de que el mandato de detención [prisión preventiva] no sea considerado arbitrario”. (STC, Exp. N° 0808-2002-HC/TC, Asunto “Santiago Tello Díaz”, de 8 de julio de 2002, párr. 3 [El Peruano, Lima, 12 de febrero de 2003, pp. 5775-5776]).

313° relativos a las medidas preventivas deben ser concurrentes. Esta es pues una limitación de la norma que deberá ser aclarada en su momento por la vía de la jurisprudencia o una modificación normativa.

Sin embargo, *de lege ferenda*, si trasladamos al ámbito de las personas jurídicas el mismo razonamiento que subyace a la regulación de las medidas de coerción personal, una construcción normativa más elaborada de las medidas preventivas contra las personas jurídicas tendría que considerar dos pautas que estimamos necesarias: 1. Sólo para la aplicación de la medida preventiva más grave, esto es, la clausura, debería desarrollarse una regulación más precisa respecto a cada uno de los presupuestos de aplicación de la medida, indicándose de manera taxativa que, sólo para la aplicación de esta medida, los presupuestos son concurrentes; 2. Las demás medidas (suspensión temporal de actividades, nombramiento de administrador judicial, vigilancia judicial y anotación registral) contendrán requisitos genéricos o, de ser el caso, se aplicarán por extensión los presupuestos básicos de toda medida cautelar: el *fomus bonis iuris* y el *periculum in mora*. Una razón de proporcionalidad abona a favor de esta propuesta, pues, así como la prisión provisional requiere de una mayor rigurosidad legislativa e interpretativa, en atención a su mayor afectación, asimismo la regulación y aplicación de la clausura temporal, a título cautelar, debiera exigir la misma rigurosidad, pues, afecta la posibilidad material de la persona jurídica de seguir desarrollando sus actividades, con todo lo que ello significa además para los intereses de terceros vinculados a ella.

#### **4.4. Clases de medidas preventivas**

##### **4.4.1. Clausura temporal de locales o establecimientos**

El art. 313°.1.a) comprende la clausura, medida que en lo fundamental se estructura sobre la base de su equivalente en el Código Penal (art. 105°.1). Ahora bien, es del caso recordar a manera de antecedente, que la clausura en su modalidad cautelar no es desconocida en nuestro medio pues, ya el derecho administrativo la contiene al regularla como medida cautelar en la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva (Ley 26979, de 23 de setiembre de 1998, modificada por la Ley 281165, de 10 de enero de 2004)<sup>52</sup>.

En lo que respecta al ámbito procesal penal, es saludable que se haya excluido la posibilidad de una clausura definitiva, pues ello afectaría la provisionalidad intrínseca a toda medida de naturaleza cautelar. Es

---

<sup>52</sup> El artículo 13.7 de la dicha Ley señala que "...el ejecutor, por disposición de la Entidad, podrá ejecutar las medidas y disposiciones necesarias para el caso de paralizaciones de obra, demolición o reparaciones urgentes, suspensión de actividades, clausura de locales públicos, u otros actos de coerción o ejecución forzosa, vinculados al cumplimiento de obligaciones de hacer o de no hacer, y siempre que la fiscalización de tales actividades sea de competencia de la Entidad y se encuentre en peligro la salud, higiene o seguridad pública así como en los casos en los que se vulnere las normas sobre urbanismo y zonificación..."

necesario hacer esta acotación pues, el único supuesto de aplicación de medidas contra personas jurídicas a título cautelar, que se encuentra actualmente vigente conforme a lo prescrito en el artículo 314° del C.P. establece que la clausura de un establecimiento vinculado a la comisión de un delito de contaminación del medio ambiente, debe ser arbitrada de manera definitiva, siendo ello cuestionable pues, como en su momento señaló Caro Coria<sup>53</sup>, es característica de estas medidas su provisionalidad y variabilidad<sup>54</sup>.

De otro lado, la medida de clausura contenida en el nuevo C.P.P. adhiere un dato más relacionado al alcance material de la medida precisando que ésta puede ser total o parcial.

#### 4.4.2. Suspensión temporal de actividades

Por lo menos teóricamente es conocida esta institución en nuestro ordenamiento pues, el Código Penal de 1991 la incorporó en su artículo 314° como suspensión de actividad contaminante en el ámbito de los mal denominados delitos contra la ecología<sup>55</sup>. Más recientemente resulta importante su inclusión en el Código Procesal Constitucional (Ley 28237, publicada el 31 de mayo de 2004), que en su artículo 15° prescribe la posibilidad de imponer medida cautelar de suspensión de acto violatorio en los procesos de amparo, habeas data y de cumplimiento.

