Dr. Manuel A. Abanto Vásquez
Prof. de Derecho Penal

Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública

GRIJLEY

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

© 2014, **Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública**
© 2014, Manuel A. Abanto Vásquez
© 2014, Editora y Librería Jurídica Grijley

www.grijley.com

Jr. Azángaro 1077 - Lima
Tlfs.: 321-0258 • 427-1881
mentejuridica@hotmail.com

Av. Francisco Lazo 1924 - Lince
Tlfs.: 265-2739
Cel.: 985770709
info@grijley.com

Av. Tingo María 1330
Tlfs.: 337-5252 • 666-0714
elay_grijley@hotmail.com

Composición e Impresión: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2014-03311
ISBN: 978-9972-04-447-2

Tiraje: 1,000 ejemplares

Prólogo

La presente colección de artículos nace de la necesidad de reunir en un solo libro una serie de trabajos publicados en diferentes revistas peruanas y extranjeras. Repetidas veces, colegas y alumnos me habían indicado que no tenían acceso a algunos de mis artículos citados por colegas nacionales, extranjeros o por mí mismo en conocidas publicaciones nacionales como la *Revista Peruana de Ciencias Penales*.

En algunos casos, los trabajos que se reúnen en este libro sí habían sido publicados anteriormente en nuestro país, pero no habían alcanzado mayor difusión debido a la limitada vigencia de la revista pertinente (por haber dejado de circular, como la excelente "Revista Peruana de Doctrina y jurisprudencia penales"), al restringido círculo de lectores (p. ej. los Libros-Homenaje o publicaciones de ponencias de un determinado congreso) o, simplemente, como consecuencia del escaso interés que despertara el tema en el momento de la publicación. En otros casos, los artículos solamente habían aparecido en publicaciones extranjeras.

Por tal razón, en esta obra compiladora se publican algunos de los artículos que he producido a lo largo de mi carrera. Estos han sido escogidos teniendo en cuenta, como pauta orientadora, los dos grandes temas que se resumen en el título del libro, los delitos económicos y los delitos contra la administración pública, vinculados a través de la dogmática penal.

La mayor parte de los temas de dogmática penal que se tratan al inicio tienen luego una aplicación directa en el tratamiento de los delitos económicos (principio de certeza y leyes penales en blanco, dominio de la organización, responsabilidad penal de entes colectivos y Derecho sancionador de empresas) y los delitos contra la administración pública (delitos de infracción del deber, participación necesaria, Derecho administrativo sancionador y "ne bis in idem").

Pero también se han incluido otros trabajos que tratan temas básicos de metodología, política criminal y dogmática penal y que, por su actualidad,

serán de interés para cualquier penalista aunque, por su contenido, revistan especial interés en el marco de los dos grandes grupos delictivos indicados: la teoría de bienes jurídicos, la justificación y finalidad de las penas, el funcionalismo sistémico o radical y su confrontación con el funcionalismo moderado, así como la propuesta jakobsiana del Derecho penal del enemigo (dentro del cual se ubicarían también los delitos económicos), el principio de reserva de la ley penal (y su manipulación en un sistema de corrupción institucionalizada), la teoría de la imputación objetiva y su importancia en la tipicidad de los delitos, así como en la teoría de la participación delictiva, y la prescripción de la acción (y sus incidencias de impunidad en la corrupción).

Finalmente, la recopilación recoge trabajos que se dedican de manera específica a los dos grandes temas de la parte especial. Por un lado, en el campo del Derecho penal económico, se analiza la legislación peruana en el momento en que se cumplía una década de vigencia del Código Penal ("Diez años de Derecho penal económico peruano"), o se hace un análisis comparado de un grupo de delitos económicos ("Los delitos contra el mercado...") o de un delito en particular ("La administración desleal...") emparentado con nuestro tipo de "fraude en la administración de personas jurídicas". En el caso de los delitos contra la administración pública, tras un análisis criminológico y de política criminal sobre la corrupción en general ("Corrupción y globalización...") y el sistema penal peruano en particular ("Vacíos en la legislación sobre corrupción..."), se estudian dos casos específicos de corrupción ("tráfico de influencias" y "transfuguismo político"). Finalmente, y con motivo de los últimos cambios en la legislación penal peruana, se hace un breve análisis crítico de las leyes pertinentes ("Últimos cambios...").

Si bien es cierto que, a excepción de los tres últimos trabajos, la mayoría de ellos ya habían sido publicados anteriormente, se puede adelantar aquí, que siguen teniendo vigencia en la medida en que ni siquiera las últimas modificaciones penales del presente año han cambiado de manera decisiva algo de lo criticado cuando fueron escritos, tanto en lo que se refiere al Derecho penal económico, (más bien ha habido despenalización de algunas de las figuras principales como el delito de "abuso de poder económico" y "publicidad engañosa") como en cuanto a los delitos contra la administración pública (sólo se constatan cambios de numeración, modificaciones mínimas de los tipos y del aspecto procesal).

De esta manera, espero poner al alcance del lector nacional algunas de mis contribuciones más importantes sobre los temas mencionados. Por supuesto que ellas no solamente encontrarán aprobación, sino también críticas. Pero, al igual que ocurriera con la primera edición de mi libro "Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano" (Palestra edito-

res, Lima, 2001), cuando estuvieran justificadas y fueran convincentes gustosamente recogeré las críticas de mis colegas o, si me parecieran injustificadas, trataré de rebatirlas con los argumentos pertinentes, tal como hiciera en la segunda edición del mencionado libro (Palestra editores, Lima, 2003). Este permanente diálogo científico, tan común en otras latitudes, aunque no siempre "deportivamente" asumido en nuestro medio, contribuirá no solamente a mejorar la propia labor del autor, sino también a ofrecer mejores propuestas a nuestra legislación nacional en la lucha contra la corrupción y la delincuencia económica.

Bad Krozingen (Alemania), setiembre de 2013

Dr. Manuel A. Abanto Vásquez

Abreviaturas

AO[Abgabenordnung]	Ordenamiento Tributario
art. (arts.)	artículo (artículos)
AT	Allgemeiner Teil (parte general)
BGB	Código Civil alemán
B. T.	Besonderer Teil (parte especial)
c. ejs.	con ejemplos
c. jurisp.	con jurisprudencia
c. más refs.	con más referencias bibliográficas
col.	columna
comp.	comparar
conf.	de conformidad con esto
coord. (coords.)	coordinador (coordinadores)
D. L.	Decreto Ley
D. Leg.	Decreto Legislativo
DTJ [Deutscher Juristentag]	Jornada Alemana de Juristas
edit.	editor, coordinador de la obra
esp.	especialmente
FS [Festschrift]	Libro-Homenaje en honor a
GA [Goltdammer´s Archiv]	Archivos de Goltdamm de Derecho Penal (revista)
GG [Grundgesetz]	Ley Fundamental [Constitución]
GS [Gedächtnisschrift]	Libro Conmemorativo en memoria de
GVG	Ley de Organización de los Tribunales

