



Hacia un nuevo Derecho penal de las empresas Más allá de la solución penal y meramente administrativa del «delito económico»*

Manuel A. Abanto Vásquez

Revista Penal, n.º 21.—Enero 2008

RESUMEN: Frente a la criminalidad económica, la dogmática penal y el legislador penal han tratado infructuosamente de incluirla en el Derecho penal, forzando para ello los conceptos e instituciones penales creados para el delito y el delincuente individual. Dado que esto no es posible sin desnaturalizar al propio Derecho penal, se propone la creación de un nuevo Derecho sancionador de las empresas que se ajuste a la naturaleza de éstas.

PALABRAS CLAVE: delitos económicos, ley penal en blanco, error en delitos económicos, actuar por otro, responsabilidad penal de la persona jurídica, Derecho penal del riesgo, Derecho penal de la empresa, Derecho penal supranacional.

SUMMARY: In view of economic criminality the criminal dogmatic and the criminal law legislator have unsuccessfully tried to include it inside the Criminal Law by forcing criminal concepts and institutions that were created for individual crimes and individual delinquents. Because this is not possible without a degeneration of the own Criminal Law, it is proposed to create a new Criminal Law of Enterprises according to the nature of them.

KEY WORDS: economic crimes, blank law, error in economic crimes, act for another, criminal liability of enterprises, Criminal Law of the risk, Criminal Law of the Enterprise, Supranational Criminal Law.

1. Introducción: El problema de la criminalidad económica

En el Derecho penal, desde muy pronto se planteó la «criminalidad económica» como un fenómeno peculiar que escapaba a las características tradicionales conocidas por la ciencia penal tradicional, tanto en cuanto al delincuente mismo como a los hechos cometidos¹. En los países europeo-continentales la reacción de la dogmática penal primero, y del legislador, después, se ha caracterizado hasta ahora por querer abarcar este tipo de «criminali-

dad» con el instrumental tradicional previsto en las leyes penales.

En esta tarea, como era de esperar, han surgido una serie de problemas interpretativos en el Derecho penal (para dejar de lado ya al Derecho procesal y al de ejecución penal) en lo referente a la delincuencia económica. Reflejo y consecuencia de estos esfuerzos ha sido el desarrollo de toda una subespecialidad del Derecho penal con el nombre de «Derecho penal económico», mediante el cual se analizan los «delitos económicos» siguiendo, sin embargo, el modelo y las herramientas de análisis de la

* Versión escrita y corregida de la primera conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad «Andrés Bello» de Viña del Mar (Chile), en el marco de las «Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Cuestiones de Derecho penal moderno y de Derecho penal económico» del 14 al 18 de noviembre de 2006.

1. Por eso el sociólogo norteamericano de los años 40 del siglo XX SUTHERLAND hablaba de una criminalidad y de un delincuente «de cuello blanco» (*white-collar crime*). Ver las refs. en ABANTO VÁSQUEZ, «Derecho penal económico. Consideraciones...», p. 25.

dogmática penal tradicional². Es hora de pasar una revista ligera a estos problemas para ver si el camino inicial seguido ha sido el correcto o si no conviene, más bien, corregir el rumbo y dar un tratamiento diferente a la llamada «criminalidad económica». Como el título de este trabajo insinúa, aquí se postulará la necesidad de depurar el Derecho penal de los elementos peculiares de la criminalidad económica cometida en el ámbito empresarial para llevar el tratamiento de esta problemática a una nueva área jurídica que haga justicia a las diferentes características que presenta. Con esto se pretende sugerir que el legislador debería otorgar una regulación legal adecuada a la naturaleza de este tipo de conductas, sin que ello implique negar ni su elevada incidencia en la vida moderna ni la gran dañosidad social que ellas implican³.

Entonces, en la tradición legislativa y dogmática europeo-continental, luego de adoptar la solución «penal» para la criminalidad económica cometida en el ámbito de la actuación de empresas, muy pronto se notó que los conceptos ya cimentados en la dogmática penal no encajaban bien cuando se trataba de analizar las conductas delictivas. Por eso se han tenido que replantear poco a poco una serie de instituciones del Derecho penal tradicional. A continuación veremos algunos de estos problemas, los cuales, en mi opinión, generan problemas insolubles dentro de las categorías del Derecho penal basado en un estado social y democrático de Derecho.

2. Problemas insolubles de dogmática penal trasladada al derecho penal económico

2.1. Problemas de «taxatividad»: la técnica legislativa de las remisiones y la «ley penal en blanco»

Es conocida la dificultad que tiene el legislador penal al momento de tipificar las conductas que constituyen delitos económicos; éstas son tan complejas y variables que una exagerada taxatividad dejaría muchos vacíos con la consiguiente desprotección de los bienes jurídicos, mientras que un excesivo uso de conceptos indeterminados pa-

ra comprender todas las conductas posibles lleva a una falta de taxatividad que atentaría contra el principio de legalidad.

Es por eso que se tiene que encontrar un equilibrio entre ambos objetivos, algo que hasta ahora no se ha logrado satisfactoriamente. En el Derecho penal económico se suele recurrir, para la configuración de los tipos penales (cuando estos no están previstos en «leyes especiales»), a la técnica de la **ley penal en blanco** o a un tipo penal completo, pero con abundantes «elementos normativos». El empleo de estas técnicas es tan usual en el Derecho penal económico que suele constituir una de sus características más notables⁴. P. ej. «obra» en los tipos referidos a los delitos contra los Derechos de autor (en el CP peruano, arts. 216 y ss. CP, concordado con el D. Leg. 822)⁵; «patente», «diseño o modelo industria», «marca», en los delitos contra la propiedad industrial (arts. 222 y ss. CP concordados con el D. Leg. 823); «posición dominante en el mercado», «prácticas y acuerdos restrictivos» del delito de abuso de poder económico (art. 232 CP peruano, concordado con el D. Leg. 701); «licitación pública» o «concurso público de precios», en los delitos de cárteles de licitación (art. 241 CP concordado con la Ley 26689); «institución bancaria, financiera u otra que opere con fondos públicos», en los delitos contra el orden financiero y monetario (arts. 244, 245, 247 CP concordados con la Ley 26689, 26702), etc.

En teoría, para las leyes penales en blanco se debe recurrir a normas extrapenales que llenarían el vacío dejado por el legislador; en el caso de los «elementos normativos», el tipo penal estaría completo, pero para interpretar estos elementos se tiene que hacer una valoración para lo cual resulta inevitable, muchas veces, recurrir a los conocimientos de otras áreas del Derecho y sus respectivas normas⁶. En ambos casos, el legislador penal del tipo en cuestión hace una «remisión»: en el caso de las «leyes penales en blanco», la remisión tiene la finalidad de «rellenar» un vacío, pues el elemento faltante se encuentra fuera del tipo penal («remisión complementadora o «en bloque»); en el «elemento normativo», el tipo penal está completo, pero el elemento necesita una interpretación especial con ayuda de otras áreas del Derecho («remisión interpretativa»)⁷. El criterio diferenciador entre una y otra técnica vendría dado, entonces, por la función que cumple

2. Destaca esta paradójica situación, en especial, MARTÍNEZ-BUJÁN, «Derecho penal económico», p. 22 (2.ª ed. p. 72, 118); también FERRÉ OLIVÉ, pp. 601, 612.

3. En un estudio amplio y moderno realizado recientemente, entre otras conclusiones se confirmó que la «cifra oscura» de los delitos económicos sería muy elevada (menos del 60% de los casos son denunciados), la gran incidencia de los delitos, el gran perjuicio económico que ocasionan, la «falta de conciencia de injusto» y de «controles» como causa de los delitos, etc.; ver, con más refs. de otros estudios que llegan a similares resultados, BUSSMANN/SALVENMOSER, pp. 203 y ss.

4. Cfr. TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», p. 55, n. marg. 99.

5. En adelante, los artículos del CP sin otra especificación, se refieren al Código penal peruano; cuando se mencione a continuación del artículo el término «StGB», se trata del Código penal alemán.

6. Ver TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», pp. 56 y ss., n. marg. 100; ROXIN, «Strafrecht. A. T.», tomo 1, p. 157, n. m. 40, pp. 491 y ss., n. marg. 110; ABANTO VÁSQUEZ, c. más refs., «Derecho penal económico. Consideraciones...», pp. 106 y ss., 110 y ss.

7. Al respecto, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, «El principio de certeza...», pp. 18 y ss.

la norma complementaria en relación con la norma penal remitente: de llenado (ley penal en blanco) o de mera interpretación (elemento normativo)⁸.

Ahora bien, en el caso de la «ley penal en blanco» donde el tipo penal, además de contener elementos normativos, contiene un vacío no esencial (para cuyo «llenado» se remite a una norma complementaria extrapenal), se plantea la cuestión de su inconstitucionalidad por violación del principio de «taxatividad» puesto que el tipo penal mismo no contendría todos los elementos típicos y por lo tanto el destinatario de la norma no podría saber qué conducta constituiría delito. Sin embargo, atendiendo a la necesidad de proteger adecuadamente los bienes jurídicos económicos, la jurisprudencia constitucional alemana (y doctrina penal mayoritaria alemana e hispanoparlante) suele aceptar esta técnica cuando se constata que la «decisión básica» sobre la punibilidad de la conducta ha sido tomada por el legislador penal y se manifieste así en el tipo penal⁹, o sea cuando la ley penal contenga un mínimo de descripción de las conductas prohibidas que haga comprensible al «destinatario de la norma» las condiciones de punibilidad y la pena (el «núcleo»), y que esta técnica sea inevitable en cuanto a que no había posibilidad de hacer una mayor precisión¹⁰. Este principio básico se hace extensivo también para los «elementos normativos». Solamente hay que tener en cuenta la naturaleza de la norma complementaria, la cual no solamente puede ser otra ley, sino también una norma de inferior jerarquía o incluso un acto administrativo. En esto la jurisprudencia y la doctrina concluyen que ya las leyes de delegación y no las normas de inferior jerarquía y los actos administrativos deben dejar entrever los presupuestos de la punibilidad¹¹.

La distinción entre «normas penales en blanco» y «elementos normativos» tiene una enorme importancia práctica en el Derecho penal económico. No solamente se trata ya de la constitucionalidad de los tipos penales en cuestión por razones de respeto del principio de legalidad, sino también hay consecuencias para la **teoría del error**: si

el sujeto activo se equivocara en relación a un elemento normativo o a la norma complementaria, ¿esto llevaría a un «error de tipo» o solamente constituiría un «error de prohibición»? Es conocida la fórmula legal diferenciada usualmente prevista en las leyes penales: en caso de un error de tipo, el error invencible suele excluir el injusto penal, mientras que el vencible solamente es punible como delito imprudente (si hubiera uno aplicable); en el error de prohibición, la invencibilidad excluye la culpabilidad del sujeto mientras que la vencibilidad solamente la atenúa (por el mismo tipo doloso en cuestión). Además, partiendo de la «accesoriedad limitada», un error de tipo vencible excluye la punibilidad del partícipe, mientras que un error de prohibición, vencible o invencible, deja intacta la punibilidad de éste. Aquí se han barajado varias soluciones.

En el caso de los delitos económicos, cuando se trate de una «ley penal en blanco»¹², el problema del error puede presentarse cuando el sujeto alega haber ignorado la *existencia* de la norma complementaria o cuando su desconocimiento se refería solamente a *un elemento de la norma complementaria*. La teoría dominante ha diferenciado ambos casos: mientras que en el primero de ellos admite un «error de prohibición» porque la existencia de la ley es determinante para la consciencia del injusto, en el segundo caso recurre a la «lectura conjunta» de todos los elementos como si fueran un solo tipo penal y solamente admite un «error de tipo»¹³. Pero en el campo de los delitos económicos esta solución global puede llevar a muchas injusticias debido a la complejidad de la materia prevista en las normas complementarias. Luego no pocas veces es posible que los sujetos desconozcan creíble y razonablemente la «existencia» misma de la norma complementaria, la cual era decisiva para «conocer en la esfera del profano» (fórmula del error de tipo) el carácter prohibido de la conducta. Por eso, otro sector de la doctrina, teniendo en cuenta las dificultades de (compleja incluso para los expertos) admite ampliamente el error de tipo para ambos casos¹⁴.

8. Al respecto, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, «El principio de certeza...», pp. 19 y ss.

9. Ver, con ejemplos jurisprud. y más refs. TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», pp. 58 y ss., n. marg. 103 y ss.

10. Al respecto ver en Klaus TIEDEMANN, citando jurisprudencia alemana y exigiendo, además, una interpretación restrictiva de elementos normativos indeterminados, en «Temas...», pp. 67 y ss., 72 y ss.; también en «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», pp. 55 y ss. esp. n. marg. 114 y ss.; PEÑA CABRERA, p. 181; VILLAVICENCIO TERREROS, p. 138, n. marg. 286; ABANTO VÁSQUEZ, «El principio de certeza...», pp. 24 y s.

11. Ver así TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», p. 60, n. marg. 108.

12. En el caso de los «elementos normativos» (p. ej. en el fraude tributario), la doctrina casi en su totalidad admite la solución del «error de tipo» pues el dolo se extendería también a la valoración extrapenal (en el sentido de una «valoración del profano»); al respecto ver, c. más refs. TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», p. 113, n. marg. 227 y ss.

13. Así, en principio ROXIN, c. más refs., «Strafrecht. A. T.», tomo 1, pp. 492 y ss., n. marg. 111 y ss. Ver, c. más refs., TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», pp. 110 y ss.; en el mismo sentido, ABANTO VÁSQUEZ, «Derecho penal económico. Consideraciones...», pp. 129 y ss.