También al regular la suspensión de actividades el legislador ha cuidado no transgredir el principio de provisionalidad, razón por la que esta medida sólo puede imponerse con carácter temporal. Asimismo, siguiendo la misma lógica que en la regulación de la clausura, se prescribe que la suspensión de actividades puede estar referida a todas o sólo alguna de ellas. De esa manera se restringe el ámbito de su imposición siendo del caso inferir que la actividad empresarial que se suspenda sea aquella que está directamente vinculada con la comisión del delito. Piénsese, por ejemplo, en

---

<sup>53</sup> Caro Coria, Dino Carlos, La protección penal del ambiente, BMU, Serie Tesis Seleccionadas N° 2, Lima, 1995, pg. 355.

<sup>54</sup> El nuevo C.P.P. regula también esta materia al señalar en la parte final del numeral 3 del 313° que "...en los delitos ecológicos la suspensión o la clausura durarán hasta que se subsanen las afectaciones al ambiente que determinaron la intervención judicial.". Así, el 313° del C.P.P. ha modificado el 314 del Código Penal, incorporando una diferencia en el punto relativo a la duración de la medida cautelar de clausura o suspensión en el ámbito del delito de contaminación ambiental. En efecto, mientras que en el 314° del Código Penal la medida de suspensión de la actividad contaminante o la clausura temporal del establecimiento no precisaba cuál era su plazo máximo, el C.P.P. incorpora una condición objetiva como límite temporal: la subsanación de las afectaciones al ambiente.

<sup>55</sup> Luego de una búsqueda y consulta detenida, debemos dar cuenta que no existe, en nuestro medio, jurisprudencia conocida que evidencie que esta norma ha sido aplicada. Por ello nos atrevemos a sostener que esta norma ha quedado prácticamente en el desuso o más precisamente en desuetudo o *desuetudine* término latino que en castellano se traduce por deshabitación y también por desuso. En la acepción que nos interesa, se refiere a los efectos jurídicos que el desuso de una costumbre o de una ley produce o deja de producir. [Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo VIII, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1958, p. 740. Asimismo: Di Vita Fornciari, Luigi y Piemonti, María Gabriela, Dizionario Giuridico, Editore Giuffrè, Milano, Italia, 2001.]

una corporación que desarrolla varias actividades y sólo una de ellas está relacionada con el hecho delictivo. Esta forma de regular la medida tiene por ello directa relación con el principio de intervención mínima.

#### 4.4.3. Nombramiento de administrador judicial

Esta medida, ampliamente conocida y regulada en el ámbito civil (arts. 769° y ss del Código Procesal Civil), se incorpora al ordenamiento penal según lo dispone el literal c) del numeral 1 del art. 313° del nuevo C.P.P. Ahora bien, es necesario dar cuenta que, existen no pocos precedentes jurisprudenciales de su aplicación en el ámbito penal, aún cuando vinculada al embargo o tutela de la reparación civil derivada del delito, sustentados en la supletoriedad de las normas civiles que permite la primera disposición final del Código Procesal Civil.