GWB	Ley alemana sobre prácticas restrictivas de la competencia
HWiStR	Diccionario de Derecho penal económico y Derecho tributario
JA [Juristische Arbeitsblätter]	Papeles jurídicos de trabajo
JR [Juristische Rundschau]	Panorama Jurídico (revista)
Jura [Juristische Ausbildung]	Aprendizaje Jurídico
JuS [Juristische Schulung]	Formación jurídica (revista)
JZ [Juristenzeitung]	Periódico de Juristas (revista)
LC (L. C.)	Libro Conmemorativo en memoria de ...
LH (L. H.)	Libro-Homenaje en honor a ...
LG [Landsgericht]	Tribunal del Land (o Tribunal Estadual)
LK [Leipziger Kommentar]	Comentarios de Leipzig al Código Penal
NJW [Neue Juristische Wochenschrift]	Nuevo Semanario Jurídico
n. marg.	número de margen
nota	nota al pie de página
NStZ[Neue Zeitschrift für Strafrecht]	Nueva Revista de Derecho Penal
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OLG	Tribunal Superior del Land
OWiG	Ley sobre infracciones administrativas o "contravenciones"
p.	página
P. E.	parte especial
p. ej.	por ejemplo
P. G.	parte general
RG [Reichsgericht]	Tribunal del Reich (o del Imperio)
SK [Systematischer Kommentar]	Comentario Sistemático (al Código Penal alemán)
StGB [Strafgesetzbuch]	Código Penal (alemán)
StPO [Strafprozessordnung]	Ordenamiento procesal penal (alemán)
StV [Strafverteidiger]	Defensor Penal (revista)

SubvG	Ley contra la utilización abusiva de subvenciones
TCE [EGV]	Tratado de fundación de la
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TFA [BGH]	Tribunal Federal (Supremo) alemán
TFA, s. penal, t.	Jurisprudencia del TFA en asuntos penales, tomo ...
TFC [BVerfG]	Tribunal Federal Constitucional
T. Reich	Tribunal del Reich en asuntos penales
T. Land	Tribunal del Land (Estado Federado) de
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
vers. ant.	versión antigua
vor § (vor §§)	comentarios previos al art. (a los arts.)
y s. (y ss.)	y siguiente (y siguientes)
ZStW	Revista de todas las Ciencias Penales.

Acerca de la teoría de bienes jurídicos(*)

El principio de "lesividad" y la teoría de bienes jurídicos han sido temas que siempre han ocupado y preocupado al ilustre profesor chileno Juan BUSTOS RAMÍREZ. En el mundo hispanoparlante es por demás conocida su concepción que trata de sistematizar mejor y materializar este principio a través de su distinción entre "bienes individuales" y "bienes colectivos" y su integración en la construcción de la teoría del delito(1). En esto ha seguido una larga tradición dogmático-penal que, en los últimos años, se ha visto sometida a fuertes críticas por una serie de nuevas teorías basadas en ideas provenientes de las ciencias sociales y económicas. La reacción de los defensores de la teoría de bienes jurídicos no se hizo esperar; con ello se ha producido un interesante renacimiento de la discusión. A continuación se someterán a un análisis crítico tanto la teoría tradicional de bienes jurídicos como también dos de las más interesantes propuestas alternativas.

1. La "tradicional" teoría de bienes jurídicos o "principio de lesividad"

1.2. Los bienes jurídicos. Desarrollo. La concepción dominante

La creación del concepto "bien jurídico" (o por los menos, el haber sentado las bases para ello) se atribuye al alemán Johann Michael Franz BIRNBAUM, quien, durante la primera mitad del siglo XIX, quería oponerse así a la concepción individualista de la "lesión de derechos" de Paul Johann Anselm FEUERBACH y, al mismo tiempo, ofrecer un concepto natural del delito, o sea uno que fuera

---

(*) Artículo cuya versión inicial fue expuesta en el congreso internacional (Cuestiones fundamentales del Derecho penal y del Derecho procesal penal ante los desafíos del nuevo siglo) realizado del 3 al 5 de noviembre de 2005 en Trujillo (Perú). En la versión actual se publicó en la *Revista Penal*, N° 18 (2006), España, pp. 3-44, en el Libro-Homenaje a Juan Bustos Ramírez, Lima, 2007, pp.1-72, y en la *Revista de Derecho Penal*, 2006-2, Buenos Aires, pp. 703-800.

(1) Ver, entre las publicaciones más conocidas, BUSTOS, *Política criminal e injusto*, p. 125 y ss.; *Los bienes jurídicos colectivos*, p. 155 y ss.; *Derecho penal*, pp. 51 y ss.; y en BUSTOS/HORMAZÁBAL, *Lecciones de Derecho penal*, vol. I, p. 57 y ss., vol. 2, p. 27 y ss.

independiente del mero concepto positivo[2]. En contra de la concepción de FEUERBACH que identificaba el objeto de protección con los intereses estrictamente privados de la víctima, BIRNBAUM quería resaltar aquello que sería realmente "lesionado" por el delincuente y que iría más allá de la lesión a la víctima concreta, o sea (sobre todo) el interés de toda la colectividad.

Esta idea de la protección de "bienes jurídicos" como tarea del Derecho penal fue el punto de partida para el desarrollo del llamado principio de "lesividad" u "ofensividad": el ejercicio del *ius puniendi*, a través del Estado, solamente se vería legitimado por medio del objetivo de proteger bienes jurídicos. Bajo el aforismo "nullum crimen sine injuria" se llegó a entender que tal "injuria" consistiría en la vulneración de "bienes jurídicos", concepto que expresaría los "valores más trascendentes para la coexistencia humana en sociedad"; luego, si no se reconocieran y protegieran estos bienes, el Derecho penal carecería de una base sustancial, renunciaría a inspirarse en los principios de justicia y no podría servir para regular la vida humana en sociedad[3].

Desde entonces y, pese al retroceso que significó la época nacional-socialista en Alemania[4], la ciencia jurídico-penal alemana dominante y la influida por ella no han abandonado este principio. Se puede decir que, hasta ahora, el consenso mínimo de la doctrina dominante consiste en que el "bien jurídico" es visto como el punto de encuentro entre "injusto" y "política criminal"[5], de tal manera que el Derecho penal solamente debería tener por tarea proteger "bienes jurídicos" y los tipos penales solamente deberían ser interpretados en este sentido[6].

---

[2] Ver la tesis de BIRNBAUM en "Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung", Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, tomo 15 (1834), p. 149 y ss., y la de FEUERBACH en "Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts", que tuvo varias ediciones, entre ellas, la que se cita aquí y que corresponde a la publicada en Giessen, 1847. Un análisis amplio de esta confrontación y el contexto y trasfondo del origen histórico de la teoría de bienes jurídicos puede consultarse en AMELUNG, "Rechtsgüterschutz...", p. 15 y ss.; HEFENDEHL, "Kollektive Rechtsgüter...", p. 9 y ss., 15 y ss.; en la literatura iberoamericana ver, recientemente, Gonzalo FERNÁNDEZ, p. 11 y ss.; POLAINO NAVARRETE, p. 212 y ss.

[3] Cfr. POLAINO NAVARRETE, p. 195.

[4] Sobre la situación de la teoría de bienes jurídicos durante la época nacionalsocialista, ver la amplia exposición que hace AMELUNG en "Rechtsgüterschutz...", p. 216 y ss. Este episodio histórico (en el cual se manipuló el concepto "bien jurídico" hasta identificarlo con el "sano sentimiento del pueblo alemán") suele ser utilizado como argumento para desvirtuar las posibilidades "democráticas" de la teoría de bienes jurídicos. Así, p. ej., la argumentación de JAKOBS, Strafrecht A. T., p. 43, nota 32; anteriormente, AMELUNG, "Rechtsgüterschutz...", p. 257 y ss.