14. En este sentido, aunque con alguna variación terminológica, ROXIN, «Strafrecht. A. T.», tomo 1, p. 491, n. marg. 110 y ss.; TIEDEMANN, «Temas...», pp. 92 y ss., 114 y ss.; ídem, «Derecho penal y nuevas formas de criminalidad», p. 38. En general se tiende a diferenciar si el conocimiento de la norma complementaria debe ser comprendida por el «dolo» (en tal caso: error de tipo) o no (error de prohibición); eso sería así en el caso de las «autorizaciones administrativas». TIEDEMANN, quien encuentra paralelos con

Ésta parece ser la solución más justa y acorde con los principios de Estado de Derecho, cuando está en juego la punibilidad de individuos. Se argumenta que el llenado de los vacíos de punibilidad debería estar siempre a cargo del legislador; en el ámbito del Derecho penal económico, nada impediría que se introdujeran tipos culposos, tal y como p. ej. ha ocurrido en Alemania con el art. 264 (tipo culposo de fraude de subvenciones); los vacíos derivados de la inexistencia de tipos culposos para muchos delitos económicos no deben ser llenados en contra del ciudadano. El legislador, más bien, debería tener en cuenta la realidad de la materia de regulación donde, debido a la dificultad creada por el mismo legislador extrapenal, no son infrecuentes los casos de error derivados p. ej. de una mala recomendación del abogado o asesor; o del informe previo erróneo de la propia autoridad administrativa. La solución global planteada en los Códigos penales (art. 16 y 17 CP alemán, art. 14 CP peruano) para los errores de tipo y error de prohibición puede llevar a soluciones injustas cuando se trata de delitos económicos, sobre todo en caso de «leyes penales en blanco»¹⁵. Lo que está aquí en juego es si el sujeto conocía o no el carácter jurídicamente prohibido de la conducta a través del conocimiento de la existencia de toda una norma complementaria o de parte de ella; por eso, algunos autores han planteado, por lo menos para el Derecho penal económico, un retorno a la doctrina antigua del «error de hecho» y «error de Derecho»¹⁶.

Pero el remitir el llenado de los vacíos de punibilidad al legislador desconoce la «lentitud» con que éste actúa (con el resultado de una desprotección permanente de los bienes jurídicos), aparte de que tampoco parece ser deseable una nueva «inflación» de tipos imprudentes dirigidos sobre todo a personas naturales (eventualmente, si la legislación penal lo prevé, también a personas jurídicas). Una solución más limpia consistiría, por eso, en prever una regulación específica del «error» dentro de una regulación sancionadora de personas jurídicas. Aquí, por lo demás, se podrían tener en cuenta una serie de factores propios de la actuación en el ámbito empresarial (p. ej. la existencia de oficinas legales en las empresas, la posibilidad de obtener

opiniones de las autoridades, etc.), y prever una regulación específica y justa al respecto.

2.2. El «actuar por otro» y problemas de «autoría» en las decisiones de «órganos colegiados» de las empresas

Cuando una característica que el tipo penal prevé para el autor del delito recayese en quien precisamente no ejecutara por sí mismo o, según el sistema penal vigente, no pudiese ejecutar el delito (p. ej. si el tipo penal se refiriese a un «deudor», a un «titular de los bienes», etc., y esta característica recayera en una persona jurídica), cabe la pregunta lícita de en qué manera influiría esto en la responsabilidad penal de los individuos que hubiesen ejecutado la acción típica en nombre o en interés (o incluso simplemente en lugar) de aquél: ¿serían autores, partícipes o quedarían impunes? Esta situación se presenta (o se presentaba) en muchos tipos penales conocidos como *delitos especiales* (últimamente un sector de la doctrina los denomina «delitos de infracción del deber»); p. ej. como los delitos tributarios («deudor tributario»), los de quiebra («deudor en quiebra») o delitos laborales («empleador») o muchos delitos económicos referidos al «empresario», «comerciante», «gerente», etc. Para estos casos, el legislador penal alemán introdujo el famoso art. 14 del StGB que ha servido de inspiración a otros legisladores penales (art. 31 CP español, art. 27 CP peruano) tras demostrarse en la práctica la imposibilidad de comprender interpretativamente al ejecutor «extraneus» en los tipos especiales, sobre todo en aquellos donde la cualidad exigida por el tipo recaía en una persona jurídica (ésta no puede ser tradicionalmente «autora» de un delito)¹⁷.

Entonces, la regla del **actuar por otro** constituye una cláusula de «extensión de la punibilidad» para comprender dentro del tipo penal a quienes no estaban comprendidos inicialmente en él por carecer del elemento típico exigido, aunque sí hubieran realizado las conductas típicas descritas¹⁸. Para fundamentar la legitimidad de esta regla, se admite más que una mera «representación» del *intra-neus* a través del *extraneus* (que chocaría con la prohibi-

su propia teoría, ha sostenido que la norma de determinación (el deber) pertenecería al tipo cuando sea por sí misma «neutral al injusto» o incluso «socialmente adecuada»; ver «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», pp. 112 y ss., n. marg. 225. Al respecto, ABANTO VÁSQUEZ, «Derecho penal económico. Consideraciones...», pp. 129 y ss.

15. Ver, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, «Derecho penal económico. Consideraciones...», pp. 131 y ss.

16. Una exposición de las tesis de KUHLEN (el fundador de esta teoría) y PUPPE puede verse en ROXIN, quien reconoce coincidencias con sus soluciones, «Strafrecht. A. T.», tomo 1, pp. 495 y ss., n. marg. 118 y ss. PUPPE critica la terminología tradicional y prefiere distinguir entre «error extrapenal» y «error sobre la norma de conducta», «Strafrecht. A. T.», pp. 492 y ss., esp. n. marg. 11. TIEDEMANN resalta las bondades de la antigua teoría del Tribunal del Reich para el tratamiento del error en delitos económicos; ver «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», p. 112, n. marg. 224.

17. Ver al respecto la amplia exposición histórica y los intentos de solución interpretativa en la doctrina alemana en GARCÍA CAVERO, «La discusión doctrinal...», pp. 335 y ss., 341 y ss. Sobre las discusiones previas y posteriores a la introducción del art. 14 StGB en Alemania, ver LENCKNER/PERRON, en *Schönke/Schröder*, art. 14, n. marg. 2, p. 242; también, con muchos ejemplos y jurisprudencia, ROXIN, «Strafrecht. A. T.», tomo 2, p. 264, n. marg. 84 y ss., 89 y ss.

18. Ver ROXIN, «Strafrecht. A. T.», tomo 2, n. marg. 85 y ss., pp. 264 y ss.; también, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, «Derecho penal económico. Consideraciones...», pp. 146 y ss.; GARCÍA CAVERO, «La discusión doctrinal...», pp. 333 y ss.

ción de la «analogía») una «identidad material de conductas» de ambos: desde la perspectiva del bien jurídico, el actuante por otro tiene que responder personalmente por la infracción de los deberes derivados del estatus del autor (el *intraneus*), los cuales son transmitidos (sin por ello cambiar el estatus) a aquél que ejecute los hechos (el *extraneus*)¹⁹. Esta «asunción del deber» no libera por cierto al «representado» de su propio estatus ni de la responsabilidad propia por la infracción de sus propios deberes; mejor dicho, también podría ser autor (o coautor) del delito especial²⁰.

El modelo seguido por el art. 27 del CP peruano se basó en la redacción del art. 15 bis del antiguo CP español, el cual tenía una formulación muy restringida: solamente se refería a la «representación» de «personas jurídicas»; además, a esta limitación se aúna la exigencia, en la redacción legal peruana, de que exista una «representación autorizada», lo cual lleva a exigir un que el «actuante por otro» sea «representante legal» de la persona jurídica, excluyendo así los casos muy comunes en la práctica de la llamada «representación voluntaria o fáctica»²¹. En cambio, el modelo alemán también abarca incluso los casos de representación «fáctica» de los órganos y representantes, es decir de aquellos que, pese a la invalidez formal de su

representación, actúen de hecho en concordancia con la voluntad (o «en interés») del representado²².

Ahora bien, esta regla de todos modos, incluso en su versión más acabada, no ha podido solucionar todos los vacíos de punibilidad²³:

1.—No es aplicable para solucionar los problemas de *autoría y participación* en «delitos especiales». ROXIN ha aclarado convincentemente que los «elementos personales» a los que se refiere la regla del «actuar por otro» no siempre guarda identidad con los que fundamentan todos los delitos de «infracción del deber»: por un lado, algunos tipos penales incluyen ya de *lege lata* (o tras una interpretación correcta) la extensión de la autoría para los *extranei*; y por otro lado, no siempre el «deber» derivado del estatus especial puede ser asumido por otro²⁴. Mejor dicho, existen algunos «elementos personales» o «personalísimos», a partir de cuyo estatus se puede delegar el deber (y puede ser aplicable la regla del «actuar por otro»), pero hay otros donde tal traslación no es posible. P. ej. en el caso de quien toma parte en un «accidente de tráfico» (y tiene el deber de no alejarse del lugar de los hechos), o la condición de «funcionario público» (en los delitos de cohecho). En estos últimos casos, tendría que existir una regla legal específica o buscarse la legitimación de la pu-

19. Cfr. ROXIN, «Strafrecht. A. T.», tomo 2, p. 269, n. marg. 98. En el mismo sentido, MAZUELOS COELLO, pp. 488 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, «Derecho penal económico. Consideraciones...», pp. 150 y ss. Ésta es la posición dominante en la actualidad, aunque la fundamentación difiera en muchos aspectos. Ver una exposición amplia de las soluciones propuestas por SCHÜNEMANN («dominio sobre el fundamento del resultado») y GRACIA MARTÍN («dominio social») en GARCÍA CAVERO, «La discusión doctrinal...», pp. 370 y ss., 373 y ss. Desde una perspectiva normativista, GARCÍA CAVERO sugiere una solución algo distinta en su fundamentación (aunque por sus resultados coincida mucho con las otras tesis): tras una distinción de los delitos especiales «en sentido amplio» (el autor tendría competencia por organización propia o por asumir ámbitos ajenos), y delitos especiales «en sentido estricto» o «delitos de infracción del deber» (la autoría se basaría en la «competencia institucional»), el «actuar por otro» sería posible en el primer caso por mera «asunción» de la posición especial de otros a través del «dominio» y, en el segundo, por una «relación de representación» de quien tiene el deber (el *intraneus*) con quien no lo tenía (el *extraneus*) c; ver *ibidem*, pp. 375 y ss. Tras esta solución habría que preguntar qué función tendría entonces la previsión legal expresa del «actuar por otro». Además, la teoría de los deberes y de la comunicación normativa, en general, tiene el problema de que en ella, de manera bastante artificial, tendrían que entrar a tallar las «personas jurídicas» (pues se puede afirmar que ellas también «comunican» en la realidad social) aunque no encajen tanto en el esquema jakobsiano individuo/persona/enemigo.

20. En esto coinciden todos; ver ROXIN, «Strafrecht A. T.», tomo 2, p. 269, n. marg. 98; TIEDEMANN; «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», pp. 119 y ss., n. marg. 239 y ss. La misma regla alemana del «actuar por otro» ofrece una base para esta interpretación cuando presupone ya de *lege lata* esta doble responsabilidad: «... también se empleará para el representante...». Este énfasis falta, sin embargo, en el art. 27 del CP peruano, aunque la interpretación no puede ser diferente si se parte de la teoría de la identidad material.

21. Algo que también era criticado en el antiguo CP español, ver ABANTO VÁSQUEZ, «Derecho penal económico. Consideraciones...», p. 147.

22. En este sentido la doctrina mayoritaria que emplea aquí un «punto de vista fáctico»; ROXIN, «Strafrecht. A. T.», tomo 2, p. 284. En contra, LENCKNER/PERRON, para quienes, el tenor legal (art. 14, tercer párrafo) abarcaría aquellos casos en los que la representación legal no sea formalmente válida aunque sí se pueda entender que la representada haya querido la representación; ver en SCHÖNKE/SCHRÖDER, c. más refs. sobre las dos posiciones, art. 14, n. marg. 42/43, p. 253.; también, ABANTO VÁSQUEZ, «Derecho penal económico. Consideraciones...», p. 148.

23. Sobre las críticas ver ROXIN, c. más refs. «Strafrecht. A. T.», tomo 2, pp. 266 y ss., n. marg. 92 y ss.; GRACIA MARTÍN, pp. 99 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, «Derecho penal económico. Consideraciones...», c. más refs., pp. 151 y ss.

24. ROXIN, «Strafrecht. A. T.», tomo 2, n. marg. 102 y ss, p. 271. En Alemania los «elementos personales especiales» también son mencionados por el art. 28 que prevé una atenuación de la pena para el «extraneus» participe de delitos especiales, pues en caso contrario tendrían un marco de pena derivado del delito especial, lo cual resultaría desproporcional ya que tal marco de pena está construido teniendo en cuenta el mayor injusto penal derivado de la cualidad especial del autor; al respecto ver ABANTO VÁSQUEZ, «Autoría y participación...», pp. 18 y ss.

nibilidad del «intraeius» a través de una teoría de la «autoría y participación» en delitos especiales que trate convincentemente los casos de «instrumento doloso no cualificado»²⁵.

2.—Pero la regla del «actuar por otro» tampoco ha llenado todos los vacíos de punibilidad que dieron pie a su origen, especialmente en el caso de los delitos cometidos en el marco de la actividad empresarial. Si bien ha extendido la punibilidad para abarcar a los ejecutantes de la conducta típica, o sea a los subordinados (responsabilidad hacia abajo²⁶), existen problemas a la hora de abarcar a los que quizás tengan mayor responsabilidad en la comisión de delitos económicos: los directivos, gerentes, etc. (*responsabilidad hacia arriba*)²⁷. Las causas de este vacío son múltiples; para los fines de esta exposición baste con resaltar los casos en los cuales el «representante» no reúna los elementos subjetivos requeridos en el tipo penal (la extensión solamente se refiere a los elementos objetivos), o cuando el actuante hubiera realizado los hechos sin representación legal (en el caso peruano) o en interés propio y no del representado (en el caso alemán) o, por último cuando el actuante sea también una persona jurídica o, aunque sea un subordinado de la empresa pueda acogerse a un error o una situación de inexigibilidad debido a su condición.

De todos estos problemas el más difícil, por carecer de solución legislativa con el modelo penal vigente, es el último. En la práctica del mundo de los negocios, el último miembro de la cadena encargado de ejecutar órdenes mu-

chas veces carece de toda conciencia de injusto y, debido a las múltiples delegaciones de funciones y por la propia organización empresarial, o bien no se conoce quién o quienes dieron las órdenes que desembocaron en el delito o estos pueden justificarse de distintas formas (p. ej. en un error respecto a la ejecución de lo ordenado). Esta llamada *irresponsabilidad organizada* es consecuencia de la organización de las empresas, donde la toma de decisiones pasa por un proceso en el cual la «información previa», el «poder de decisión» y la «ejecución de la decisión» suelen recaer en distintas personas²⁸.