Basta citar el caso de una conocida empresa vinculada hace algunos años a un hecho de tráfico ilícito de drogas en el que el Juez Penal dispuso la designación de un administrador judicial. Según dicha resolución *“...habiendo el Juzgado mediante resolución de fecha catorce de mayo último, ordenado la inmovilización de los fondos, depósitos y demás valores en custodia; y a efectos de garantizar la futura reparación civil y no afectar al normal desarrollo económico de las empresas...así como que no se generen conflictos de carácter social, laboral y económico en relación a los trabajadores, acreedores, proveedores y clientes de las mismas, consecuentemente, resulta pertinente, dictar una medida cautelar adecuada para tal fin, tratándose de empresas que requieren mantener una administración que permita llevar adelante su normal desarrollo en todos sus aspectos y que no generen perjuicio a las mismas, así como que también el Estado logre una reparación civil efectiva en el caso de dictarse sentencia condenatoria, situación por la cual se hace necesario efectivizar lo antes expuesto; que, siendo esto así, y en aplicación supletoria de la disposición contenida en la Primera Disposición Complementaria y Final del Código Procesal Civil, el Señor Juez Especializado en delito de tráfico ilícito de drogas que suscribe, conforme a lo dispuesto en los artículos seiscientos sesenta y nueve del Código acotado, dicta la medida cautelar de embargo en forma de administración, sobre los bienes muebles e inmuebles de las empresas...”* (Exp. 260-99, 18 de junio de 1999)<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> En ese mismo caso, es interesante conocer una resolución posterior que declara improcedente la variación del embargo en forma de administración por la de intervención en información y que en su parte más relevante señala: “El artículo seiscientos diecisiete del Código Procesal Civil, establece que, a pedido del Titular de la medida o en cualquier estado del proceso puede variarse la medida cautelar, sea modificando su forma o sustituyendo al órgano de auxilio judicial; a que, en el presente caso, se tiene que, aún no existe sentencia firme, pues a la fecha ha precluido la etapa investigatoria, la cual no es decisoria, por lo que debe continuarse con la medida cautelar de Administración hasta las resultas del proceso, tanto más que el Estado, considera como una expectativa para una futura reparación civil en el caso de que alguno de los socios de las empresas resulte condenado, por los delitos instruidos; que, siendo esto así, debe subsistir la medida cautelar de embargo en forma de Administración, hasta las resultas del proceso, más aún si se tiene en cuenta que los Administradores Judiciales, vienen cumpliendo con las obligaciones impuestas que se encuentran señaladas en el ordenamiento adjetivo civil y además los propios recurrentes manifiestan que los mismos son idóneos y capaces para el cargo; por tales consideraciones, el Juez Especializado en delitos de

Es previsible que esta medida, en muchos casos, pueda generar más problemas a la persona jurídica, sobre todo en el ámbito de conflictos societarios en el que la vía penal sea utilizada sólo como un mecanismo más de negociación de intereses patrimoniales que persiguen la hegemonía en la empresa. Es por ello que su imposición debe estar únicamente vinculada a la probabilidad de la imposición de una consecuencia accesoria y además al hecho de evitar la imposición de una medida más grave como la suspensión o la clausura. En esa perspectiva, señala De Vicente Martínez<sup>57</sup> que la ventaja de tal consecuencia es que permite seguir con la actividad económica de la empresa.

#### **4.4.4. Sometimiento a vigilancia judicial**

El literal c) del numeral 1 del art. 313° del C.P.P. regula la medida preventiva de sometimiento a vigilancia judicial, siguiendo con ello la línea del Código Penal Francés de 1994. En términos generales, esta medida resulta ser bastante parecida al embargo en forma de intervención en información, contenida en el artículo 665° del Código Procesal Civil, ello en tanto deberá la persona jurídica estar sometida a la supervisión de un órgano.

Será función de dicho órgano de vigilancia verificar directamente el normal desarrollo de las actividades de la persona jurídica con un doble propósito: primero, que al final del proceso pueda imponerse y ejecutarse una determinada consecuencia accesoria contra ésta (propósito cautelar-instrumental) y; segundo, evitar que el defecto de la organización incida en la continuidad de los efectos delictivos (propósito preventivo).

En buena cuenta lo que persigue el legislador al incorporar esta medida es permitir el normal funcionamiento del ente colectivo evitando los perjuicios que una medida más grave, como la clausura o la suspensión de actividades pudiere generarle. Se trata, como señala Echarri Casi<sup>58</sup>, de una advertencia de los Tribunales a la administración en relación a aquellas situaciones que con los correspondientes correctivos legales podían no degenerar en el cierre de determinadas fuentes de riqueza nacional y en el correspondiente despido de trabajadores. En ese mismo sentido Fernández Pantoja<sup>59</sup>, al señalar que son los derechos de terceros ajenos a la comisión de los hechos que pueden verse perjudicados en sus más legítimas expectativas, la pérdida del puesto de trabajo para los trabajadores y los derechos de crédito para los acreedores.

#### **4.4.5. Anotación o inscripción registral del procesamiento penal**

---

Tráfico Ilícito de Drogas que suscribe: declara improcedente el pedido de variación de la medida cautelar de Administración por la de Intervención en información” (SIC).

<sup>57</sup> De Vicente Martínez, Rosario, Op. Cit. pg.119.

<sup>58</sup> Echarri Casi, Fermín, Op. cit. pg. 97.

<sup>59</sup> Fernández Pantoja, P, Comentarios al Código Penal, T.IV (Dir. Manuel Cobo del Rosal), Edersa, Madrid, 2000, pg. 1045.