[5] Constatación hecha ya por BUSTOS a principios de los años 70; ver "Política criminal e injusto", pp. 126, 139 y ss. Destaca especialmente esto y desarrolla consecuentemente su teoría del delito sobre esta base ROXIN, ver esp. "Das strafrechtliche Unrecht...", pp. 929 y ss. En español ver, en especial, la monografía de Gonzalo FERNÁNDEZ, c. más refs., "Bien jurídico y sistema de delito".

[6] Ver, entre muchos otros, ROXIN, "Strafrecht. A.T.", tomo I, pp. 16 y ss.; el mismo autor en "Problemas actuales...", pp. 22 y ss.; KREY, pp. 3 y ss., n. marg. 5 y ss.; OTTO, "Grundkurs...", p. 5 y ss.; HASSEMER, "Darf es Straftaten geben...",

Ahora bien, desde el inicio, se ha presentado el problema de buscar un "concepto" de bien jurídico y "criterios" manejables para su delimitación. Esta empresa ha resultado infructuosa en el sentido de pretender proporcionar un "concepto exacto" del bien jurídico. Por eso, en la actualidad solamente se propone un concepto con un mínimo de contenido, es decir, que se refiera a "algo" sobre lo cual sea posible un consenso en toda sociedad libre y pluralista. Ese "algo" es definido de distintas formas: "intereses sociales", "valores", "relaciones reales de la persona con unidades sociales de función", etc.(7). Es cierto que, en última instancia, ninguna de estas fórmulas puede vincular al legislador, pues de una u otra manera cualquier interés estatal (así sea uno de carácter político) podría adaptarse a cualquier fórmula conceptual. Pero tampoco es deseable un concepto demasiado cerrado de "bien jurídico", pues se opondría a los desarrollos futuros inevitables en cualquier sociedad moderna. Por eso, una fórmula que tenga en cuenta todo esto debe, por un lado, considerar que los "valores", "unidades sociales de función", etc., no pueden

---

c. más refs., p. 57 y ss., 60; SEHER, p. 39 y ss., 56; STERNBERG-LIEBEN, p. 65 y ss.; SCHÜNEMANN, "Das Rechtsgüterschutzprinzip...", p. 133 y ss., 154; HEFENDEHL, "Kollektive Rechtsgüter...", p. 5 y ss. Más refs. en ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 53, nota 170. Pero un sector de ella, afirma que el Derecho penal también protege y debería proteger, en algunos casos, "deberes"; al respecto, ver LENCKNER, en Schönke/Schröder, p. 145, n. marg. 11; JESCHECK/WEIGEND, p. 8. En el área iberoamericana, ver MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 59 y ss., 78 y ss.; MIR PUIG, "Derecho penal, p. g.", p. 128 y ss.; el mismo autor, recientemente, tras un análisis minucioso de lo "fáctico", lo "normativo" y del Derecho como "hecho social", en: "Límites del normativismo...", p. 678, 689; POLAINO NAVARRETE, p. 194 y ss.; POLAINO NAVARRETE/POLAINO ORTS, p. 227 y ss., 258, 348 y ss.; y, proponiendo una teoría "iushumanista" del bien jurídico, Gonzalo FERNÁNDEZ, p. 118 y ss., 291 y s. La escuela "neoidealista" sigue una concepción basada en el "derecho a la libertad" en un contexto de relaciones sociales que finalmente también podría identificarse con la teoría de bienes jurídicos; ver KÖHLER, p. 24 y s.; especialmente, KAHLO, p. 28 y ss. SEHER ha observado, sin embargo, que, en última instancia, dentro de esta concepción al igual que en el funcionalismo sistémico, los bienes jurídicos tienden a ser prescindibles dado que, bajo una valoración positiva de la "pena" (como restablecedora del Derecho) que ellos plantean, no se necesitaría un concepto adicional que apruebe el empleo excepcional de aquella; ver p. 41 y s.

(7) A continuación, algunas definiciones. Para KREY (traducción libre), "Bienes jurídicos son bienes vitales, valores sociales e intereses reconocidos jurídicamente que son recogidos o recién acuñados por el ordenamiento jurídico y que son valiosos para el individuo o la generalidad y que por ello gozan de protección jurídica"; ver p. 3., n. marg. 7. Según OTTO (traducción libre): "Bien jurídico es una determinada relación real de la persona (descrita con más detalle en los tipos particulares) con valores concretos, reconocidos por la comunidad jurídica –'unidades sociales de función'–, en la cual el sujeto de Derecho se desarrolla personalmente bajo la aprobación del ordenamiento jurídico"; ver "Grundkurs...", p. 6, n. marg. 32. Y para ROXIN (traducción libre): "Bienes jurídicos son todas circunstancias [Gegebenheiten] o finalidades determinadas [Zwecksetzungen] que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal construido sobre la base de este objetivo"; ver "Strafrecht. A. T.", tomo I, p. 16, n. marg. 7. En el ámbito iberoamericano es conocida la definición de BUSTOS, para quien se trataría de una "determinada síntesis normativa" proveniente de una "relación social concreta y dialéctica"; "Política criminal e injusto", p. 131 y s., 139; también en "Derecho penal", p. 55. De manera similar el autor chileno se refiere últimamente a "relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativa de los procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar en una sociedad democrática". Ver en: BUSTOS/HORMAZÁBAL, "Lecciones...", vol. I, p. 59. SEHER abre incluso más el concepto para admitir cualquier "interés, recurso o valor" que, bajo una discusión abierta de posibles principos críticamente analizados (lesividad, perturbabilidad, paternalismo, moralismo), pueda ser legitimado como penalmente protegible (definición a partir de los principios); ver p. 56. Más definiciones en STRATENWERTH. "Zum Begriff...", p. 378, p. 388 (críticamente); POLAINO NAVARRETE, p. 227 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 42 y s.

ser tomados por sí mismos como datos preexistentes, exentos de crítica, sino solamente como "circunstancias" (Gegebenheiten) que deban estar sometidas a un continuo análisis crítico y puedan cambiar su contenido conforme a los cambios que se produzcan en los objetivos y la autocomprensión de la sociedad jurídica[8]. Y, por otro lado, se deberá buscar el equilibrio entre el interés de "dinamicidad" y el de "garantía" del concepto "bien jurídico" vinculando a este con un orden preexistente de valores reconocido en la ley máxima de todo Estado[9], o sea con los derechos fundamentales y principios de todo Estado social y democrático anclados en la Constitución[10].

Luego, el delito es entendido como toda conducta que atente gravemente contra bienes jurídicos y, con ello, contra las condiciones básicas para la convivencia de los ciudadanos en sociedad en un lugar y momento determinados. A partir de aquí, se puede concretar más en la definición del "bien jurídico" diciendo, *de manera negativa* (concepto-límite) qué intereses *no* pueden ni deben ser considerados bienes jurídicos[11]. Esto todavía constituye doctrina

---

[8] Cfr. OTTO, "Grundkurs...", p. 7, n. marg. 34; ROXIN, "Strafrecht. A. T.", tomo I, p. 16, n. marg. 7, p. 32 y s., n. marg. 63 y s.

[9] Ver así SCHÜNEMANN, c. más refs., analizando y descartando las otras propuestas conceptuales del bien jurídico, "Das Rechtsgüterschutzprinzip...", p. 135 y ss., 142 y ss.