Por ahora, ya de *lege lata*, las soluciones tienden a recurrir a la *omisión impropia* tras admitir una «posición de garante» del productor, gerente o directores de las empresas. Así, se ha dado solución jurisprudencial en Alemania sobre todo a los casos de «responsabilidad por el producto» y se ha admitido la punibilidad por delito de lesiones corporales a los directivos que hubieran (a sabiendas o, si el tipo lo admite, culposamente) ordenado la introducción al mercado de productos peligrosos para la salud o no hubieran ordenado su retirada o emitido comunicados públicos para advertir a los consumidores²⁹. La «asunción de una posición de protección» del productor frente a los que adquirentes del producto permitiría la punibilidad por «omisión impropia» pues, en el mundo moderno, el consumidor no tendría ninguna posibilidad de verificar las inocuidad de los productos que adquiere y sólo puede «confiar» en ello³⁰. O también puede entenderse el deber

25. Desde la perspectiva de la teoría del «dominio del hecho», la teoría más convincente es la de la «unidad del título de imputación», aunque no deja de tener algunos vacíos (especialmente en el caso de los delitos especiales propios); la alternativa sería la discutida teoría de Roxin de admitir reglas específicas (desligadas del «dominio del hecho») para estos delitos que él conoce como de «infracción del deber»; al respecto ver ampliamente, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, «Autoría y participación...», pp. 3 y ss.

26. En el caso de las responsabilidad penal de estos, la situación se ha aclarado últimamente al admitirse en la jurisprudencia alemana una solución normativa en el sentido de la «imputación objetiva», con fuerte influencia jakobsiana. Así, primero se imputa a la empresa los hechos delictivos de las personas naturales que actúan por ella (con la consecuencia de una sanción administrativa autónoma para ésta) y luego se definen los «ámbitos de responsabilidad» de los individuos desde la perspectiva del principio de «confianza» en el tráfico económico: cada interviniente en un hecho debe poder confiar en que los demás cumplirán con las tareas que se hayan repartido según el plan organizacional de la empresa, y cada uno de ellos es responsable de la tarea que le corresponda. Ver TIEDEMANN, remitiéndose especialmente a Jakobs y Rudolphi, «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», pp. 118 y ss., n. marg. 238.

27. Crítica dominante en Alemania; ver, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, «Derecho penal económico. Consideraciones...», pp. 151 y ss. En cambio sostiene que sí habría «responsabilidad hacia arriba» a través del «actuar por otro», GRACIA MARTÍN, «La responsabilidad penal...», pp. 113 y ss.; siguiéndolo, MAZUELOS, pp. 494.

28. Éste es el argumento más fuerte para demostrar la necesidad político-criminal de una responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ver, admitiendo esto TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», p. SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal...», pp. 151 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, «Derecho penal económico. Consideraciones...», c. más refs., p. 160.

29. El caso más famoso, frecuentemente citado en los manuales y trabajos que tratan el tema del «actuar por otro» y la responsabilidad penal de «órganos colegiados» (además del problema de la causalidad) es el del «aerosol de cuero» (*Lederspray*): tras el uso de un aerosol para zapatos y otros productos de cueros, algunos usuarios tuvieron serios problemas de salud (sobre todo edemas pulmonares); al conocer estos efectos, la empresa mandó realizar análisis los cuales no demostraron ninguna dañabilidad del producto. Por eso, se continuó con la venta del producto. Luego de la intervención de la autoridad, se tuvo que retirar el producto del mercado, y aunque hubo un proceso penal y condenas nunca se conoció con seguridad la relación de causalidad entre el empleo del producto y los daños a la salud. Ver la sentencia en BGHSt, tomo 37, n. marg. 106 y ss. También un análisis de esta sentencia en PUPPE, «Strafrecht A. T.», 45 y ss., 59 y ss., 76 y ss.; TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», p. 87, n. marg. 172, pp. 88 y ss., n. marg. 177.

30. Así ROXIN, admitiendo una propuesta de SCHÜNEMANN; ver «Strafrecht. A. T.», tomo 2, pp. 782 y ss., n. marg. 210 y ss.

de garante como consecuencia del poder de dirección y de dar órdenes que tienen los titulares de las empresas en relación con sus subordinados³¹. De *lege ferenda*, si se quiere permanecer con el modelo tradicional de responsabilidad penal también puede buscarse la solución a través de la transformación, donde sea posible, de los tipos especiales (o sea que exigen determinada cualidad en el sujeto activo) en tipos «comunes»: en una sociedad moderna, donde teóricamente todos deberían tener las mismas posibilidades de acceso a los instrumentos y beneficios económicos, también todos debería estar en condiciones de atacar (y ser responsables por dicho ataque) los distintos bienes jurídicos económicos³². Pero en otros casos, el injusto penal está constituido ya por el carácter mismo de quien realiza la conducta prohibida: solamente la empresa puede «concertar precios» o abusar de su posición dominante (en el delito de «abuso de poder económico» según el art. 232 del CP peruano) o superar los límites de contaminación autorizados (delito de contaminación ambiental según el art. 304 peruano). Por cierto que existe también un modelo intermedio que cubre estos casos de manera más o menos satisfactoria: las responsabilidades contravencional de la empresa según el modelo alemán de la Ley de Contravenciones (OWiG), cuyo art. 130 permite imponer sanciones al titular o los directivos de la empresa por «infracción del deber de control» y cuyo art. 30 prevé una multa para la misma empresa por «organización defectuosa» (ver más adelante).

En particular se presenta muy complicada la situación cuando se trata de **órganos colegiados** que toman decisiones que luego llevan a la producción de delitos. Esta forma de actuación es, por lo demás, bastante frecuente, en el mundo moderno de los negocios³³. Así, si miembros del Directorio deciden la introducción al mercado de un producto, cuya nocividad ellos conocían, existe la interrogante de saber quiénes resultan responsables por un eventual delito de lesiones, homicidio o «delito contra la salud pública»: ¿solamente los que tomaron la decisión por mayoría o también los que, conociendo el problema, votaron en contra o se abstuvieron o incluso no asistieron a la se-

sión pertinente? En estos casos, algunos han recurrido a la teoría de la imputación objetiva. Por ejemplo, JAKOBS sugiere que, como la «exteriorización» de la decisión del órgano colegiado todavía no se habría producido, la violación perfecta de la norma todavía estaría pendiente; entonces, la participación en una decisión colegiada solamente puede ser, en ese momento, una participación en un «acto preparatorio», y, cuando ésta hubiera sido ejecutada, no habría problemas para la «imputación objetiva» de todos los que hubieran aportado a tal decisión³⁴.

Pero la mayoría ve la solución ya en el momento de la definición de la «causalidad». Así para PUPPE habría causalidad cuando el aporte sea una parte necesaria de una condición mínima suficiente para el resultado en función de leyes naturales y sociales³⁵; motivo por el cual no habría problemas para afirmar la «causalidad múltiple» de todos los que hubieran intervenido con voto favorable para la decisión de un órgano colegiado y que hubiera desembocado en la comisión de un delito³⁶. Pero como ha observado ROXIN, si bien esta teoría es plausible, los casos presentados, en realidad, podrían encajar también dentro de la definición de «causalidad» como «causalidad acumulativa» (todos aportan su decisión para que se produzca la causalidad)³⁷. Es decir, todos los votos que aportaran a la decisión del órgano (así algunos sean *ex post* innecesarios por seguir existiendo mayoría sin ellos) serían causales para el «acuerdo» que rige en el mundo real como expresión de voluntad del órgano y que es, a su vez, causa de los daños³⁸. Ésta sería la base a partir de la cual se pueden analizar grupos de casos de decisiones de órganos colegiados teniendo en cuenta las reglas de la imputación objetiva. Así, habrá algunas votaciones en las cuales la decisión equivaldría a la ejecución y por lo tanto al cumplimiento del tipo (en tal caso, habría autoría de los votantes a favor); en otros casos, el acuerdo todavía necesitaría su ejecución por otras personas que normalmente son subordinados del órgano decisorio (en tal caso, usualmente los votantes a favor solamente serían partícipes del delito ejecutado; eventualmente podría discutirse incluso autoría mediata); y otros casos son claramente y, desde el princi-

31. TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», p. 94, n. marg. 185.

32. Propuesta que hice ya hace varios años, siguiendo básicamente a TIEDEMANN («Wirtschaftsstrafrecht», tomo I, Colonia 1976, pp. 187 y ss.); ver ABANTO VÁSQUEZ, «Derecho penal económico. Consideraciones...», pp. 152 y ss.

33. TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», p. 88, n. marg. 176.

34. JAKOBS, «Strafrechtliche Haftung...», pp. 425 y ss.

35. PUPPE, «Strafrecht. A. T.», pp. 59 y ss., esp. n. marg. 38.

36. PUPPE, «Brauchen wir...», pp. 287 y ss.; ver una exposición de esta doctrina en ABANTO VÁSQUEZ, «El estado actual de la discusión sobre la teoría de la imputación objetiva», en: «XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho penal y Criminología», UNMSM, Lima, 2004, pp. 7 y ss.

37. Ver ROXIN «Strafrecht. A. T.», tomo I, pp. 358 y ss., n. marg. 19. También RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, quien tras exponer las distintas soluciones y finalmente concluye que si bien la teoría de PUPPE da buenas soluciones a los problemas presentados, no difiere mayormente de la teoría de la «condición» basada en leyes naturales generales, pp. 313 y ss., 316 y ss.

38. ROXIN, «Strafrecht. A. T.», tomo 2, p. 650, n. marg. 67. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, quien también destaca las coincidencias con Jakobs (para quien todo se trataría más bien de un problema de «imputación objetiva») y con el entendimiento de la causalidad de PUPPE; ver pp. 314 y ss., 316 y ss.

pio, meros actos de colaboración con actividades delictivas de otros (los votantes solamente serían partícipes, salvo que existan tipos que prevean expresamente una autoría autónoma)³⁹.

Ahora bien, pese al momentáneo consenso sobre los principios básicos de la responsabilidad penal de órganos colegiados en el sentido de la responsabilidad penal de todos los que votaron a favor⁴⁰, no debe olvidarse un importante detalle: las soluciones propuestas para el tratamiento penal de tales actos pretenden aplicar categorías de la imputación penal creadas pensando en decisiones y actuaciones individuales⁴¹. Por eso las soluciones no dejan de parecer algo forzadas. Y es que un acto de votación para una decisión colegiada no puede equipararse a una contribución causal en el sentido de las ciencias naturales pues no implica ninguna actividad exterior directamente vinculada con la producción del resultado según las leyes naturales; incorporar dentro de la teoría de la condición, aparte de las leyes de la naturaleza, también las reglas sociales y otras, implica desnaturalizar el concepto de la causalidad. En tal sentido es comprensible la teoría de JAKOBS que busca la solución en el campo de la imputación objetiva. Pero tampoco aquí hay suficiente claridad pues un acto de votación a favor de una actuación empresarial dañosa atenta ya contra normas extrapenales que vinculan la actuación empresarial a actos reglados (aquí ya hay violación de normas) y no se entiende por qué tal decisión que, por la forma de actuación de las empresas, no puede ser tomada de otra manera, no deba ser siempre equiparable a una «voluntad empresarial» que posteriormente es ejecutada por otros «órganos» (empleados) de la misma empresa, o por terceros contratados para tal fin. El paralelismo con la autoría, en el primer caso, y la inducción, en el

segundo, es evidente. Pero los principios no dejan de ser distintos. Por eso, ya aquí se ve la conveniencia de prever reglas legales específicas de imputación sancionadora para las empresas, en lo posible, en un Derecho *ad hoc* para éstas. En este sentido TIEDEMANN admite un nuevo entendimiento de la «coautoría» cuando se trata de «órganos colegiados», pues entiende que el hecho de pertenecer todos a la misma empresa haría irrelevante la «decisión común»⁴².

Por cierto que también para el Derecho penal se necesitaría una regulación más precisa sobre «autoría y participación» en el caso de actuación de órganos colegiados, pues ella también es posible y hasta frecuente en la práctica fuera del mundo empresarial (p. ej. en la administración pública)⁴³. Piénsese por ejemplo en los casos de aquellas decisiones de miembros de un colegiado administrativo que impliquen «abuso de autoridad» o «malversación de fondos» o «prevaricato». Pero estas reglas no tienen que coincidir con las que se prevean para el caso de las empresas. Mientras que en estas últimas se puede ser más flexible en el sentido de prever incluso responsabilidad colegiada por imprudencias o ya por la mera decisión ilícita, en el caso del Derecho penal, debido también a su gravedad, se deben respetar otros principios básicos que limitan la responsabilidad penal.

En la actualidad existen importantes vacíos de punibilidad cuando se trata de la responsabilidad del empresario o de los órganos de la empresa por actos (delictivos de *lege lata*) cometidos por subordinados o representantes. Los intentos por aplicar las reglas generales del Derecho penal ha llevado a extremos dudosos⁴⁴ o, por lo menos insuficientes por no existir todavía una concreta base legislativa⁴⁵. En el Derecho Comunitario se ha dado un avance im-

39. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, pp. 319 y ss.

40. Concluye así tras revisar diversas propuestas de solución, TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», pp. 89 y ss., n. marg. 178 y ss.

41. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, p. 308.

42. TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», p. 90, n. marg. 179, pp. 120 y ss., n. marg. 241.

43. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, p. 308.

44. Este «violentamiento» de los conceptos penales individuales para hacerlos encajar en las conductas del ámbito empresarial, pero bajo violación de otros principios penales (p. ej. admisión de una «responsabilidad objetiva») se manifiesta también en la extensión inapropiada de la «autoría por dominio de aparatos organizados de poder» (ver al respecto las críticas de ROXIN a estos intentos de extender la doctrina por él creada, «Strafrecht A. T.», tomo 2, pp. 55 y ss., n. marg. 129 y ss.; ver también los comentarios más bien positivos de TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», p. 120, n. marg. 241) y en la amplia admisión de una autoría por «omisión impropia» de los empresarios u órganos de empresas por cualquier delito proveniente de la organización (al respecto ver críticamente RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, pp. 329 y ss. y también TIEDEMANN, *ibidem*).