La anotación o inscripción registral es una medida conocida en el ámbito del proceso civil (art. 673° del Código Procesal Civil) y por ello vinculada a la tutela de bienes jurídicos de orden patrimonial. No existe marco normativo específico en el ámbito penal, sin embargo, es posible admitir la anotación preventiva en materia penal pero sólo de la resolución en que se dispone la medida de cautelar de embargo, ello en virtud de la aplicación supletoria de la legislación procesal civil<sup>60</sup>.

No cabe duda que también en este punto es el Código Penal Francés el que ha servido de fuente al legislador nacional. En ese sentido, es de entenderse que la medida contenida en el literal e) del inciso 1 del artículo 313° del nuevo C.P.P. esté referida únicamente al auto de procesamiento, es decir, al auto que dispone comprender a la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal conforme al procedimiento señalado en los artículos 90° y siguientes del nuevo C.P.P.

En tanto la inscripción registral de cualquier acto tiene como propósito procurar la fe pública, es esta misma finalidad, esto es la publicidad, la que persigue esta medida. Dado que puede afectar los intereses de la persona jurídica o de terceros no vinculados al hecho delictuoso, la anotación registral debe ser autorizada por una resolución que cumpla los presupuestos establecidos en el numeral 2 del art. 313° del nuevo C.P.P.

## **5. Las medidas no previstas taxativamente**

El principio de *Legalidad*, prescrito en el artículo VI del T.P. del C.P.P. señala que las medidas que limitan derechos fundamentales solo podrán ser dictadas por la autoridad judicial, en el modo forma y con las garantías previstas por la ley. Este principio cobra importancia en tanto discutamos si es que pueden imponerse medidas preventivas no previstas expresamente en la ley. Así por ejemplo la interrogante de si actualmente, conforme al régimen del Código Procesal de 1991 y del Código de Procedimientos Penales de 1940, es posible imponer alguna consecuencia accesorias a título de medida preventiva, la clausura temporal, aun cuando dicho marco normativo no lo prevé. En esa misma línea, otra interrogante es si es que encontrándose ya vigente el nuevo Código pueden imponerse medidas preventivas distintas a las contenidas en el catálogo del 313°.

Una primera posición al respecto nos dice, en atención al principio de legalidad, que ninguno de los dos supuestos antes señalados es admisible, ni siquiera a través de la interpretación analógica pues se conculcaría lo establecido en el art. 139° inc. 9 de la Constitución que prescribe la inaplicabilidad por analogía de la ley penal y las normas que restringen derechos fundamentales. Además, si como lo explica Zúñiga Rodríguez<sup>61</sup>, la doctrina mayoritaria establece que la consecuencia accesorias sólo puede imponerse a resultas de la condena definitiva de una persona física y no existe una previsión legal expresa de habilitación para ello, el juez no podrá

<sup>60</sup> Cfr. San Martín Castro, César, Derecho procesal ....T.II. pg. 1202

<sup>61</sup> Zúñiga Rodríguez, Laura, Op. Cit. pg 502

establecer una medida tan grave a título cautelar que supone una seria restricción de derechos incluso para personas ajenas a la actividad delictiva.

Empero observamos una posición contraria que, desde la perspectiva de la teoría cautelar general, sostiene que sí es posible imponer medidas cautelares no previstas de manera expresa en la legislación. En esta perspectiva, Monroy Palacios<sup>62</sup>, quien señala que la existencia del poder cautelar genérico, en tanto pieza vital en la evolución de la tutela aseguratoria al permitir que el juez disponga de medidas cautelares adecuadas para la protección de la eficacia del proceso prescindiendo de que aquellas se encuentren o no expresamente reguladas por el ordenamiento procesal, está debidamente reconocida por el artículo 629° del Código Procesal Civil<sup>63</sup>. En esa misma línea y, sobre la base de esta consideración, San Martín Castro<sup>64</sup> señala que no existe ninguna razón jurídica o preventiva que impida su imposición, lo que se justifica en términos generales en el poder cautelar genérico propio de la jurisdicción y que según Monroy Palacios, surge del hecho de que es imposible regular todas las medidas cautelares que los sujetos de derecho pueden requerir para obtener plenamente la tutela aseguratoria<sup>65</sup>. En este mismo sentido Meini Méndez<sup>66</sup>, al anotar que parece lógico que algunas medidas aplicables a las personas jurídicas puedan ser decretadas como medidas cautelares de innovar, de suerte que podría modificarse, antes de la sentencia pero sin carácter definitivo, la situación que generó que la persona jurídica sea utilizada como instrumento para el favorecimiento o encubrimiento de un delito y evitar, de esta manera, que vuelva a ser mal utilizada.