[10] En esto coincide prácticamente la mayor parte de la doctrina penal. Ver, entre muchos otros, en Alemania, RUDOLPHI, p. 164 y s.; TIEDEMANN, p. 53 y s.; ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 16 y ss.; WEBER en Baumann/Weber/Mitsch, p. 12 y s., n. marg.12; KREY, p. 6, n. marg. 15; KINDHÄUSER, p. 37, n. marg. 6; LÜDERSSEN, "Das moderne Strafrecht", p. 99, columna derecha; SCHÜNEMANN, "Das Rechtsgüterschutzprinzip...", p. 142 y ss., HEFENDEHL, "Kollektive Rechtsgüter...", p. 42 y ss., 48 y ss., el mismo en "Die Materialisierung...", p. 22; con mucho énfasis, últimamente también HASSEMER, "Darf es Straftaten geben...", p. 58; STERNBERG-LIEBEN, p. 66 y s. En habla hispana, ARROYO ZAPATERO, p. 100 y ss.; CARBONELL MATEU, p. 27 y ss., 77 y ss.; MIR PUIG, "Derecho penal p. g.", p. 128 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, p. 9; POLAINO NAVARRETE/POLAINO ORTS, p. 348 y ss. Sin vinculación directa o estricta con la Constitución también argumentan, en el fondo, FRISCH, p. 74 y s.; SEHER, p. 55; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 82; MUÑOZ CONDE, p. 561. La escuela "neoidealista" también argumenta de manera similar, aunque prefiere vincular lo protegible (el bien jurídico) directamente (es decir de manera incluso pre-constitucional) con la "libertad individual" (derecho de la subjetividad); ver KÖHLER, p. 22 y ss.; KAHLO, p. 29 y ss.; en Latinoamérica sigue una tendencia similar, Gonzalo FERNÁNDEZ, ver p. 118 y ss., 291 y s. Y también STRATENWERTH/KUHLEN destacan la importancia de la Constitución para encontrar límites a la intervención punitiva del Estado, aunque no partan exclusivamente de "bienes jurídicos", sino también de la protección de "reglas de conducta sociales" preexistentes fácticamente; ver p. 33 y s., n. marg.15, 17 y s.; en sentido similar, admitiendo una amplia vinculación entre Constitución y "bien jurídico" (no exclusivamente personal), AMELUNG, "Der Begriff des Rechtsguts...", p. 162 y ss., 182. Pero STRATENWERTH ha reconocido también que la "protección de normas generales de conducta" compatibilizaría con los bienes jurídicos pues, en última instancia ambos serían parte de un "ordenamiento social" desarrollado históricamente y basado en coincidencias culturales, aunque cambiante y muy polémico en sus peculiaridades; ver "Zum Begriff...", p. 390; "Kriminalisierung bei Delikten...", p. 257.

[11] Esta conclusión también era extraída por BUSTOS ya a principios de los 70 ("Política criminal e injusto", p. 139) y HASSEMER (reafirmándose en sus tesis, "Darf es Straftaten...", pp. 57, 59). Entre otros, aunque de distinta manera, concretan también esta idea ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 18 y ss., n. marg. 13 y ss.; LAMPE, "Gedanken zum materiellen...", p. 77 y ss., 93 y ss.; WOHLERS, "Rechtsgutstheorie...", p. 17, 20. Como señala LAMPE, el concepto de "bien jurídico" y demás criterios solamente proporcionan los requisitos generales necesarios de todo delito; la mayor precisión de los bienes jurídicos y su relación sistemática entre ellos se conseguiría recién en la "parte especial"; cfr. ibídem, p. 80, 88 y s., 94.

dominante en el Derecho penal alemán y en el de los países con sistemas penales de corte europeo-continental como España, Italia, Portugal, Argentina, Chile, Perú, etc.

La importancia del concepto "bien jurídico" se manifiesta en las *funciones* que usualmente le atribuye la doctrina mayoritaria[12]. La más importante de ellas, aunque la más polémica[13] (y en mi opinión la decisiva en la confrontación con el normativismo radical) es la llamada *función crítica*: desde una perspectiva del "ideal del principio democrático", el penalista estaría en condiciones de discutir la legitimidad de aquellos tipos penales creados o por crearse que no cumplan con proteger bienes jurídicos. Ese es el motivo por el cual no deberían perseguirse penalmente las concepciones morales o éticas de las minorías. Así es como se ha llegado a eliminar de los códigos penales los delitos de "homosexualidad", "incesto" o "adulterio", aunque también, en el entendimiento de algunos autores, debería, de la mano con el principio de mínima intervención, ponerse coto a tipos penales que se alejarían demasiado

---

[12] BUSTOS/HORMAZÁBAL exponen esta versión en "Lecciones...", vol. I, p. 61 y ss.; recientemente ver Gonzalo FERNÁNDEZ, p. 6 y ss., 293 y s.; POLAINO NAVARRETE, p. 232 y ss. Al respecto también OTTO, "Grundkurs...", p. 8, n. marg. 39 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 60 y s.; ROXIN, "Strafrecht A. T", tomo I, p. 14 y s., n. marg. 4 y s.; el mismo en "Problemas actuales...", p. 46; acentuando la función "crítica" debido a la fundamentación del bien jurídico en "principios", SEHER, p. 56. Últimamente también ROXIN acentúa la función "crítica" del concepto de bien jurídico, aunque aclara que debería denominarse "crítica de la legislación" (y no "crítica del sistema") y que solamente puede ser entendida, por ahora, como un postulado político-criminal (que no vincula al Tribunal Constitucional aunque este pueda basarse en aquel para fundamentar la declaración de inconstitucionalidad de una ley), ver "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 18, n. marg. 12, p. 40 y ss., n. marg. 86 y ss.

[13] En la doctrina, algunos niegan la "función crítica" aunque admiten las otras. Así, AMELUNG, quien destaca de manera especial la función interpretativo-teleológica del bien jurídico, pero no cree ni posible ni necesario un concepto crítico "pre-positivo" de bien jurídico en una sociedad multicultural, donde no pueden existir verdaderos consensos valorativos, sino solamente procesos legislativos para la decisión valorativa en manos del legislador, ver "Der Begriff des Rechtsguts...", p. 156 y s., 160 y ss. STERNBERG-LIEBEN reconoce la función crítica pero la relativiza en una "zona gris" amplia, donde el bien jurídico solamente tendría un carácter "argumentativo" en la discusión político-criminal; ver p. 65 y ss. 70 y s. LENCKNER reconoce funciones al "bien jurídico", pero se muestra escéptico en cuanto a la función "crítica" pues ella no sería más que una "máxima general... que, en última instancia, arroja más preguntas que respuestas en tanto más complejos sean los hechos de vida y más difusas se vuelvan las concepciones valorativas en la sociedad, concepciones sometidas a un cambio cada vez más rápido" (traducción libre); ver en Schönke/Schröder, p. 144 y s., n. marg. 10, 145. De manera similar, tampoco LAMPE encuentra mucho sentido en una función "crítica", pues la consecuencia de ello tendría que ser una "nulidad" de la ley penal (inconstitucionalidad), la cual, en el Derecho alemán, básicamente requiere más bien "desproporcionalidad" que manifieste "arbitrariedad"; ver "Gedanken zum...", p. 79. STRATENWERTH resta importancia "crítica" a la idea de "bienes jurídicos", incluso en el recurrido ejemplo de la reforma alemana de los delitos contra la libertad sexual de 1973, pues, salvo algunos casos donde el concepto tendría importancia interpretativa (delitos contra la persona y otros), en muchos otros casos solamente interesaría la protección de "normas elementales para un mínimo consenso social"; ver "Zum Begriff...", p. 389 y s. También resta función crítica al concepto de bien jurídico por su "vaguedad", FRISCH, "Rechtsgut, Recht...", p. 216 y ss.