45. P. ej. hay varios intentos de fundamentar una autoría en «comisión por omisión»; al respecto ver las citas en ROXIN, quien no obstante sugiere la aplicación de una responsabilidad del empresario por «omisión impropia», «Strafrecht. A. T.», pp. 57 y ss., n. marg. 136 y ss. TIEDEMANN ha propuesto una forma de autoría autónoma de «responsabilidad por una conducta ajena» para un Código Penal Tipo de Europa; ver «Die Regelung von Täterschaft...», pp. 496 y ss. Esta regulación ha alcanzado una fórmula acabada en los denominados «Eurodelitos», art. 15, segundo párrafo, b), donde se hace responder penalmente a «... quien debido a su dominio sobre otra persona está obligado legalmente a evitar que actúe ilícitamente, siempre que tenga conocimiento del hecho y hubiera podido impedir o dificultar esencialmente su realización mediante una supervisión adecuada», entre otros, a «... los propietarios o directores de un establecimiento o empresa, así como las personas con poder de decisión o control por hechos realizados por subordinados pertenecientes al tráfico del establecimiento o de la empresa...»; ver al respecto SCHÜNEMANN, «Sobre la regulación...», pp. 35 y ss.

portante en esta dirección cuando en el art. 13 del *Corpus Iuris* se reconoce la responsabilidad penal del empresario o del órgano decisorio cuando se hubiera conocido, dado órdenes para su comisión, hubiera permitido la comisión o hubiera omitido tomar las medidas necesarias para la comisión del delito por parte de un subordinado u otro con poder de decisión o control al interior de la empresa⁴⁶.

2.3. Responsabilidad penal de personas jurídicas. Consecuencias accesorias

Los vacíos arriba observados podrían superarse en gran medida si se admitiera una auténtica **responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Pero, aunque mayoritariamente las leyes penales de los países con un sistema europeo-continental no hayan rechazado de manera expresa tal responsabilidad penal, sus instituciones y conceptos han sido evidentemente contruidos a partir de la acción y la responsabilidad individual⁴⁷. Es por eso que, para negar la responsabilidad penal autónoma de los entes colectivos, pueden invocarse muchos principios y reglas que evidentemente han tomado por presupuesto la irresponsabilidad penal de las empresas⁴⁸; la prohibición de la «responsabilidad objetiva», la «función resocializadora de la pena», la regla del «actuar por otro». Por cierto que esto tampoco es escollo para que, de *lege ferenda* pueda admitirse la responsabilidad penal de las personas jurídicas pues también se pueden reinterpretar estos principios y regulaciones para comprender la actividad de las empresas. Que ello sea así lo demuestra no solamente la tradición jurídica anglosajona sino también los últimos desarrollos legislativos en muchos países europeos, así como la indiscutible *responsabilidad legal* de las empresas vigente en otras áreas jurídicas⁴⁹, así como en propuestas legislativas como en el *Corpus Iuris* para Europa (art. 14), el Nuevo Código Penal Tipo para Latinoamérica (art. X) y las recomendacio-

nes de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Particularmente en el artículo 13 del *Corpus Iuris*, siguiendo el modelo francés (art. 121-2 del Code Pénal de 1994), se prevé la responsabilidad penal por algunos delitos que cometan los órganos, representantes u otras personas, a favor de la empresa. Sin embargo, aunque en el texto no se ha aclarado expresamente si deba verificarse una «culpabilidad organizacional» adicional de la persona jurídica (p. ej. un «defecto de organización») ⁵⁰, la práctica de la Comisión Europea muestra que se admite cada vez más esta culpabilidad propia del órgano colectivo y, por tanto, su desligamiento de la culpabilidad de la persona natural (que puede quedar sin ser probada) ⁵¹.

Como solución intermedia, en algunas legislaciones penales se han introducido las llamadas **consecuencias accesorias** para aquellas personas jurídicas en cuyo marco se hubiesen cometido delitos. En la discusión teórica de hace algunos años solamente se veía como necesidad político-criminal el hacer responsable «subsidiariamente» a la persona jurídica en caso de comisión de delitos por parte de personas naturales que se valían de ellas. Este modelo se ha impuesto en parte en alguna legislación penal como la española (art. 129) y la peruana (art. 105). Pero no existe, por lo menos no en esa forma específica, en otra legislaciones como la alemana y la chilena. Esta previsión legal, sin embargo, ha generado una serie de discusiones en cuanto a su naturaleza (¿penal, cuasi-penal, administrativa, sui-géneris?), su capacidad de rendimiento (dejaría vacíos en caso de faltar una responsabilidad individual) y su aplicación práctica⁵². Lo cierto es que están previstas en el Código penal, dependen de la verificación de responsabilidad individual y, además son facultativas (por lo menos en el CP español y el peruano), pero constituyen recortes de libertades tan fuertes como las verdaderas penas⁵³; todo esto parece abogar por la tesis de que se trataría de «medidas *sui generis*».

46. ROXIN también alaba esta regulación idónea a los actos empresariales; ver «Strafrecht. A. T.», tomo 2, n. marg. 137, p. 58. Una solución similar también parece haber sido propuesta en la doctrina italiana en el sentido de una responsabilidad penal culposa; ver al respecto en MAZUELOS, pp. 501 y ss.

47. Ver un resumen de las objeciones tradicionales a la responsabilidad penal de la empresa por falta de «capacidad de acción», «capacidad de culpabilidad» y «capacidad de punibilidad», ABANTO VÁSQUEZ, «Derecho penal económico. Consideraciones...», pp. 156 y ss.; también en TIEDEMANN, «Nuevas tendencias...», p. 10 del manuscrito (punto III).

48. MAZUELOS, p. 462. Se observa todavía un rechazo mayoritario a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la doctrina alemana; ver amplias refs. en GÓMEZ-JARA, «Grundlagen...», pp. 290 y ss.

49. Al respecto ver TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», p. 121, n. marg. 242, con múltiples refs. en la nota 313; ídem, «Nuevas tendencias...», pp. 10 y ss. (en III); SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal...», pp. 146 y ss. Ver también recientemente, desde un estudio de Derecho comparado entre las legislaciones penales alemana y francesa, HARTAN, pp. 114 y ss., 251 y ss.; con un análisis comparado de los modelos francés e italiano, TRECHSEL, pp. 519 y ss.; exponiendo los recientes desarrollos legislativos en Europa en el sentido de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, GÓMEZ-JARA, «Grundlagen...», pp. 291 y ss. Además, un análisis de la situación en Suiza puede verse en PONCET/MACALUSO, pp. 517 y ss., y sobre la responsabilidad (administrativa) de las empresas en Italia en caso de la comisión de delitos ver CASTALDO, pp. 361 y ss.

50. Últimamente ver sobre esto en HARTAN, pp. 241 y ss.

51. Ver c. más refs. TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht A. T.», p. 134, n. marg. 270.

52. Al respecto, c. más refs. SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal...», 183 y ss. quien las considera «medidas de seguridad» (íbidem, pp. 191 y ss.); críticamente, ABANTO VÁSQUEZ, «Derecho penal económico. Consideraciones...», pp. 158 y ss., 206.

53. Ver, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, «Derecho penal económico. Consideraciones...», pp. 158 y ss., 206.

Tanto en esta como en la solución de la responsabilidad administrativa y contravencional, existen, sin embargo, serias objeciones, tanto referidas a sus posibilidades preventivas como también a su practicabilidad. Así, se critica sobre todo la falta de reproche ético-social como de las garantías que rodean al Derecho penal, pero también las dificultades de coordinar la responsabilidad administrativa de la empresa con la penal de los individuos (suspensión de procesos, alegación del *ne bis in idem*) y problemas de investigación y persecución ante organizaciones complejas y, a veces, violentas⁵⁴.

En general se reconoce ahora que las «personas jurídicas» tienen «capacidad de acción» (son «destinatarias» de las normas penales) y por lo tanto también podrían «cometer» delitos, pero se discute todavía la *capacidad de culpabilidad* con lo cual, aun cuando se constate una necesidad de protección de bienes o normas, no se sugiere recurrir al Derecho penal⁵⁵. Aisladamente se ha defendido la tesis de que puede darse una «imputación» penal a la empresa por los hechos cometidos de las personas u órganos que la integran, o, incluso una propia «culpabilidad» de la empresa⁵⁶. Por ahora, ha quedado claro que una posible **responsabilidad autónoma** (penal) de la persona jurídica no atentaría contra el *ne bis in idem*, debido a que ella debe ser distinguida de las personas individuales que actúan al interior de su seno⁵⁷. También ha quedado claro que ésta debe consistir en una «responsabilidad acumulativa», es decir, no debe reemplazar ni oponerse a la responsabilidad penal de los individuos⁵⁸. Finalmente, por lo menos en la situación actual en la que van en aumento las

legislaciones penales que reconocen «responsabilidad penal» a las personas jurídicas, todo parece indicar que sería sólo cuestión de tiempo para que también ésta sea reconocida en otras legislaciones penales importantes como la alemana, la española o las sudamericanas; y que, en buena cuenta «... la introducción de una auténtica punibilidad de la empresa... sea más bien una cuestión de decisión de valoración política antes que de lógica constructiva»⁵⁹.

Ahora bien, en realidad, no solamente con esta constatación no se soluciona tampoco el problema de fondo. Si se mira bien, los argumentos en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no han podido ser, dogmáticamente, desvirtuados; y ello por una sencilla razón: no solamente la «capacidad de culpabilidad» sino incluso todas las categorías penales han sido construidas por y para la actividad individual. No es raro, entonces que el fenómeno de la «criminalidad empresarial» no armonice con ellas⁶⁰. Pero tampoco se trata de hacer que las categorías (y las leyes penales) armonicen con un fenómeno de naturaleza distinta. Es cierto que en la actualidad, prácticamente ya no hay discusión sobre la necesidad y posibilidad de hacer responder a la persona jurídica por los delitos cometidos a través de ella. En esto se ha producido un cambio sustancial en la discusión doctrinaria, la cual antes, mayoritariamente, negaba todo tipo de responsabilidad de la empresa, dejando que tal responsabilidad solamente se produjera para las personas individuales que actuaran por la empresa⁶¹. Actualmente, las diferencias sólo se presentan a la hora de proponer *la forma cómo* debe darse la responsabilidad de la persona jurídica: ¿dentro

54. El resumen de las críticas proviene de SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal...», pp. 155 y ss.

55. Así JAKOBS critica que se quiera denominar «penal» a la responsabilidad de la persona jurídica debido a la vinculación de la «culpabilidad penal» con una serie de principios que no encajan en la naturaleza de dicha persona. Desde su perspectiva, la «persona jurídica», aunque pueda ser objeto de expectativas, no puede ser capaz, por sí misma, de «desautorizar a la norma»; ver «Punibilidad de las personas jurídicas?», pp. 86 y ss., 95 y ss. Ver también la exposición y explicación de esta nueva posición de Jakobs (quien antes sí habría admitido la responsabilidad penal de personas jurídicas), en GÓMEZ-JARA, «Grundlagen...», pp. 296 y ss. También ROXIN, remitiéndose a éste, «Strafrecht. A. T.», tomo 1, p. 264, n. marg. 63. TIEDEMANN, de manera pragmática, propone introducir una responsabilidad autónoma (y paralela a la individual) de terminología diferente a la penal; ver «Nuevas tendencias...», pp. 16 y ss. (en IV). Debido a la imposibilidad de esta «capacidad de culpabilidad», SILVA SÁNCHEZ, siguiendo a LAMPE, solamente cree posible verificar en la persona jurídica, con base en la «deficiente estructura de organización», un «estado de injusto» que solamente podría legitimar «consecuencias jurídico-penales» más no la imposición de penas; «La responsabilidad penal...», pp. 182 y ss.

56. TIEDEMANN, remitiéndose a la práctica francesa, portuguesa y norteamericana; ver «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», p. 122, n. marg. 244. Críticamente contra el modelo de «atribución» a la persona jurídica de los hechos cometidos por sus órganos, SILVA SÁNCHEZ, siguiendo a Köhler, «La responsabilidad penal...», p. 169.

57. TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», pp. 122 y ss., n. marg. 245.

58. SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal...», pp. 153 y ss.; TIEDEMANN habla de una «responsabilidad paralela» a la individual; ver «Nuevas tendencias...», pp. 16 y ss. (en IV)

59. TIEDEMANN, «Grunderfordernisse...», p. 17.

60. JAKOBS, «Punibilidad...», pp. 86, 92; SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal...», pp. 147 y ss., 150; MAZUELOS, pp. 456, 464; ABANTO VÁSQUEZ, «Derecho penal económico. Consideraciones...», c. más refs. p. 155.

61. Entre otros argumentos, se afirmaba que se castigaría con ello a «inocentes» (los accionistas o socios de las empresas) o que habría «doble sanción»; constata este cambio SILVA SÁNCHEZ, c. más refs., «La responsabilidad penal...», pp. 148 y ss. Pero ahora ha quedado claro que no puede haber una doble sanción pues se trata de personas distintas: la persona jurídica, por un lado, la persona individual por el otro; ver TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», p. 122, n. marg. 245; SILVA SÁNCHEZ, ibídem, pp. 158 y ss.

del Derecho penal (p. ej. como una «coautoría» tal y como ha propuesto TIEDEMANN, como autoría de los superiores jerárquicos mediante «aparatos organizados de poder», como «consecuencias accesorias», etc.), o fuera de él (en el Derecho administrativo, en el civil o en un Derecho sancionador *ad hoc* de las personas jurídicas)⁶². Un importante sector de penalistas sigue avalando la «solución penal»: introducir una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas, sea expresamente a través de una reforma penal, sea a través de una (re-) interpretación de la base legal existente⁶³. Otro sector, que se acerca más a la solución realista del problema propugna la solución extrapenal, pero en el Derecho administrativo (o contravencional), basándose en la responsabilidad de la empresa por «defecto de la organización».

El concepto **defecto de la organización**, acogido en los arts. 30 y 130 de la OWiG alemana⁶⁴ y empleado también en el Derecho anglosajón (management failure)⁶⁵, explica de manera suficiente la legitimidad de una responsabilidad autónoma de las personas jurídicas: la persona jurídica es por sí misma responsable del hecho que ha derivado en un delito (o una contravención), independientemente de la comprobación de una responsabilidad individual. Y si los hechos son responsabilidad con «dominio del hecho» de alguien que se ampara en un «error» o «inexigibilidad»; la persona jurídica seguirá siendo responsable por «defecto de la organización», pues el «punto de contacto» para su responsabilidad será la comisión de un «injusto» (penal o contravencional) proveniente de su organización y que ella toleró o, por una omisión reprochable, permitió o favoreció. El «hecho propio» de la empresa, que legitima la responsabilidad (penal) de ella, no puede ser otro que una «vulneración de deberes de organización general de la actividad empresarial», pero siempre que es-

to hubiera sido determinante para la producción del delito cometido por algún individuo⁶⁶.