Un argumento adicional que consideramos importante tener en cuenta tiene relación con la naturaleza de los bienes jurídicos que la medida preventiva afecta. Desde esta perspectiva, si bien es cierto el principio de legalidad atraviesa toda la configuración del proceso penal y, por supuesto, también el ámbito de lo cautelar, debe tenerse muy presente que en sede penal su vigencia está directamente relacionada con la tutela del bien jurídico libertad personal. Siendo ello así, cuando una medida cautelar en el proceso penal afecte un interés distinto de la libertad personal, no es posible invocar dicho principio para excluir la posibilidad de imponer una medida que no se encuentre taxativamente prevista en el ordenamiento jurídico. Esta consideración resulta aún más pertinente en el ámbito de las consecuencias accesorias reguladas en el artículo 105° del C.P. que por su propia naturaleza forman parte de las consecuencias jurídicas económicas del delito en tanto importan al final de cuentas una afectación patrimonial a las partes acusadas.

---

<sup>62</sup> Monroy Palacios, Juan José, Bases para la formación de una teoría cautelar, Comunidad, Lima, 2002 pg. 355

<sup>63</sup> Código Procesal Civil, Artículo 629°.- *Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva.*

<sup>64</sup> San Martín Castro, Op. Cit, pg.319.

<sup>65</sup> Monroy Palacios, Juan José, Op. Cit. pg.357

<sup>66</sup> Meini Méndez, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1999, pg.212.

Estas consideraciones parecen haber sido tenidas muy en cuenta por el legislador de 2004 pues, sin perjuicio de haber descrito un catálogo de medidas preventivas contra las personas jurídicas en el artículo 313° del nuevo C.P.P., ha incorporado las denominadas *medidas anticipadas* en el artículo 312°, según el cual “*el Juez, excepcionalmente, a pedido de parte legitimada, puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar la permanencia del delito o la prolongación de sus efectos lesivos, así como la ejecución anticipada y provisional de las consecuencias pecuniarias del delito*”. Esta decisión legislativa, sigue así la lógica del Código Procesal Civil<sup>67</sup> así como la tendencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional Italiano que, en materia de medida cautelares, estipuló que, por imperativo constitucional, el legislador se encuentra obligado a prever en el ordenamiento jurídico una disposición normativa que permita inclusive la tutela innominada de los derechos, dejando a salvo su derecho a establecer determinadas medidas cautelares típicas<sup>68</sup>.

Por lo tanto, respondiendo a las interrogantes antes planteadas, es de concluir que sí es posible actualmente, sobre la base de la legislación vigente, aplicar las consecuencias accesorias a título cautelar. En esa misma línea, cuando se encuentre vigente el nuevo C.P.P. será posible imponer medidas no previstas en el catálogo del artículo 313°, bajo la forma de medidas anticipadas.

## 6. El “previo traslado”

En lo relativo al procedimiento, el nuevo C.P.P. establece en su art. 315° una regla común a todas las medidas preventivas según la cual, su imposición, variación o cesación se acordarán *previo traslado, por tres días*, a las partes. No encontramos mayor problema cuando de lo que se trata es de la *variación* o *cesación* de las medidas preventivas. Sin embargo, creo necesario una mayor aproximación hacia el procedimiento de *imposición* de estas medidas. Una primera lectura del precepto en cuestión pareciera indicarnos que debemos extender a las medidas preventivas contra las personas jurídicas el principio de contradicción en la misma acepción que, según el derecho internacional de los derechos humanos, debe regir para las medidas de coerción personal.

En efecto, doctrina y jurisprudencia autorizada ha establecido que la imposición de la prisión preventiva, requiere de un procedimiento contradictorio mínimo en el que es necesaria la audiencia previa al

---

<sup>67</sup> *Artículo 618°.-* Medida anticipada.- Además de las medidas cautelares reguladas, el Juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva. *Artículo 682°.-* Medida Innovativa.- Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley.

<sup>68</sup> Cucarella Galiana, Luis Andrés, citado por San Martín Castro en: La tutela cautelar de las consecuencias jurídicas...pg. 313

imputado para, por lo menos, darle oportunidad de contestar los términos del requerimiento fiscal. En ese mismo sentido, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Asuntos *Borgers v. Bélgica*, STEDH, 30.10.1991 y *Brincat v. Italia*, STEDH, 26.11.1992) que establecen que el magistrado debe oír personalmente al individuo que comparece ante él para la decisión respectiva<sup>69</sup>.