En cambio, defienden la "función crítica", además de la doctrina dominante (y dentro de ella, como es obvio, la tesis constitucionalista), también la "escuela neoidealista"; ver al respecto KAHLO, p. 30, y, desde la perspectiva anglosajona, DUBBER, quien lo considera, dentro del desarrollo de una dogmática penal, como un "contrapeso útil" al "pragmatismo inductivo" del pensamiento penal norteamericano que, en la práctica, ha demostrado ser insostenible por permitir una evidente sobrerrepresión, p. 518.

de la "lesividad": los tipos de peligro abstracto que surgen sobre todo en el ámbito del Derecho penal económico[14]. Por otro lado, el concepto "bien jurídico" también tendría una *función interpretativa o dogmática*[15], pues, al interpretar los elementos del tipo penal, deberá servir para descubrir los alcances de una determinada prohibición (p. ej., si en el delito de homicidio se protege la vida, no podrá haber delito cuando ya no hay vida humana que proteger), determinar luego si existiría una permisibilidad extraordinaria de la afección al bien jurídico ante la preeminencia de otros intereses sociales (causas de justificación), fijar los alcances de la imputabilidad individual por el hecho cometido (culpabilidad) y la punibilidad de la conducta, así como la magnitud de la pena. Finalmente, también se habla de una cierta *función sistemática* cuando se utiliza al bien jurídico para agrupar los delitos: p. ej. delitos contra la vida, delitos contra la integridad corporal, delitos contra el patrimonio.

Por cierto que existen diferentes matices en el desarrollo del "principio de lesividad". Esto se manifiesta ya en la *clasificación* de los bienes jurídicos que va desde la reducción de la protección penal a bienes jurídicos "individuales" (teoría monista) y los que consideran que también deben merecer protección penal bienes llamados "supraindividuales", "colectivos" o "universales" (teoría dualista), hasta llegar a quienes, además, admiten la protección de otros "intereses", aunque no puedan definirse ni como bienes individuales ni como bienes supraindividuales[16]. Mientras que los primeros, agrupados en la

---

[14] Esta postura es típica de la Escuela de Fráncfort. Últimamente ha argumentado en este sentido y refiriéndose a la legislación penal española, MUÑOZ CONDE, ver p. 571 y s. Al respecto ver más adelante en 1.4.

[15] Aplican de manera especialmente consecuente esta función, BUSTOS, "Política criminal e injusto", p. 125 y ss.; Gonzalo FERNÁNDEZ, p. 149 y ss., 294 y ss.

[16] En la doctrina se encuentran análisis más complejos. Así BOTTKE distingue primero entre la "naturaleza" (Beschaffenheit) prejurídica de los bienes y el tipo de "proposición jurídica" (Rechtssatz) que clasifica los bienes. En el primer caso habrían bienes propios, externos al ser, individuales, personales y de la colectividad; en el segundo caso pueden existir bienes constitucionales, de la ley, de pretensión, de deberes, de normas, de proposiciones sancionadoras, de leyes sancionadoras y de leyes penales. Ver "Das Straftaterfordernis...", p. 474 y ss. Pero la mayoría de autores reconoce solamente dos grupos de bienes, denominados generalmente "individuales" y "supraindividuales"; p. ej., KREY distingue dos grupos: bienes del individuo y bienes de la generalidad; ver c. múlt. ejs. P. 3, n. marg. 6; OTTO distingue entre bienes jurídicos "individuales" y bienes "universales" y "sociales", ver "Grundkurs...", p. 6 y s., n. marg. 32; WESSELS/BEULKE, hablan de bienes jurídicos "individuales" y "universales", ver p. 2, n. marg. 7; igualmente WEBER, en Baumann/Weber/Mitsch, p. 13, n. marg. 12 y s. LAMPE distingue entre bienes jurídicos "individuales", "sociales" y "culturalmente definidos"; ver "Gedanken zum...", p. 86 y ss.; también ROXIN admite la diferenciación entre bienes jurídicos individuales y "bienes jurídicos de la generalidad (o universales)", aunque critica el abuso que se haría de este último concepto para admitir cualquier interés; ver "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 17, n. marg. 10, p. 37 y ss., n. marg. 75 y ss. Últimamente, HEFENDEHL, quien también sigue la tesis "dualista", ha propuesto una subclasificación de los bienes jurídicos "colectivos" en bienes jurídicos "creadores de espacios de libertad para la realización del individuo" y los que buscan la "protección de las bases necesarias del Estado"; sobre una base personalista-constitucional (que en los bienes jurídicos colectivos exigiría la protección de una "confianza" constitutiva de la institución respectiva) y una "materialización desde abajo" (concreción a través de una revisión sistemática de los tipos penales vigentes), llega así a denegar el carácter "colectivo" en muchos casos del Derecho penal económico (p. ej. en los fraudes de seguros, créditos y subvenciones), aunque lo reafirma en otros (p. ej. los fraudes en las inversiones y las prácticas concertadas en

llamada "Escuela de Fráncfort", limitan demasiado la intervención penal dejando de lado la también importante protección penal de bienes básicos para el ejercicio de derechos individuales y, sobre todo, excluyendo así a la delincuencia económica[17], los últimos tienen dificultades para limitar la intervención penal y tienden a permitir la sobrecriminalización. Esto es algo especialmente polémico y discutido en las nuevas áreas del Derecho penal, sobre todo en el campo del Derecho penal económico (ver más al respecto en el punto 3). Y también hay diferencias en cuanto al concepto mismo de la *lesividad* del bien jurídico, pues mientras que unos entienden esto en sentido más bien naturalístico, otros tienden a "normativizar" el concepto; las consecuencias de esta discusión se ven claramente en la admisibilidad de los "delitos de peligro abstracto" y de la "tentativa inidónea" (al respecto ver más abajo en 1.5).

Además de estas diferencias, dentro de los que defienden una concepción *dualista* de bienes jurídicos tampoco se han aclarado definitivamente varias cosas: la naturaleza de los bienes jurídicos "supraindividuales", los criterios para su admisibilidad y clasificación, su relación con los bienes jurídicos individuales, la forma de verificar la "lesividad" en ellos, etc.[18].

---

licitaciones); ver "Kollektive Rechtsgüter...", p. 113 y ss., 117, 252 y ss.; "Die Materialisierung...", p. 25 y ss.; "Das Rechtsgut als...", p. 121 y ss.