No obstante, podría dudarse si este modelo también es suficiente pues presenta el problema teórico de determinar cuándo ha habido esta organización defectuosa⁶⁷. Por razones de legalidad la crítica no parece desacertada aunque la experiencia alemana demuestra que es posible elaborar una amplia casuística en la práctica (p. ej. no destinar personas idóneas encargadas del control, no regular bien las competencias de tareas, control del cumplimiento de las órdenes, etc.)⁶⁸. En todo caso el avance de la responsabilidad contravencional o administrativa de las personas jurídicas no se ha detenido. En Italia hace pocos años se ha reconocido tal responsabilidad, de manera similar al sistema anglosajón y alemán. Ahora, bajo la vigencia de una compleja y detallada Ley 231 de 8 de junio de 2001, es posible la responsabilidad de la empresa («ente») por delitos cometidos por empleados u órganos de ella que, «en interés y ventaja» de aquélla hubieran cometido determinados delitos: básicamente se trata de delitos cometidos en perjuicio del Estado y la Administración pública (apropiación indebida, estafa, delito informático, extorsión bajo abuso del poder público, cohecho propio, inducción a la corrupción, etc.) y delitos ambientales⁶⁹. En el fondo, aunque se trate de una responsabilidad administrativa de la empresa por delitos cometidos por individuos, el hecho de que se vincule con el Derecho penal de distintos modos hacen pensar en una «forma oculta de responsabilidad penal»⁷⁰.

Pese a esta solución «contravencional» para la responsabilidad de personas jurídicas, cabe aún la pregunta de si, por razones de «política criminal», esto es suficiente. Además, ya por razones de sistemática, también surge la pregunta de si no es preferible una mejor clasificación de

62. Ver un resumen de todas estas tendencias en ROXIN, «Strafrecht. A. T.», tomo 1, p. 264, n. marg. 63.

63. Así, entre otros, TIEDEMANN, c. más refs. «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», p. 121, n. marg. 243; SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal...», pp. 147 y ss. ACHENBACH resalta el vacío («solución asimétrica») de la regulación vigente (solamente existe una «multa administrativa» contra la persona jurídica en caso de la comisión de delitos); ver p. 572. Consultar también últimamente la evaluación de HARTAN, pp. 228 y ss., 252 y ss. Desde la perspectiva funcionalista, últimamente GÓMEZ-JARA, desde un normativismo más apegado a LUHMANN, considera a la empresa como «sistema autopoiético» y como «persona activa de Derecho penal», ver en «Grundlagen...», pp. 306 y ss.

64. Al respecto ver TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», pp. 121 y ss., ACHENBACH, pp. 569 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, c. más refs. «Derecho penal económico. Consideraciones...», pp. 159 y ss. Últimamente, de una manera amplia y bajo una comparación con el sistema francés, HARTAN, pp. 73 y ss.

65. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal...», pp. 166 y ss., 170 y ss.

66. Así en la doctrina alemana, en relación con la comisión de delitos por empleados subordinados, se admite la violación del «deber de vigilancia» de la persona jurídica; ver TIEDEMANN, c. más refs., «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», p. 123, n. marg. 248. Al respecto, analizando esta posibilidad para legitimar la responsabilidad autónoma de la persona jurídica, SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal...», pp. 167 y ss., 178 y ss.

67. SILVA SÁNCHEZ se hace eco de algunas observaciones de la doctrina alemana; «La responsabilidad penal...», pp. 50, 179 y ss. El autor español sugiere como criterio el «poder organizarse de otro modo», pero critica que esto llevaría a una «responsabilidad por una conducción de la vida o del carácter»; ver *ibidem*, p. 179.

68. Ver en TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», pp. 123 y ss., n. marg. 248.

69. Al respecto ver CASTALDO, pp. 361 y ss.

70. CASTALDO, p. 363, col. izq.

los principios referidos a los ilícitos graves (o «delitos») cometidos al interior de (o por) las empresas. Para esto se necesitaría recurrir a un ordenamiento jurídico sancionador específico referido a las empresas, o sea un *Derecho sancionador de las empresas*⁷¹. Solamente esta alternativa supera las inconsistencias que surgen cuando se quiere hacer encajar la «responsabilidad jurídica» de la persona jurídica dentro del Derecho penal. Una responsabilidad propia y autónoma de ésta no tiene por qué basarse en la «culpabilidad» en el sentido penal tradicional, ni tiene por qué llamarse «pena» (con todo lo que esto presupone) a la medida que se le imponga; pero tampoco tiene por qué recurrirse a los mismos principios que en el Derecho penal tradicional.

Por lo demás, se puede afirmar incluso que esto ya existe de *lege lata*, aunque de manera muy dispersa. Así, en el Derecho «administrativo sancionador» (que algunos penalistas consideran un Derecho penal «en sentido amplio») nadie discute la responsabilidad de las empresas por la comisión de algún ilícito que incluyo puede ser casi idéntico a un tipo penal. Allí se admite claramente una «capacidad infractora» de la empresa, legitimada sobre una «culpa» construida de manera distinta que para la persona natural: una «reprochabilidad directa» derivada del atentado contra el bien jurídico, necesitado de protección efectiva y el «riesgo asumido» por la persona jurídica sujeta a las normas protectoras de dicho bien⁷². En el Perú, p. ej., es particularmente notoria la actividad del «Instituto de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual» (INDECOPI) que desde hace más de diez años viene imponiendo sanciones administrativas (multas, publicidad de las sentencias, cierre del negocio, etc.) a empresas infractoras de leyes especiales referidas a la «libre competencia», la «competencia leal», la «publicidad comercial», la «propiedad industrial», la «propiedad intelectual», etc. Los tipos administrativos son plenamente identificables con muchos tipos penales vigentes casi de manera paralela a la actividad de esta autoridad administrativa.

3. Nuevos desarrollos sociales y tecnológicos y «Teoría de bienes jurídicos»

Pero la discusión puede llevarse incluso a un plano más básico. La cada vez más frecuente participación de

empresas en «ataques» a bienes jurídicos con el consiguiente grave perjuicio económico (más grave aún que los ataques individuales) ha llevado a una mayor actividad legislativa que, para contener las graves consecuencias sociales causadas (p. ej. crisis empresariales, daños patrimoniales de gran cuantía, pérdidas cuantiosas para el fisco, contaminación ambiental, etc.), suele emplear técnicas de «adelantamiento» de la intervención penal. Esto ha llevado a una «inflación» de bienes jurídicos: surgen nuevos bienes jurídicos o los ya existentes son protegidos mediante tipos de peligro. Es cierto que en muchos casos solamente se trata de una mayor precisión y, por lo tanto, una mejora de la técnica penal en el sentido de pretender proteger mejor (directamente) nuevos intereses propios de la vida moderna (los llamados bienes jurídicos supraindividuales). Pero también se encuentra que aquí el legislador a veces no conoce límites y «crea» bienes jurídicos sin mayor reflexión. Sobre la discusión sobre el principio de protección de bienes jurídicos y los límites legislativos debo remitir a otro trabajo anterior⁷³. Aquí interesa destacar, más bien, la actitud de la dogmática penal ante esta situación.

Algunos justifican la labor legislativa y tratan de salvar la legitimación de los nuevos tipos penales a través de una reformulación del principio de lesividad y de otros conceptos (p. ej. los delitos de peligro abstracto), otros critican duramente la actividad legislativa y exigen que ésta se limite a proteger bienes jurídicos individuales (escuela de Francfort); finalmente otros quieren abandonar la teoría de bienes jurídicos para reemplazarla por la protección de la norma como tarea del Derecho penal (normativismo radical)⁷⁴.

Los que buscan legitimar la labor del legislador se amparan en la existencia de un Derecho penal con nuevas características, el llamado *Derecho penal del riesgo*, y tratan de rescatar el principio de protección de bienes jurídicos y los principios tradicionales⁷⁵. Pero para esto se ven obligados a «reinterpretar» algunos conceptos y principios tradicionales. P. ej. cuando se verifica la creación de nuevos tipos penales para proteger nuevos bienes jurídicos relacionados con el «funcionamiento» de instituciones económicas, el sector dominante de la doctrina busca explicar esto a través del replanteamiento de la teoría de bienes jurídicos (existencia de bienes jurídicos colectivos, supraindividuales) y de la lesividad (empleo de técnicas de

71. Ya antes, ABANTO VÁSQUEZ, «Derecho penal económico. Consideraciones...», c. más refs., p. 162. La reciente propuesta de GÓMEZ-JARA parece también tender a esta solución desde que admite la aplicación del «principio de autonomía» y la responsabilidad penal, por separado, de personas individuales y personas jurídicas; ver «Responsabilidad penal...», pp. 150 y ss.; «Grundlagen...», 306 y ss., 315 y ss.

72. Así la jurisprudencia constitucional española citada por SILVA SÁNCHEZ, «la responsabilidad penal...», pp. 144 y ss.

73. ABANTO VÁSQUEZ, «Acerca de la teoría de bienes jurídicos», pp. 3 y ss., 11 y ss.

74. Sobre estas tendencias ver las refs. en ABANTO VÁSQUEZ, «Acerca de la teoría de bienes jurídicos», pp. 25 y ss., 34 y ss.

75. Cfr. ROXIN, c. más refs., «Strafrecht A. T.», tomo I, pp. 19 y ss., n. marg. 25 y ss.; bajo una propia concepción de los bienes jurídicos colectivos (sistematización y lesividad propias), recomendando una reducción de los tipos «puros» de peligro abstracto a casos verdaderos de peligro de «lesividad» en bienes jurídicos «individuales» (aunque bajo la idea de la «acumulación» de lesiones

tipos de peligro abstracto-concreto, de aptitud)⁷⁶. En el caso de los delitos económicos, estos no dejarían entonces de formar parte del Derecho penal (el legislador también suele prever un capítulo específico para los delitos económicos), pero, debido a sus peculiaridades, merecen un estudio por separado en una parte general y una parte especial de lo que se denomina Derecho penal económico⁷⁷.

La posición alternativa y radical de la llamada *escuela de Francfort* exige limitar el Derecho penal a un «núcleo» constituido, sobre todo, por los delitos violentos, y llevar los «nuevos delitos» (económicos) a un «Derecho de intervención»⁷⁸. Pero esta postura ha sido criticada por la «ingenuidad» que implicaría despenalizar conductas gravísimas (que atentan incluso contra la condiciones de la vida futura) bajo el supuesto no probado que el Derecho civil o administrativo serían más eficaces, para estos casos, que el Derecho penal⁷⁹.

Últimamente se observa, no obstante, un acercamiento entre los dos grupos: los primeros tienden a exigir una restricción de la actividad legislativa, mientras que los segundos admiten la necesidad de una «ampliación moderada» de la intervención penal para proteger⁸⁰.

Ahora bien, ya en este contexto se ha hecho una observación (no tan novedosa) y una propuesta (novedosa y original), pero a partir de la actividad legislativa (y no de naturaleza de los destinatarios de las leyes): la teoría de los dos (o tres) velocidades de SILVA SÁNCHEZ⁸¹. Este autor hispano ha propuesto la separación, dentro del Derecho penal, de dos sectores o bloques de delitos. En el bloque de la «primera velocidad» se trataría de los delitos tradicionales, para el cual se deberían emplear el instrumental conocido (garantías constitucionales, dogmática penal tradicional, penas tradicionales, incluyendo la priva-

iindividuales), HEFENDEHL, «Kollektive Rechtsgüter...», pp. 164 y ss.; KUHLEN, «Zum Strafrecht der Risikogesellschaft», pp. 361 y ss.; DE LA CUESTA AGUADO, c. más ref., «Sociedad tecnológica y globalización...», pp. 24 y ss., 50 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, «¿Qué queda en pie...», pp. 112 y ss. Igualmente, aunque desde una perspectiva limitadora de la intervención punitiva (Escuela de Francfort), ver últimamente HERZOG, 249 y ss.; ampliamente y respondiendo a la crítica, PRITTWITZ, 259 y ss.; MUÑOZ CONDE, pp. 568 y ss., 572.

76. Cfr. tan solo, para el campo del Derecho penal económico, aunque con matices en cuanto a la identificación de los «bienes jurídicos económicos» necesitados de protección penal, MARTÍNEZ-BUJÁN, «Derecho penal económico», pp. 26 y ss., 90 y ss., 100 y ss. (2.ª ed., 119 y ss., 151 y ss.); TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», pp. 22 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, «Derecho penal económico. Consideraciones...», pp. 41 y ss. También se puede adscribir finalmente en esta línea a TERRADILLOS BASOCO, quien, si bien admite la plausibilidad explicativa de un Derecho penal de dos velocidades, como expone SILVA SÁNCHEZ, no admite sus consecuencias finales para el Derecho penal, pp. 54 y ss., esp. 61 y ss., 67 y ss.

77. MARTÍNEZ-BUJÁN, «Derecho penal económico», pp. 21 y ss. (2.ª ed., 72 y ss.); ABANTO VÁSQUEZ, «Derecho penal económico. Consideraciones...», pp. 23 y ss.; GARCÍA CAVERO, «Derecho penal económico», p. 9.

78. Sobre esta teoría ver las refs. en MUÑOZ CONDE, pp. 571 y ss. Recientemente FERRÉ OLIVÉ propone también un nuevo Derecho penal específico (con una dogmática específica) para los delitos socio-económicos, ver pp. 611 y ss. Desde esta perspectiva y en el ámbito del Derecho penal económico, ver las críticas acertadas de MARTÍNEZ-BUJÁN, «Reflexiones...», pp. 92 y ss., 106; CORCOY BIDASOLO, pp. 25, 28 y ss. HASSEMER mismo ha aclarado que no se opone a la protección penal de «bienes jurídicos universales», siempre que sean funcionalizados a través de la «persona»; ver «Darf es Straftaten geben...», p. 57. Persisten en esta tesis (en su versión radical) sobre todo, desde la perspectiva crítica del «Derecho penal del riesgo», HERZOG (pp. 249 y ss.) y PRITTWITZ (pp. 259 y ss., 284 y ss.).