No obstante ello, considero pertinente preguntarnos si es que esa misma acepción del principio de contradicción incardinada en la teoría de las medidas de coerción personal debe regir, sin más reparos, en el ámbito de medidas cautelares imponibles a las personas jurídicas, máxime si es que conforme a su ubicación sistemática éstas se encuentran en el Título IX "Otras Medidas Reales". Esta interrogante se torna inclusive más actual si tenemos en cuenta que el art. 15° del Código Procesal Constitucional, respecto de la medida cautelar de suspensión del acto violatorio señala que ésta se dicta *sin conocimiento de la contraparte y la apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo*. Ciertamente, una característica básica de las medidas cautelares reales es que éstas se imponen *inaudita altera pars* (art. 637° del Código Procesal Civil).

Desde el plano de la norma (artículo 315° del C.P.P.) el dilema planteado está ya resuelto, y el Juez tiene el mandato imperativo ("*se acordarán*") de disponer el previo traslado por tres días antes de dictar una medida contra una persona jurídica. A pesar de ello, y en aras de una interpretación correctora o de una eventual revisión legislativa de este tema, nos decantamos más bien por seguir la lógica que, en esta materia, rige en la teoría cautelar extra penal antes señalada. Abona en esta posición la idea de que si bien las medidas cautelares de este género son otorgadas por razones de urgencia originadas en situaciones de peligro, este hecho no niega el principio de bilateralidad pues, como explica Monroy Palacios<sup>70</sup>, lo que se produce es un diferimiento o postergación de la contradicción hacia un momento posterior, "*contradittorio postecipato*". Este razonamiento se torna aún más claro en el ámbito de las denominadas medidas anticipadas pues no existe duda alguna de que, el artículo 312° del nuevo C.P.P. que las regula, tiene el mismo sustrato jurídico que el de las medidas anticipadas o innovativas reguladas en los artículos 618° y 682° del Código Procesal Civil; siendo por ello oportuno citar a Alastuey Dobón<sup>71</sup> cuando nos recuerda que la naturaleza jurídica de una norma no depende del cuerpo jurídico en que se halle encuadrada sino de la esfera jurídica en la que produce sus efectos.

## Ideas finales

---

<sup>69</sup> San Martín Castro, César, La privación de la libertad personal en el proceso penal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en: *Derecho y Sociedad* n° 20, Lima, 2003, pg. 167.

<sup>70</sup> Monroy Palacios, Juan José, *Op. Cit.*, pg. 225.

<sup>71</sup> Alastuey Dobón, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, Tirant lo blach, Valencia 1996, pg. 467

Son varias las cuestiones a las que nos enfrenta trasladar al derecho procesal penal una discusión que hasta hace poco estaba circunscrita sólo a la dogmática penal.

El aporte que hace el nuevo C.P.P. al respecto es importante, sin embargo, creo que es necesario incentivar a la teoría procesal para advertir las dificultades que el tema presenta. Estas breves reflexiones sólo persiguen por ello motivar un mayor estudio respecto a todo lo que implica comprender a una persona jurídica en el proceso penal, pues, cuanto más intentamos meditar el tema, más interrogantes seguiremos planteándole al derecho procesal penal.

En esta aventura, me atrevo a formular algunas que, espero sean dogmáticamente provocadoras: 1. El tiempo que duró una medida de clausura impuesta a una persona jurídica a título cautelar ¿debe abonarse para computar el tiempo de ejecución de esa misma medida impuesta en la sentencia?<sup>72</sup> 2. ¿Cuál debe ser la ubicación del apoderado de la persona jurídica durante el juicio oral, atendiendo a que contra él también recae la acusación? 3. ¿Puede disponerse el sobreseimiento del proceso contra la persona jurídica en fase intermedia? 4. ¿Puede la persona jurídica acogerse al procedimiento de conformidad en el juicio? 5. ¿Cómo juegan las reglas de prescripción de la acción penal respecto de las personas jurídicas? 6. ¿Puede constituirse sujeto pasivo así como aplicársele medidas cautelares a una persona jurídica de derecho público?

---

<sup>72</sup> Cfr. Zugaldía Espinar, José Miguel, Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica, en: Sistemas penales iberoamericanos, Libro homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario, Ara, Lima, 2003, pg. 663.