[17] Ver las críticas a la escuela de Fráncfort y su "teoría personalista del bien jurídico", para citar solamente las publicaciones más recientes: ROXIN, c. más refs., "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 36 y s., n. marg. 72 y ss.; SCHÜNEMANN, "Brennpunkte...", p. 355 y s.; WOHLERS, "Rechtsgutstheorie...", p. 16; STRATENWERTH/ KUHLEN, p. 30, n. marg. 9, 32, n. marg. 11; HEFENDEHL, "Kollektive Rechtsgüter...", p. 59 y ss.; SEHER, p. 42 y s.; PORTILLA CONTRERAS, "La supuesta crisis...", p. 914 y ss.; CORCOY BIDASOLO, p. 25, 28 y s.; MARTÍNEZ-BUJÁN, "Reflexiones...", p. 92 y ss.; GARCÍA CAVERO, p. 97 y ss. En su versión más reciente, esta teoría ya no es tan radical pues admite la protección de bienes colectivos cuando tenga una "relación mediata" con la libertad individual o la "persona"; ver al respecto HASSEMER, "Darf es Strataten geben...", p. 57 y ss.; STERNBERG-LIEBEN, p. 67 y ss. SCHÜNEMANN ha hecho la constatación de este "ablandamiento" de la posición que inicialmente defendía Hassemer; ver "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", p. 208. Más refs. sobre la "teoría personalista" del bien jurídico, y siguiéndola, en MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, p. 61, 79 y s.; criticando la sobrecriminalización en el ámbito del Derecho penal económico, últimamente, MUÑOZ CONDE, p. 568 y ss., 572; ALCÁCER, "Los fines del Derecho penal...", p. 540 y ss. Desde una perspectiva social-psicológica, también KARGL propone una reducción de la protección penal a bienes jurídicos individuales (básicos para el desarrollo cognitivo del individuo); ver "Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz", p. 59, 60 y ss.

[18] Recientemente HEFENDEHL afirma que los bienes jurídicos "individuales" y los "colectivos" tendrían diferente estructura y deberían, por ello, sistematizarse de manera diferente. Para él (siguiendo a Alexy), estos últimos se caracterizarían por tener tres características básicas: no son distribuibles, no son de uso exclusivo y no presuponen una rivalidad en el consumo, ver en "Kollektive Rechtsgüter...", p. 111 y s.; "Die Materialisierung...", p. 25; "Das Rechtsgut als materialer...", p. 126 y s.). Luego, estos bienes jurídicos se clasificarían en bienes "creadores de espacios de libertad" para la realización del individuo y bienes "protectores de las condiciones de existencia del estado"; ver "Kollektive Rechtsgüter...", p. 113 y ss., 116 y ss.; "Die Materialisierung...", p. 25 y s. Por otro lado, tanto en los bienes jurídicos individuales como en los colectivos, existiría el mismo elemento "personal" proveniente de la base constitucional; "Kollektive Rechtsgüter...", p. 59 y ss.; "Die Materialisierung...", p. 24. Pero como en los "colectivos" no puede haber la misma "lesividad causal" que en los bienes jurídicos "individuales", se tendría que buscar un "equivalente material"; y ello se obtendría a través de los elementos "confianza" y "acumulación": la conducta punible atentaría mensurablemente contra la "confianza" que el ciudadano deposita en ciertos mecanismos sociales, a la vez que, por mínimo que sea su aporte lesivo, sí resultaría idóneo para lograr el efecto lesivo cuando exista el peligro de que otros también realicen

1.2. Concepciones constitucionalistas

En la literatura alemana, hay muchos autores que, de distinta manera, defienden un modelo conocido como "concepción constitucional" del bien jurídico. Entre los primeros que defendieron esta teoría figuran Walter SAX y Ernst-Joachim RUDOLPHI. A finales de los años 60, SAX opinaba que el ordenamiento penal de bienes jurídicos solamente en parte se vería cubierto, *de manera inmediata*, por el ordenamiento constitucional de valores cuando se tratara de un núcleo de valores ético-sociales previamente dados como la vida, el honor, la libertad, la integridad corporal, la propiedad; en el resto de bienes jurídicos, estos serían "valores intermedios" en relación con aquel ordenamiento constitucional[19]. RUDOLPHI, en los años 70, también vinculaba el concepto de bien jurídico a la Constitución dado que aquel sería una "valiosa unidad social de función" irrenunciable en toda sociedad respetuosa de la Constitución y para garantizar la posición y libertad de todo ciudadano que viva en tal sociedad[20].

En tiempos más recientes, Claus ROXIN ha defendido la teoría de la *protección de bienes jurídicos* como tarea del Derecho penal, pues constituiría un principio irrenunciable para limitar el poder de la intervención estatal. En contra de las críticas "finalistas" (p. ej. provenientes, sobre todo, de Hirsch y Stratenwerth) y del "normativismo radical" (Jakobs), que relativizan o niegan la importancia del concepto "bien jurídico", ROXIN afirma la necesidad de una "teoría personal" del bien jurídico, aunque en un sentido algo distinto de la

---

aportes lesivos similares; "Kollektive Rechtsgüter...", p. 124 y ss., 183 y ss., 384 y s.; "Die Materialisierung...", p. 27 y s. Se aúna a la idea de buscar "equivalentes materiales" para la lesividad de los bienes jurídicos colectivos (aunque rechaza la idea de la "acumulación"), SCHÜNEMANN, "Das Rechtsgüterschutzprinzip...", p. 154. En España PORTILLA CONTRERAS expone y sigue en gran medida las tesis de Hefendehl, "La supuesta crisis...", p. 922 y ss. En cambio, ver la recensión crítica de KARGL, p. 762 y ss., 774 y ss.; y las recientes críticas de ROXIN, "Strafrecht A. T.", p. 38 y ss., esp. n. marg. 80, 84. En especial se critica la vinculación "causal" a la "confianza" y la "acumulación" pues estos conceptos son demasiado vagos y admiten distintas interpretaciones que precisamente llegarían a socavar el elemento "personal" que también Hefendehl exige como base constitutiva del "bien jurídico"; ver KARGL en la recensión, p. 774 y ss.; ROXIN, ibídem, c. más refs., p. 38 y ss., n. marg. 82 y ss. Por lo demás, es acertada la crítica a la "confianza" como criterio fundamentador de (algunos) bienes jurídicos colectivos: la mera "confianza" no tiene carácter crítico para p. ej. analizar de lege ferenda los tipos de "cohecho", que, según esta teoría, solamente se justificarían en la lucha contra la "apariencia de corrupción", aparte de no ser accesible a una verificación forense y dejar en la impunidad las violaciones ocultas que, por no conocidas, no podrían atentar contra ella; ver KARGL, ibídem, p. 775 y s.; ROXIN, ibídem, p. 39 y s., n. marg. 84. También ROXIN ha criticado recientemente la búsqueda de una lesividad propia para los bienes jurídicos colectivos que propone Hefendehl, y sostiene que esta lesividad, de manera similar a la que existe en los bienes jurídicos individuales, debería considerarse dada desde que exista un "perjuicio puntual" sin necesidad de que se afecte a todo el sistema; ver "Strafrecht. A. T.", tomo I, p. 39, n. marg. 83. Esta crítica es acertada y puede identificarse, sin mayores problemas, con la concepción que expongo más abajo y que dirige la lesividad a los "objetos" del bien jurídico (ver 1.4).

Por su parte, LAMPE considera que ambos grupos de bienes jurídicos serían básicamente similares, incluso su mayor o menor protección penal dependería, para ambos y (siguiendo en esto a Nicolai Hartmann) según el contexto sociocultural, de su mayor o menor "elevación" y "fuerza": mientras más elevado (o sea, más espiritualizado) sea el bien jurídico, menos fuerza tendrá y menos protección necesitará; cfr. "Gedanken zum...", p. 86 y s.