79. En este sentido, ver las críticas y refs. de KUHLEN, «Zum Strafrecht der Risikogesellschaft», pp. 363 y ss.; igualmente, c. más refs., PORTILLA CONTRERAS, «La supuesta crisis...», pp. 914 y ss. SCHÜNEMANN critica a la Escuela de Francfort, en su versión radical, que constituya una «petrificación del tradicional Derecho penal de las clases bajas» y bloquee el naciente «Derecho penal de las clases altas» (Derecho penal económico); ver «Die deutsche Strafrechtswissenschaft...», p. 208. En cambio, recientemente MUÑOZ CONDE, reafirma las bondades del «Derecho de intervención» y critica las «tendencias funcionalistas» en la legislación penal española (incremento de tipos de peligro abstracto, conceptos indeterminados, leyes penales en blanco, etc.), su defensa de los principios tradicionales y su opción por una solución «administrativa» de muchos ilícitos en el campo del Derecho penal económico («prudente política despenalizadora»); ver pp. 567 y ss.,

80. Ver las refs. en ABANTO VÁSQUEZ, «Acerca de la teoría de bienes jurídicos», pp. 34 y ss. Ver últimamente, desde la perspectiva de la escuela de Francfort también FERRÉ OLIVÉ, pp. 603 y ss.

81. Esta tesis se ha discutido mucho en España y Latinoamérica, en donde mayormente se concuerda con el análisis descriptivo (similar a otros anteriores), pero no con la propuesta (la legislación diferenciada por velocidades). En este sentido, entre otros TERRADILLOS BASOCO, pp. 77 y ss.; FERRÉ OLIVÉ, pp. 601 y ss., 608 y ss. MARTÍNEZ BUJÁN, pese a las críticas que hace al análisis de SILVA SÁNCHEZ, ha afirmado recientemente estar en la línea de un «sistema dual» como el que propone SILVA SÁNCHEZ, pero considera que los delitos económicos más graves deben seguir formando parte del «Derecho penal nuclear», con todas las garantías y principios de éste, y los más leves pasen a ser regulados por una «ley penal especial» (que él denomina más adelante «Derecho penal alternativo»), con una parte general y reglas de imputación propias (p. ej. sin penas privativas de libertad y con principios penales flexibilizados); ver «Reflexiones...», pp. 97 y ss. También admite la tesis de SILVA, GARCÍA CAVERO, aunque con algunas discrepancias de detalle referidas a la pertenencia de delitos en particular a uno u otro bloque y a la fundamentación de la diferencia entre ambas velocidades (las características de los hechos sancionados y no la consecuencia jurídica); ver «Derecho penal económico», pp. 127 y ss.

ción de libertad, etc.). En el bloque de la «segunda velocidad», el sector más dinámico, los principios y garantías deberían flexibilizarse, pero, en cuanto a las penas, por razones de proporcionalidad, deberían preverse, básicamente, la pena de multa, el decomiso de ganancias y la reparación civil, excluyendo siempre la privación de libertad⁸². A diferencia de la Escuela de Francfort, SILVA cree que, para los delitos de «segunda velocidad» se debería permanecer en el Derecho penal porque éste, frente al Derecho administrativo, ofrecería una serie de ventajas irrenunciables: «fuerza comunicativa» de la pena», «fuerza del aparato estatal» que impone la pena, la «neutralidad de los tribunales. En el Derecho penal de habla hispana, esta propuesta ha tenido buena acogida en cuanto a su aspecto descriptivo. Sin embargo, la propuesta de separar el Derecho penal según la velocidad o, más aún, la más reciente tesis de una «tercera velocidad», para la cual debería una legislación penal «flexible» (a la manera de un sistema «dual» dentro del Derecho penal) ha recibido duras críticas debido a que restringiría garantías penales para un grupo de delitos y delincuentes (atentado contra el «principio de igualdad»⁸³. Cuando se trata del recorte de libertades ciudadanas por parte del Estado, deberían regir todas las garantías constitucionales individuales; por este motivo, la doctrina penal y administrativa modernas exigen incluso que las garantías penales también irradian en Derecho administrativo en su parte sancionadora⁸⁴.

Una alternativa podría buscarse y se ha buscado en la renuncia total a la teoría de bienes jurídicos para ver la «tarea» del Derecho penal en la mera «protección de normas» (normativismo radical) o en la búsqueda de «eficiencia económica» (análisis económico del Derecho)⁸⁵. Para la primera teoría, lo que interesaría sería proteger las «normas constitutivas de la sociedad», en la cual actuarían sujetos capaces de comunicar y acceder a la comunicación normativa; luego, el Derecho penal debería proteger la vigencia de estas normas, reaccionando cuando se produjera una «defraudación» de la «expectativa» de las personas en cuanto a su vigencia. Para el «análisis

económico» del Derecho quiere orientar el Derecho penal a la consecución de «eficiencia económica», para lo cual, en el Derecho penal, se debe incidir en los potenciales delincuentes (que actuarían siempre como un «homo oeconomicus» buscando la mayor ventaja posible para sí mismos) con una política criminal que eleve los costos o baje los beneficios de éste. Ambas concepciones han sido rechazadas y no constituyen doctrina dominante, no solamente por pretender «universalidad», «monopolio explicativo» partiendo de supuestos que no se condicen con la realidad (en el «normativismo radical»; en el análisis económico del Derecho, el supuesto «homo oeconomicus»), sino también por las graves consecuencias a las que se llegaría con su aplicación (en el «normativismo radical»: un conservadurismo, autoritarismo y Derecho penal del autor; en el «análisis económico del Derecho», también un conservadurismo, autoritarismo y atentados contra derechos individuales)⁸⁶.

El normativismo radical ha llevado también a una propuesta específica en el caso de los delitos económicos. Su principal defensor, ha sugerido que los «delincuentes económicos» (junto con los terroristas y otros autores de delitos graves) deberían ser conceptuados como *enemigos*, o sea, sujetos que, pese a poder acceder al mundo normativo (y comunicar) no quieren hacerlo y, con su actuar, erosionarían la base cognitiva de aquellos que sí quieren comunicar normativamente (las personas). Por eso, para los «enemigos» debería regir, a diferencia de un «Derecho penal del ciudadano», un Derecho penal especial, el «Derecho penal del enemigo» con principios «flexibilizados», dirigido a estos sujetos que no participan de la comunicación⁸⁷. A diferencia de otras tesis (la de la escuela de Francfort y la de las velocidades de SILVA SÁNCHEZ), aquí el análisis se centra más bien en el carácter del destinatario de las normas. En este sentido también hay coincidencias con la tesis que se sostiene en esta contribución, pero el destinatario del normativismo radical es la persona individual, dividida analíticamente en «individuo» (sujeto que no puede participar en la comunicación normati-

82. SILVA SÁNCHEZ, «Die Expansion des Strafrechts», pp. 84 y ss.

83. CORCOY BIDASOLO, pp. 29, 40. Entre los propios «normativistas» ya se han expresado algunos autores en contra de la «tercera velocidad»; ver CANCIO MELIÁ, en Jakobs/Cancio, pp. 83 y ss.; GARCÍA CAVERO, «Derecho penal económico»; pp. 126 y ss., nota 144. La «tercera velocidad» es propuesta por SILVA SÁNCHEZ en la última edición española de su libro «La expansión del Derecho penal», 2003, pp. 159 y ss.

84. Ver al respecto, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, «Derecho penal económico. Consideraciones...», pp. 194 y ss.; ídem «Derecho penal económico. Parte especial», pp. 489 y ss.; «Diez años de Derecho penal económico»; ídem, p. 36; últimamente ZUGALDÍA ESPINAR, «¿Qué queda en pie...», c. más refs., pp. 114 y ss.

85. He expuesto estas teorías en otro lugar; ver c. más refs. en ABANTO VÁSQUEZ, «¿Normativismo radical...?», pp. 7 y ss., y «Derecho penal económico. Consideraciones...», pp. 78 y ss. También, ampliamente, ambas juntas en «Acerca de la teoría de bienes jurídicos», 25 y ss., 31 y ss.

86. Ver el desarrollo de las críticas al normativismo radical en ABANTO VÁSQUEZ, «¿Normativismo radical...?», pp. 22 y ss.; y al «análisis económico del Derecho» en «Derecho penal económico. Consideraciones...», pp. 82 y ss.; «Derecho de la Libre competencia», pp. 47 y ss. También ver la crítica a ambas concepciones, c. más refs., en: «Acerca de la teoría de bienes jurídicos», c. más refs., pp. 27 y ss., 32 y ss.

87. Ver especialmente la tesis de JAKOBS en Jakobs/Cancio, pp. 19 y ss. Al respecto, c. más refs., ver ABANTO, «¿Normativismo radical...?», pp. 30 y ss.



va), «persona» (sujeto que sí puede y quiere participar en la comunicación normativa) y «enemigo» (sujeto que puede pero no quiere participar en la comunicación normativa). Es por eso que esta tesis ha recibido duras críticas⁸⁸; se la acusa sobre todo de tender a un Derecho penal del «autor». En efecto, ante las criticables deficiencias de la legislación penal, que a veces dan la impresión de no tender a proteger bienes jurídicos o incluso violan principios básicos del Derecho penal (como en la legislación penal de emergencia de algunos países latinoamericanos) no cabe interpretar que el legislador haya optado ya por un «Derecho penal del enemigo» ni menos aún que esto sea legítimo⁸⁹. La definición del «enemigo» siempre resultará arbitraria según quién lo defina y cuándo y cómo lo haga. Así cuando JAKOBS incluye, por ejemplo, a los delitos económicos dentro del grupo del Derecho penal del enemigo, no se entiende por qué los delincuentes económicos no puedan (o quieran) participar de la «comunicación normativa».

Ahora bien, del «normativismo radical» (también conocido como «funcionalismo sistémico») se podrían aprovechar, para la dogmática penal, sus aclaraciones sobre el funcionamiento de los sistemas sociales. La existencia de «expectativas» y de «comunicación normativa», así como la afirmación de que el Derecho penal y la pena restablecerían la «vigencia de la norma» se pueden integrar dentro de una teoría del delito y una teoría de bienes jurídicos de corte garantista⁹⁰. Lo mismo vale para la tesis de las «velocidades» de SILVA SÁNCHEZ (hasta la segunda velocidad y en lo referido a los delitos económicos) y para la del «Derecho penal del enemigo» de Jakobs (cuando se refiere a los delincuentes económicos) en cuanto insinúan la «otridad» de ciertos «delincuentes» o delitos. Pero en vez de referirse a individuos y dentro del Derecho penal, algo que obviamente choca contra la base misma de toda sociedad moderna y por ello ha recibido un justo rechazo,

esta «otridad» está relacionada con una distinta naturaleza del sujeto que «cometen» algunos delitos.

Por eso, no se necesita renunciar a la teoría de bienes jurídicos sino «parar la inflación» derivada de la actitud de querer abarcar con ella también los «ataques» producidos por empresas o personas jurídicas. En mi opinión, en gran medida, las nuevas propuestas analizadas no son más que reflejos de un errado enfoque de la problemática que se inició con el reconocimiento, por parte de la criminología primero y del Derecho penal después, del delito económico. Se ha persistido en dar soluciones en el terreno penal tradicional a un fenómeno que incluye en gran medida la actuación de «sujetos de Derecho» que no reúnen las características de aquel para quien ha sido desarrollado el Derecho penal, sus conceptos y garantías (las personas, en sentido tradicional). En el Derecho penal, cuando se trata de la protección de «bienes jurídicos» relacionados con la economía, el Derecho penal no constituye más que un «refuerzo» de una protección legal que el legislador ya ha dado con anterioridad mediante leyes específicas que constituyen auténticas y autónomas ramas del Derecho: el Derecho de la libre competencia, el Derecho de la publicidad, el Derecho de la propiedad industrial, el Derecho tributario, etc.⁹¹. Desde esta perspectiva, si se considera que sería necesario reforzar la protección legal dada por estas áreas extrapenales, se tiene que recurrir lógicamente a un nivel que exprese mayor reproche social. Pero aquí, no se puede tratar del Derecho penal tradicional sino de una «tercera vía» sancionadora (aparte de la penal y la contravencional), en la que se tome en cuenta no la cualidad o cantidad de injusto, sino el sujeto de Derecho imputable (¿persona natural o persona jurídica?): la creación de un *Derecho sancionador (o penal) de la empresa* autónomo. Es decir, debería introducirse una nueva disciplina jurídica con su propia legislación, sus propios principios y su propia dogmática y ulterior jurisprudencia⁹². A dife-

88. Ver las críticas especialmente de SCHÜNEMANN, «Die deutsche Strafrechtswissenschaft...», pp. 211 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 84; parcialmente también en ZUGALDÍA ESPINAR, «¿Qué queda en pie...», p. 111; FERRÉ OLIVÉ, p. 607 f. Más refs. y críticas en ABANTO, ¿Normativismo radical...», p. 32, y «El llamado Derecho penal del enemigo», pp. 1 y ss., 12 y ss. Últimamente, PORTILLA CONTRERAS, «Los excesos del formalismo...», pp. 860 y ss.

89. MIR PUIG, acertadamente, objeta que, para un Derecho penal garantista, inmerso en un Estado social y democrático, el ser «persona» de un individuo, como realidad física, no puede depender de un reconocimiento social, sino de su mera existencia; una distinción entre «persona» e «individuo» como hace JAKOBS lleva a relativizar los derechos humanos, p. 676, nota 32.

90. P. ej. en el sentido de una distinción entre «bien jurídico» y «objeto de protección», ante los cuales el delito actuaría atacando «realmente» a este último y, a través de ello, negando la vigencia del primero (y de la norma que subyace en éste); ver esta tesis, c. más refs. en ABANTO VÁSQUEZ, «Derecho penal económico. Consideraciones...», pp. 50 y ss.; igualmente, de manera más amplia y con refs. actuales, en «Acerca de la teoría de bienes jurídicos», pp. 15 y ss.