[19] Cfr. SAX, p. 913. De manera similar TIEDEMANN asume esta idea, ver Heidelberg, 1991, p. 53 y s.

[20] Cfr. RUDOLPHI, p. 164.

teoría defendida por la Escuela de Fráncfort[21]. Afirma el autor alemán que, si se partiera de un Estado social y democrático de Derecho, en el sentido liberal de la Ilustración, al Derecho penal solamente le podría corresponder garantizar, subsidiariamente, una coexistencia pacífica, libre y socialmente asegurada a los ciudadanos mediante la protección de ciertas circunstancias (Gegebenheiten) y objetivos (Zwecksetzungen). De esta manera se expresaría que el contenido de los bienes jurídicos estaría dado tanto por circunstancias preexistentes como por deberes normativos creados recién por el Derecho, pero siempre que ambos sean compatibles con el ordenamiento constitucional de valores[22]. Además, entiende ROXIN que los bienes jurídicos no serían simples "portadores ideales de significado", sino "circunstancias reales", lo cual no quiere decir que tengan que ser objetos corporales, sino solamente "partes de la realidad empírica", con lo cual dentro del concepto "bien jurídico" caben tanto bienes individuales como también bienes de la generalidad, pero, estos últimos, solo en la medida en que sirvan al ciudadano en particular[23]. Por último, ROXIN insiste en que el "bien jurídico" conservaría un "carácter crítico" frente al legislador, mostrándole los límites de su poder punitivo; no bastaría con limitarlo a la función "metodológica" o "sistemática" tal como querían algunas doctrinas ya superadas[24]. Por cierto que ROXIN solamente concede un valor político-criminal al concepto "bien jurídico"; luego, no puede tener (todavía) fuerza vinculante para el Tribunal Constitucional la constatación, con ayuda de la teoría de bienes jurídicos, de que una disposición penal sería inapropiada y significaría una intervención desproporcionada en la libertad ciudadana, aunque pueda servir para la argumentación de una declaración de inconstitucionalidad[25].

A partir de la definición-guía que él propone y siguiendo un procedimiento de exclusión[26], ROXIN excluye la existencia de un "bien jurídico" tutelable penalmente en los siguientes casos: en caso de normas motivadas solamente

---

[21] ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 13 y ss.; exponiendo doctrinas divergentes y rechazándolas, ibídem, p. 27 y ss.; también en "¿La protección de bienes jurídicos...?", p. 291 y ss.

[22] ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 18 y ss.; c. más refs. también en ibídem, p. 40 y ss., esp. n. marg. 92.

[23] Últimamente ROXIN ha admitido que el concepto de bien jurídico y el "principio de subsidiaridad", nacidos en la Ilustración, tienen que adecuarse para afrontar los nuevos desafíos de la vida moderna. Luego, en lo que se refiere a la "manipulación genética" y los atentados contra el "ambiente", la "subsidiaridad" tendría que ceder (introducción de la punibilidad en algunos casos) y el concepto de "bien jurídico" debería replantearse (incluyendo al "embrión" dentro de la protección penal, aunque bajo una ponderación con intereses terapéuticos, por un lado; y a la "naturaleza" por sí misma como valor tutelable, por el otro); ver "Problemas actuales...", p. 43 y ss.; también, c. más ejs., "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 29 y ss.

[24] ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 15, n. marg. 5.

[25] ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 42 y s., n. marg. 93 y s.

[26] Ver la exposición más amplia de esto en ROXIN, "¿La protección de bienes jurídicos...?", p. 294 y ss; "Problemas actuales...", p. 25 y ss.; "Strafrecht. A. T.", tomo I, p. 18 y ss.

por una ideología (p. ej. las expresiones críticas al régimen político); cuando la norma solamente describiera el objetivo de la ley (mantener a la sociedad libre de drogas, excluir consideraciones comerciales de la donación de órganos, etc.); cuando se tratara de simples atentados morales (la práctica homosexual libre entre adultos, el bestialismo, etc.); ante leyes exclusivamente simbólicas, o sea las que no son necesarias para la convivencia pacífica, pero siguen fines extrapenales; en caso de bienes extremadamente abstractos (p. ej. la perturbación de la paz pública), etc. Por lo demás, no podría ser "bien jurídico" cualquier "abstracción impalpable" como la "salud pública" (para el tráfico de drogas) o la "tranquilidad pública" (en el caso de la incitación a la violencia) o incluso el término genérico "ambiente"; si bien en muchos de esos casos, el problema, más bien, estaría en la definición del contenido del término utilizado[27].

BOTTKE también ha postulado una concepción constitucional radical. Según él, no bastaría con exigir sin más al Derecho penal la protección de "bienes jurídicos", sino se debe vincular esta exigencia a "bienes jurídicos constitucionales" (Verfassungsrechtsgüter), pues recién entonces existiría la posibilidad de poner límites efectivos al poder del legislador penal[28]. Esta teoría se derivaría de principios constitucionales, en especial los principios constitucionales de "legalidad" y "proporcionalidad" de una Constitución liberal, pues solamente se podría, legítima y proporcionalmente, sancionar con penas "desoptimizadoras de bienes" (restrictivas de libertades) conductas que impliquen a su vez la "desoptimización" de bienes de otros[29]. Por lo demás, BOTTKE precisa que la "lesión" debería entenderse en un sentido normativo como un acto de "arrogación de soberanía" (hoheitsanmassend), de "administración" antijurídica de un bien jurídico[30], y que tal "arrogación" puede darse como un acto "ya hecho" o el "emprendimiento" de un acto de manera "idónea", con lo cual cubriría los casos de delitos consumados, tentativas (idóneas) y delitos de peligro (concreto y abstracto)[31]. Pero

---

(27) ROXIN, "Problemas actuales...", p. 39 y ss. HEFENDEHL recientemente ha afirmado que, en algunos de estos casos (salud pública, seguridad del tráfico rodado, aseguramiento del monopolio de la violencia estatal), en realidad se trataría de bienes jurídicos con componentes individuales y colectivos (constelaciones especiales); ver "Kollektive Rechtsgüter...", p. 139 y ss.; "Die Materialisierung...", p. 26. También SCHÜNEMANN critica la "hipostatización" (en el sentido de dar autonomía) de bienes jurídicos colectivos cuando se trataría más bien de bienes individuales en una serie de ejemplos como en el "fraude de subvenciones", "abuso de seguros" de delitos contra el "tráfico rodado"; ver "Das Rechtsgüterschutzprinzip...", p. 149 y ss. Crítica similar a los abusos del concepto bien jurídico con la creación de "bienes jurídicos universales" difusos en ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 17, n. marg. 10, p. 37 y ss., n. marg. 75 y ss.

(28) BOTTKE, "Das Straftaterfordernis...", p. 464, 485 y s., 488 y s.

(29) BOTTKE, "Das Straftaterfordernis...", p. 478, 485 y ss.

(30) BOTTKE, "Das Straftaterfordernis", p. 465 y ss. 479 y ss., esp. 481.

(31) BOTTKE, "Das Straftaterfordernis...", p. 481, nota 77, 482 y s., 489.

la teoría de BOTTKE no se opone a la tesis constitucionalista tradicional ni a la de ROXIN ni tampoco llega a consecuencias distintas; la diferencia solamente es terminológica pues, en lo básico, reconoce la base constitucional de los bienes jurídicos como también una "afección normativa" de ellos a través del delito.