91. Entre los especialistas de Derecho penal económico se considera que la protección del Derecho penal en sentido estricto es mayoritariamente «accesoria»; ver, TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», p. 1, n. marg. 2, pp. 3 y ss., n. marg. 6; ACHENBACH, pp. 561 y ss., 565. En tal sentido tiene razón FRISCH cuando recientemente critica la distorsión que supone una discusión penal basada en la idea errónea de que el Derecho penal podría «definir» el bien jurídico en estos casos; ver «Rechtsgut, Recht...», pp. 219 y ss.

92. Ver, c. ref. al respecto, en ABANTO VÁSQUEZ, «Derecho penal económico. Consideraciones...», pp. 161 y ss. GARCÍA CAVERO, por lo visto, no ha tomado posición definitiva al respecto aunque considera que no debería descartarse la tendencia, «Derecho penal económico», p. 10. MARTÍNEZ-BUJÁN afirma que por lo menos de lege lata, el Derecho penal económico no tendría todavía «autonomía científica», aunque sí tiene, dentro del Derecho penal, características que permiten individualizar la familia de los

rencia del «Derecho de intervención» propuesto por HASSEMER, que en buena cuenta se queda dentro del Derecho administrativo⁹³, la propuesta hecha se refiere solamente a las «empresas» o los «entes colectivos». Este auténtico Derecho penal de la empresa no implica desconocer una responsabilidad individual paralela por delitos contra bienes jurídicos supraindividuales en el área penal de las personas naturales. Obviamente deben desarrollarse reglas específicas de coordinación entre el Derecho penal y este nuevo Derecho sancionador. El Derecho «penal» sancionador de empresas, no debe ser empleado como instrumento para oponerse a los fines del Derecho penal tradicional, sino solamente para complementarlo allí donde éste presente vacíos: en el tratamiento de los entes colectivos (o empresas) y las afecciones a bienes jurídicos derivadas de ellas. De esta manera, el Derecho penal seguirá cumpliendo con su tarea de proteger bienes jurídicos ante «conductas individuales», con todas las garantías y efectos sociales que esto trae consigo, y el nuevo «Derecho sancionador» cumplirá la tarea de hacer responder por el daño a los entes colectivos con herramientas jurídicas hechas a la medida de la naturaleza de estas. Resulta evidente que precisamente una concepción como la expuesta ayudaría más que ninguna otra a construir una Política criminal garantista que busque un «Derecho penal mínimo» bajo una «protección máxima» de derechos sociales (bienes jurídicos colectivos)⁹⁴.

4.3. El Derecho penal supranacional: ¿un modelo sui generis?

El desarrollo que se ha resaltado también se encuentra en el campo del llamado «Derecho penal supranacional». En la Unión Europea este nuevo campo jurídico es prácticamente una realidad mientras que en Latinoamérica no se ha pasado del Código Penal Tipo de los años 50. Sin embargo, el llamado Derecho penal supranacional de la

Unión Europea no ha sido precisamente impulsado por ideales clásicos immanentes al Derecho penal. El motivo principal fue el de querer proteger «intereses financieros» de la Comunidad y el libre tráfico de mercancías y personas. El Derecho comunitario constituye toda un área jurídica de carácter supranacional que abarca una serie de materias, básicamente el Derecho de la libre competencia, pero también el Derecho financiero y de subvenciones en materia comunitaria. Este Derecho puede influir directa o indirectamente en el Derecho penal nacional de los países miembros a través de distintas formas, como se verá a continuación. Últimamente se pretende, sin embargo, algo más ambicioso aún: crear todo un Derecho penal comunitario⁹⁵, aunque todavía haya quedado sin resolver el problema de la legitimidad material de tal legislación penal comunitaria⁹⁶.

Ahora bien, el influjo indirecto se produce a través de los elementos normativos de los tipos nacionales, pues ellos pueden **remitirse** a la normativa comunitaria existente (directivas, reglamentos, decisiones-marco) y, en ese caso, debe darse una interpretación «conforme a la Comunidad» de las leyes nacionales (deber de fidelidad a la Comunidad del Derecho nacional, incluyendo al Derecho penal)⁹⁷. Así en el tipo penal de la «estafa» (art. 263 StGB), son elementos normativos tanto los conceptos de «engaño» como también de «perjuicio» o «error», en tanto no intervengan otros tipos penales específicos (p. ej. el tipo de «fraude de subvenciones comunitarias en el art. 264, párrafo 7 del StGB»). Y también el modelo de «consumidor» pasible de «error» puede cambiar tanto para el tipo de «estafa» como de «publicidad engañosa». Debido a la obligación de «asimilar» la protección de intereses financieros comunitarios a la protección (penal) dada a los intereses nacionales, muchos tipos nacionales se han «abierto» a la interpretación, en la medida en que esté permitido por el principio de legalidad, para incluir dentro de la protección penal nacional también dichos intereses su-

delitos económicos; ver «Derecho penal económico», pp. 20 y ss. En la 2.ª ed., aunque, en principio, se muestra contrario a la despenalización del delito económico (en el sentido de la escuela de Frankfurt), (ver 2.ª ed. pp. 87 y ss.) admite que, de lege ferenda, sería posible la creación de una segunda vía en el sentido de un «Derecho de la intervención» (escuela de Frankfurt) o —mejor aún— de un «modelo dual» (teoría de SILVA SÁNCHEZ) (2.ª ed., pp. 91 y ss.). SILVA SÁNCHEZ seguramente no avalaría una «Derecho sancionador de empresas» autónomo pues ha afirmado que no se trata de diferenciar entre «personas y capas sociales» sino entre «hechos y consecuencias jurídicas». Luego, según entiendo, para él no podría haber un Derecho penal para personas naturales y, por separado, un Derecho sancionador dirigido a «empresas», sino un solo Derecho penal dirigido, en su parte nuclear a «personas» y, en su segundo bloque (segunda velocidad), a personas y empresas. Ver «Die Expansion des Strafrechts», p. 84.

93. También ocurre esto con la propuesta de HEFENDEHL quien (tras criticar el modelo de HASSEMER; ver «Kollektive Rechtsgüter...», p. 222), y siguiendo a FRISCH, propone un modelo mixto que sancione, en el Derecho penal y con todas las exigencias y garantías de éste, las conductas graves, y en el «Derecho de intervención», bajo sanciones destinadas al control y la reacción ante desviaciones a las reglas, las conductas que no reúnan tales requisitos de gravedad (ibidem, pp. 214 y nota 32, 386). En esto habría solamente una diferencia «cuantitativa» con la tesis de HASSEMER en cuanto a la cantidad de delitos previsto en uno u otro Derecho.

94. En este sentido lleva razón PORTILLA CONTRERAS quien no ve contradicción entre el «Derecho penal mínimo» y un Derecho penal moderno; ver «La supuesta crisis...», pp. 913 y ss.

95. Al respecto ver TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», pp. 43 y ss.; ACHENBACH, pp. 566 y ss.

96. Al respecto, c. más refs. Últimamente HARTAN, pp. 234 y ss.

97. Así TIEDEMANN en LK, com. previos § 263, n. marg. 97 y ss.

pranacionales. Eso ocurre precisamente con el tipo de «estafa» que puede proteger también otras prestaciones comunitarias (distintas de las «subvenciones») que no estén protegidas por el tipo penal de «fraude de subvenciones comunitarias»⁹⁸.

Pero la obligación de «asimilar» va más lejos, pues se dirige sobre todo a los legisladores nacionales para **armozar** la protección penal de los intereses comunitarios. Es así como, para acabar con los fraudes al sistema comunitario de subvenciones que no eran reprimidos en algunos países miembros, se pactó el **Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea** de 26 de julio de 1995 (publicado el 27 de noviembre de 1995)⁹⁹, con el cual se introdujo un concepto de «fraude» muy amplio¹⁰⁰ (similar a los modelos francés e inglés por basar el injusto en la conducta de «engaño»)¹⁰¹, la «responsabilidad penal de los jefes de la empresa»¹⁰², así como las sanciones correspondientes para estas conductas (artículo 2), aclarando explícitamente que debían ser «sanciones penales efectivas, proporcionadas y

disuasorias» y, entre las cuales, podría incluso verse «penas de privación de libertad que puedan dar lugar a la extradición» en caso de «fraudes graves» según el monto de lo defraudado. En cumplimiento de este Convenio, Alemania, con la «Ley de Protección de las finanzas de la Comunidad Europea» de 1998 ha ampliado la protección penal del tipo de «fraude de subvenciones» (art. 264) para incluir también los intereses financieros de la Comunidad Europea; es más, incluso ha ido más lejos de lo exigido en este aspecto, pues no solamente se protegen las «subvenciones comunitarias» sino también otras prestaciones distintas de las «subvenciones»¹⁰³.

Posteriormente, se adicionaron otros **Protocolos** que, siguiendo el modelo inicial, previeron la protección comunitaria de otros intereses. Así, en el Primer Protocolo se exigió la represión penal de la «corrupción pasiva» y la «corrupción activa» de funcionarios comunitarios o nacionales (del país respectivo o de otros países miembros) siempre que se «cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas» (arts.

98. Cfr. TIEDEMANN en LK, com. previos § 263, n. marg. 100 y ss.

99. Ver el texto del Convenio, sus modificaciones y reglamento, en su versión española, recopilados en Arroyo Zapatero/de Vicente Martínez (dirs.), «Derecho penal económico», 2.ª edición, Barcelona, 2002, pp. 404 y ss. Los extractos que vienen a continuación provienen de allí.

100. **Artículo 1: Disposiciones generales**

1. A efectos del presente Convenio será constitutivo de fraude que afecta a los intereses financieros de las Comunidades Europeas, en materia de gastos, cualquier acción u omisión intencionada relativa:

— a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la percepción o la retención indebida de fondos procedentes del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas, o por su cuenta;

— al incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto;

— al desvío de esos mismos fondos con otros fines distintos de aquellos para los que fueron concedidos en un principio; en materia de ingresos, cualquier acción u omisión intencionada relativa;

— a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la disminución ilegal de los recursos del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o por su cuenta;

— al incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información que tenga el mismo efecto;

— al desvío de un derecho obtenido legalmente que tenga el mismo efecto.

2. Sin perjuicio del apartado 2 del art. 2, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias y adecuadas para trasladar al Derecho penal interno las disposiciones del apartado 1 de manera que los comportamientos que contemplan supongan una infracción penal.

3. Sin perjuicio del apartado 2 del art. 2, cada Estado miembro adoptará asimismo las medidas necesarias para que la elaboración o el suministro intencionado de declaraciones y de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan el efecto mencionado en el apartado 1, supongan una infracción penal si no son ya punibles, bien como infracción principal, bien por complicidad, instigación o tentativa de fraude, tal como se contempla en el apartado 1.

4. Para determinar si una acción u omisión de las mencionadas en los apartados 1 y 3 es intencionada se podrán tener en cuenta circunstancias de hecho objetivas.

101. TIEDEMANN observa que, con este modelo, solamente se exige que el autor obtenga, con engaños de cualquier tipo, los medios financieros (comunitarios) «de manera injusta», de tal manera que cualquier «daño» solamente sería entendido de manera «normativa» en el sentido de la teoría alemana de la «frustración de los fines»; ver en LK, 11.ª ed., com. previos § 263, n. marg. 95. Esta definición constituye, de todos modos, un modelo básico de «tipo europeo de la estafa»; ver *ibidem*, n. marg. 103.

102. **Artículo 3: Responsabilidad penal de los jefes de empresa**

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para permitir que los jefes de empresa o cualquier persona que ejerza poderes de decisión o de control en el seno de las empresas puedan ser declarados penalmente responsables con arreglo a los principios definidos por su derecho interno en caso de fraude que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas, tal como figuran en el art. 1, por una persona sometida a su autoridad por cuenta de la empresa.

103. Al respecto ver TIEDEMANN, LK, 11.ª ed., com. previos § 263, n. marg. 102; § 264, comentarios adicionales, n. marg. 3 y ss.

2 y 3). Y con el Segundo Protocolo (publicado el 19 de julio de 1997), se previó, para todos los países miembros, entre otras cosas, la represión penal del «blanqueo de capitales» (art. 2) y se introdujo expresamente la «responsabilidad de las personas jurídicas»¹⁰⁴ cuando ella intervienga en la comisión de los delitos previstos en todos los protocolos. Por cierto que no se explicitó que se deba tratar de una «responsabilidad penal» pero se precisó que entre las sanciones que debían adoptarse podrían estar algunas de carácter penal como la «multa»¹⁰⁵. Y también es interesante que se haya previsto en el art. 5 del Segundo Protocolo una medida típica del Derecho penal económico: la «confiscación» no solamente de los medios de los ilícitos, sino también de los «productos» (o sea, de las ganancias).

Pero también mediante las llamadas «Decisiones-Marco» [*Rahmenbeschlüsse*] del Consejo Europeo se puede conseguir la «asimilación» de disposiciones jurídicas de los Estados Miembros. Una Decisión-Marco en este sentido se buscaba para el caso de «conductas fraudulentas de competencia desleal en la contratación pública» (proyecto de 29 de marzo de 1999). El Parlamento Europeo, tras la experiencia del Convenio de 1995 ya mencionado y los posteriores protocolos, ha decidido en el año 2000 preparar el camino hacia una auténtica legislación supranacional penal sobre los intereses financieros de la Unión Europea. Es así que ha encomendado a la Comisión Europea (el órgano ejecutivo) la preparación de un **Decreto Comunitario** (*EG-Verordnung*), equiparable a una ley nacio-

nal, que regule la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas.

De manera preparatoria el Parlamento Europeo encargó a un grupo de expertos penalistas europeos (entre otros, Klaus TIEDEMANN, Mireille DELMAS-MARTY, Luis ARROYO ZAPATERO) la preparación de un documento que contenga normas penales generales y especiales referidas a este tema. El llamado *Corpus Iuris* salió publicado, en su segunda versión definitiva el 2000. En 2003 el Parlamento Europeo, en una «resolución» ha decidido la creación de un Código penal europeo con normas materiales y procesales. Pero también ha habido un proyecto privado importante: bajo la iniciativa de un grupo de penalistas europeos (impulsados sobre todo por el profesor Klaus TIEDEMANN) se ha trabajado y puesto a consideración del Parlamento Europeo un proyecto muy amplio de legislación penal bajo el nombre de «Eurodelitos». En el documento final¹⁰⁶ se prevén una parte general con principios penales (legalidad, *ne bis in idem*), cuestiones de competencia (jurisdicción y principio de territorialidad) y los presupuestos del delito (dolo, imprudencia, error, causas de justificación, autoría y participación, tentativa, concurso); en la parte especial se tipifican grupos de delitos que afectan a los intereses (no solamente financieros) de la Unión Europea: los trabajadores y el mercado de trabajo, los consumidores y la competencia, el medio ambiente, el patrimonio de las empresas y los acreedores, el sistema crediticio, bursátil y financiero, la marca comunitaria, y las medidas sancionadoras de la

104. Artículo 3 del Segundo Protocolo: Responsabilidad de las personas jurídicas

Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por los actos de fraude, corrupción activa y blanqueo de capitales cometidos en su provecho por cualquier persona, actuando a título individual, o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, basado en:

- un poder de representación de dicha persona jurídica, o
- una autoridad para adoptar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o
- una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica,

así como por complicidad o instigación de dicho fraude, corrupción activa o blanqueo de capitales o por tentativa de cometer dicho fraude.

Además de los casos previstos en el apartado 1, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que cometa un acto de fraude, corrupción activa o blanqueo de capitales en provecho de una persona jurídica, una persona sometida a la autoridad de esta última.

La responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 se entenderá sin perjuicio de las acciones penales enabladas contra las personas físicas que sean autoras, instigadoras o cómplices del fraude, corrupción activa o blanqueo de capitales.

105. Artículo 4 del Segundo Protocolo: sanciones a las personas jurídicas

Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que a la persona jurídica considerada responsable en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del art. 3 le sean impuestas sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo, y podrán incluir otras sanciones, tales como:

- exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas;
- prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales; vigilancia judicial; medida judicial de disolución.

Cada Estado Miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que a la persona jurídica considerada responsable en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del art. 3 le sean impuestas sanciones o medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias.

106. Puede consultarse el texto definitivo, así como la fundamentación de cada uno de sus articulados en: TIEDEMANN/NIETO MARTÍN, *El Derecho penal económico en la Unión Europea*, Cuenca, 2003.

Unión Europea u otros organismos internacionales. A estas propuestas, se han unido recientemente otras para la introducción de más «eurodelitos» en la lucha común europea contra el fraude y la corrupción¹⁰⁷.

5. Perspectivas: Hacia una «Depuración» del derecho penal y un nuevo derecho sancionador de empresas

Después de este repaso algo apurado del Derecho penal económico, me atrevo a resumir el estado actual de la teoría con las siguientes afirmaciones:

— En la actualidad, el Derecho penal económico es considerado y estudiado como una subespecialidad del Derecho penal.

— En esta disciplina se conjugan elementos del Derecho penal tradicional y otros del Derecho extrapenal (administrativo, mercantil, de la competencia, tributario, etc.). Por eso, no bastan las herramientas clásicas del Derecho penal para la interpretación y aplicación de la mayoría (si no todos) los tipos del Derecho penal económico.

— Pero, al entrar en el ámbito estrictamente penal, no pueden dejar de aplicarse los principios y garantías tradicionales. Como concepto orientador de todo el análisis penal sigue siendo útil el principio de lesividad o de protección de bienes jurídicos.

— La discusión actual, influida por una serie de problemas dogmático-penales tiende hacia una independencia del Derecho penal económico, sea dentro de un área de «segunda velocidad» del propio Derecho penal, como de un «Derecho de intervención» de corte administrativo o, incluso, de un (nuevo y autónomo) «Derecho sancionador de empresas».

— Dentro del análisis penal, los delitos económicos reúnen una serie de peculiaridades que implican un desafío interpretativo. Es cada vez más frecuente que estos delitos sean tipificados describiendo conductas de «peligro abstracto» (que puede y debe reinterpretarse en el sentido de una «idoneidad»). Debido a la preexistencia de un Derecho extrapenal regulador de la materia pertinente, los tipos penales de los delitos económicos tienen que vincularse con éste, sea mediante la técnica de la «ley penal en blanco» o de la «remisión interpretativa». Como en la comisión de estos delitos intervienen empresas, se discute la posibilidad de prever la responsabilidad penal directa o accesoria de estas.

— El legislador ha tratado de atenuar los efectos de la intervención penal en la actividad empresarial, relativizando los efectos de los tipos penales a través de una previa definición administrativa del contenido penal. En la práctica procesal peruana, por ejemplo, la intervención administrativa suele tener efectos decisivos, sea a través

de procesos previos o de informes vinculantes en el proceso penal.

— En la parte especial, los tipos penales constitutivos del Derecho penal económico son variados. Su clasificación depende de la concepción que se siga. Un consenso mínimo en cuanto a un «núcleo» podría incluir a delitos caracterizados por dirigirse directamente contra el sistema económico imperante. En esta categoría tienen que entrar los delitos contra la «libre competencia», la «leal competencia» y los delitos contra el patrimonio originados a partir de la «estafa» pero que se han independizado para proteger sistemas específicos: «delitos contra el sistema bancario», «delitos contra el sistema de seguros», «delitos contra el sistema de subvenciones. Por su importancia también pueden entrar en el grupo aquellos delitos con contenido patrimonial individual, pero de gran trascendencia en la economía de mercado como el «fraude en la administración de personas jurídicas» (o, bajo otra denominación: «administración desleal»).

— Pero las «peculiaridades» del delito y del delincuente económico nos indican algo más (y esta es la conclusión principal del presente trabajo): la necesidad de un enfoque totalmente nuevo para tratar el problema. En el análisis y tratamiento legal (sancionador) del delito económico destacan elementos y pueden ser útiles conocimientos aportados por la economía (análisis económico del derecho), la sociología (la teoría de sistemas) y el Derecho penal (principios penales), entre otros, para tender a la creación de una especialidad jurídica apropiada a las características de los actores. Un nuevo «Derecho (sancionador) de las empresas» tiene que ser la respuesta lógica y razonable a los fenómenos observados y que hasta ahora han querido ser solucionados (infructuosamente) con las herramientas del Derecho penal tradicional.

— Finalmente, la «globalización» ha alcanzado también al Derecho penal. Y ello no solamente a través de un «acelerado» intercambio de ideas. También se nota un mayor acercamiento en las soluciones propuestas para las distintas legislaciones penales. En Europa, más bien por factores económicos, se está llegando, tras una «armonización» gradual de las legislaciones administrativas y penales, a concretar poco a poco y por ahora sólo en parte (protección de los intereses financieros) un Derecho penal supranacional. Este desarrollo tampoco es ajeno a Latinoamérica, pionera en cuanto a intentos de armonización y unificación, con su Código penal Tipo que nuevamente está siendo trabajado. Y entre nosotros, no solamente son los «intereses financieros» los que favorecerían un Código Penal supranacional, sino también la lengua común, nuestras muy semejantes costumbres y nuestro pasado y futuro indesligables.

107. Ver ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (eds.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo*, Cuenca, 2006.

Bibliografía

— ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Lima, 1997; *El Derecho de la libre competencia*, Lima, 1997; «El principio de certeza en las leyes penales en blanco. Especial referencia a los delitos económicos», *Revista de Derecho penal y ciencias penales* núm. 9, Lima, 2000, p. 13 y ss.; «Diez años de Derecho penal económico peruano: un balance», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núms. 11-12 (2002), p. 21 y ss.; «Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”», *Revista Penal (España)*, núm. 14 (2004), p. 3 y ss.; «El estado actual de la discusión sobre la teoría de la imputación objetiva», en: «XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho penal y Criminología», UNMSM, Lima, 2004, p. 7 y ss.; «¿Normativismo radical o normativismo moderado?», *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* núm. 5, 2004, p. 17 y ss. [también publicado en la *Revista Penal (España)*, núm. 16, 2005, p. 3 y ss.]; «El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico», en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Buenos Aires, 2006, vol. 1, p. 1 y ss.; «Acerca de la teoría de bienes jurídicos», *Revista Penal (España)*, núm. 18 (2006), p. 3 y ss.

— ACHENBACH, Hans: «Zur aktuellen Lage des Wirtschaftsstrafrechts in Deutschland», *GA* 2004, p. 559 y ss.

— BUSSMANN, Kai/SALVENMOSER, Steffen: «Internationale Studie zur Wirtschaftskriminalität», *NStZ* 2006, p. 203 y ss.

— CANCIO MELIÁ, Manuel: «¿Derecho penal del enemigo?» en JAKOBS/CANCIO, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, p. 58 y ss.

— CASTALDO, Andrea, «Die aus Straftaten entstehende verwaltungsrechtliche Haftung der Unternehmen nach der italienischen Rechtsreform vom Juni 2001», *Wistra* 2006, p. 361 y ss.

— CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: «Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos», en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (directores), *La política criminal en Europa*, Barcelona 2004, p. 25 y ss.

— FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos: «Towards a new sectorial division in Criminal Law?», en: WLADYSŁAWA CZAPLINSKIEGO (ed.), *Prawo w XXI wieku. 50 lat. Księga pamiątkowa 50-lecia*, Varsovia, 2006, p. 601 y ss.

— FRISCH, Wolfgang: «Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens», en: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (edits.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003, p. 215 y ss.

— GARCÍA CAVERO, Percy: *Derecho penal económico. Parte general*, Lima, 2003; «La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de

otro», en: GARCÍA CAVERO (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Lima, 2002, p. 333 y ss.

— GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos: «Grundlagen des konstruktivistischen Unternehmensschuldbegriffes», *ZStW* 119 (2007), S. 290 ff.; «¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas», *CPC* 2006-I, S. 119 ff.

— GRACIA MARTÍN, Luis: «La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho penal español», en: *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 81 y ss.

— HARTAN, Cora C.: *Unternehmensstrafrecht in Deutschland und Frankreich*, Hamburgo, 2006.

— HASSEMER, Winfried: «Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?», en: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (edits.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003, p. 57 y ss.

— HEFENDEHL, Roland: «Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht», Colonia, 2002.

— HERZOG, Félix: «Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del Derecho penal», en: ARROYO Z. /NEUMANN/NIETO M., *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, p. 249 y ss.

— JAKOBS, Günther: «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo» en JAKOBS/CANCIO, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, p. 19 y ss.; «¿Punibilidad de las personas jurídicas?», en: GARCÍA CAVERO (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, p. 63 y ss., Lima, 2002; «Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen», *Libro Homenaje a Miyazawa*, Baden-Baden, 1995, p. 419 y ss.

— KUHLEN, Lothar: «Zum Strafrecht der Risikogeschäftschaft», *GA* 1994, p. 347 y ss.

— MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Valencia 2007; *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia, 1998; «Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del “Big Crunch” y la selección de bienes jurídico-penales», en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (directores), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004, p. 91 y ss.

— MAZUELOS COELLO, Julio: «La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del “actuar por otro”», en: GARCÍA CAVERO (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Lima, 2002, p. 453 y ss.

— MUÑOZ CONDE, Francisco: «Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal», en: QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS

(coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano, 2001, p. 561 y ss.

— MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho penal. Parte general*, 6.^a ed., Valencia, 2004.

— PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de Derecho penal III*, Lima, 1994.

— PONCET, Dominique/MACALUSO, Alain: «Evolution de la responsabilité pénale de l'entreprise en Suisse et perspective inspirée de modèles étrangers», en *Libro Homenaje a Stefan Trechsel*, Zürich, 2002, p. 517 y s.

— PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: «La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la immanencia del Derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos», en *Libro Homenaje a Ruiz Antón*, Valencia, 2004, p. 895 y ss.; «Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal», en: *Libro Homenaje a Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, p. 853 y ss.

— PRITTWITZ, Cornelius: «Sociedad de riesgo y Derecho penal», en: ARROYO Z./NEUMANN/NIETO M., *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, 2003, p. 259 y ss.

— PUPPE, Ingeborg: «Brauchen wir eine Risikoerhöhungslehre?», *Libro Homenaje a Roxin*, Berlín, 2001, p. 287 y ss.; *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, tomo 1, Baden-Baden, 2002.

— RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: «Einige Bemerkungen über das Kausalitätsproblem und die Täterschaft im Falle rechtswidriger Kollegialentscheidungen», *Libro Homenaje a Roxin*, Berlín 2001, p. 307 y ss.

— ROXIN, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo I, Munich, 2006, 4.^a ed.; tomo 2, 1.^a ed., Munich, 2003.

— SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst/otros autores: *Strafgesetzbuch*, 27.^a ed., Munich, 2006.

— SCHÜNEMANN, Bernd: «Sobre la regulación de los delitos de omisión impropia en los eurodelitos», en: TIEDEMANN/NIETO MARTÍN (eds.), Cuenca, 2003, p. 35 y ss.; «Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende», *GA* 2001, p. 205 y ss.

— SILVA SÁNCHEZ, Jesús: *Die Expansion des Strafrechts*, Francfort del Meno, 2003 (publicación alemana de la 1.^a edición española); «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal español», en: GARCÍA CAVERO (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Lima, 2002, p. 141 y ss.

— TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: «Sistema penal y delitos contra el orden socioeconómico. Consideraciones introductorias», en: DE LA CUESTA AGUADO/TERRADILLOS B./ABANTO V./MARTÍNEZ-BUJÁN/RUIZ RODRÍGUEZ, *Derecho penal económico*, Mendoza (Argentina), 2003, p. 53 y ss.

— TIEDEMANN, Klaus: «Nuevas tendencias en la responsabilidad penal de las personas jurídicas», texto no impreso de la conferencia en el Congreso «Primeras Jornadas de Derecho Penal», Universidad Andrés Bello, Viña del Mar (Chile), noviembre 2006; *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, Colonia, 2004; «Grunderfordernisse einer Regelung des Allgemeinen Teils», en: TIEDEMANN (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Freiburg-Symposium*, Colonia, 2002, p. 3 y ss.; comentarios a los artículos 263 y ss. del StGB en *Leipziger Kommentar (LK)*, 11.^a ed., Berlín, 2000; *Temas de Derecho penal económico y ambiental*, Lima, 1999; «Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht», *Libro Homenaje a Nishihara*, Baden-Baden, 1998, p. 496 y ss.

— VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Derecho penal. Parte general*, Lima, 2006.

— ZUGALDÍA ESPINAR, José M.: «¿Qué queda en pie en el Derecho penal del principio “mínima intervención, máximas garantías”?», *CPC* n.º 79 (2003), p. 109 y ss.