Últimamente, HEFENDEHL ha propuesto una teoría propia[32] que, por un lado, busca, a partir de la Constitución, definir los bienes jurídicos que el Derecho penal debe proteger, como también fijar los "límites" a la intervención penal. Aunque la Constitución no describa de manera precisa y completa la tarea del Derecho penal[33], por lo menos permitiría establecer los requisitos mínimos para la legitimidad de los tipos penales. Así, bajo un análisis histórico (la Constitución alemana como respuesta al nacionalsocialismo) y sistemático (la "dignidad humana" frente a un "objeto del colectivo") el punto de partida estaría dado por el entendimiento de que el Derecho penal tendría que ser visto como un "derecho de protección" (Schutzrecht), o sea que quiere evitar "resultados" más allá de meras infracciones de normas[34]. Recién las "esferas individuales de libertad" intermediadas por los derechos fundamentales podrían ofrecer los límites que no encontraría un Derecho penal basado solamente en la mera lesión de deberes; este último sería inconstitucional[35]. El elemento "personal" (individual) procedente de la Constitución debería estar presente en el contenido de todo "bien jurídico" tutelable penalmente, tanto "individual" como "colectivo". En este último caso, el elemento "personal" fundamentaría bienes jurídicos "creadores de espacios de libertad" o "posibilitadores del desarrollo de las libertades individuales", por un lado, y bienes "protectores de las condiciones básicas de la actividad estatal", por el otro[36]. En ambos casos, la legitimidad estaría fundada en la "cercanía" al elemento "personal": en el primero, porque la protección penal recién sería dable en tanto el individuo no pueda protegerse por sí mismo, en el segundo, porque lo punible recién existirá cuando se ataque (sensiblemen-

---

[32] HEFENDEHL rechaza la clasificación de su teoría dentro del "concepto constitucionalista de bien jurídico" pues, a diferencia de este no derivaría la materialización del bien jurídico de la Constitución misma sino de los principios que subyacen a ella; ver "Die Materialisierung...", p. 22, nota 7.

[33] HEFENDEHL, "Kollektive Rechtsgüter...", p. 42 y ss.

[34] HEFENDEHL, "Kollektive Rechtsgüter...", p. 48 y ss.; ibídem, "Die Materialisierung...", p. 23. Solamente como "excepción absoluta" admite tipos que penalicen meras "conductas" (o sea, sin resultado), siempre que se trate de atentados contra valores o ideas de conducta enraizadas en la sociedad como "convicciones homogéneas"; ver "Die Materialisierung...", p. 23.

[35] Cfr. HEFENDEHL, "Kollektive Rechtsgüter...", p. 50 y s.; "Die Materialisierung...", p. 23.

[36] Cfr. HEFENDEHL, "Kollektive Rechtsgüter...", p. 59 y s., 80 y ss., 113 y ss.; igualmente en "Die Materialisierung...", p. 25 y s.

te) el elemento "confianza" (constitutivo del funcionamiento de la institución en cuestión) del ciudadano[37].

Por último, en general existe una vertiente de la teoría "constitucionalista", emparentada con la de SAX (concepción radical) y defendida por distintos autores, que busca un mayor apego del concepto bien jurídico a los principios fundamentales, y vincula el bien jurídico con los derechos fundamentales reconocidos en la ley fundamental a fin de poder cumplir con la tarea político-criminal del concepto[38]. Por cierto que una "teoría constitucional" que identifique los "bienes jurídicos penales" con el ordenamiento valorativo constitucional que contiene derechos fundamentales "expresos" e "implícitos"[39] tiende a la positivización de los bienes jurídicos. Pero ello no implica que el contenido de la lista de bienes jurídicos permanezca invariable. Por un lado, el mismo contenido de un concepto constitucional (al cual se refiere el bien jurídico) puede cambiar, sea a través de la interpretación, la jurisprudencia o los tratados internacionales; por otro lado, también deben admitirse "bienes jurídicos implícitos", derivados de los "expresos" y que completan la protección legal y penal de los primeros[40]. No se trata tampoco de trasladar conceptos constitucionales al Derecho penal y que éste sea un mero apéndice del primero[41], sino de que el Derecho penal, en su tarea de proteger los derechos fundamentales y bajo el respeto de sus propios principios (basados

---

(37) HEFENDEHL, "Kollektive Rechtsgüter...", p. 113 y ss., 124 y ss.; "Die Materialisierung...", p. 25 y s.

(38) Va incluso más lejos Gonzalo FERNÁNDEZ con su teoría trascendente de la "configuración iushumanista del bien jurídico", según la cual los bienes jurídicos estarían constituidos por los "valores sociales", universales y multiculturales relacionados con los "derechos humanos" reconocidos por el Derecho internacional y que derivarían de la "dignidad" de la persona; ver p. 118 y ss., 291 y ss. Para él, la teoría constitucionalista no lograría "cerrar" el concepto debido a la "pluralidad de valores" que contiene, y solamente constituiría un "mandato de determinación" para el legislador (ibídem, p. 108 y ss., 291).

(39) Esta tesis se remonta a BRICOLA y ha sido defendida en España sobre todo por ÁLVAREZ GARCÍA, p. 5 y ss., 19 y ss., 36 y s.; ARROYO ZAPATERO, p. 100 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, p. 1 y ss.; CARBONELL MATEU, p. 27 y ss., 77 y ss. Ver más detalles y refs. en ABANTO VÁSQUEZ, siguiendo y proponiendo una concepción propia, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 41 y ss., 47 y ss. Mi concepción, que basa la legitimidad de los bienes jurídicos "supraindividuales" en su "cercanía" a los "individuales" (ibídem, p. 45 y ss., 63 y s.) tiene muchas coincidencias con la reciente fundamentación constitucional de HEFENDEHL, cuando este establece la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos en función de su "cercanía" al elemento "personal" ("Kollektive Rechtsgüter...", p. 113 y ss.).

(40) Ver ref. sobre esta argumentación en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 47 y ss. El recurrido argumento en contra de la teoría de bienes jurídicos o, por lo menos, de su "función crítica" (entre otros, ver, c. más ejemplos, AMELUNG, "Der Begriff des Rechtsguts...", p. 161 y s.) de que a partir de la Constitución pueda derivar la necesidad de protección legal (o penal) de intereses que no se relacionen directamente con la persona (p. ej. la protección de los animales según el artículo 20a de la Constitución alemana), aparte de ser discutible (la protección también tiene una base "personalista" cuando la vinculación se hace a las "futuras generaciones") no afecta esta versión de la "tesis constitucionalista", pues ella está abierta a las decisiones valorativas constitucionales sean expresas o que se deriven de sus principios.

(41) Cfr. la crítica de MUÑOZ CONDE a las tesis constitucionalistas para afirmar, más bien, la autonomía del Derecho penal; ver p. 562, 567 y s.

a su vez en principios constitucionales) permita identificar tanto la conducta penalizada como el bien jurídico que se quiere proteger. Esto último es una tarea del penalista bajo el aspecto de la "función interpretativa" que se otorga al bien jurídico.

En resumen, entre las tesis "constitucionalistas" puede hablarse de un consenso cuando se trata de vincular el concepto de "bien jurídico" y su contenido con la Constitución. En tal medida se ha entendido que el Derecho penal equivaldría a un "Derecho constitucional aplicado" y que, por ello, el penalista debe tratar de concretar el ordenamiento objetivo de valores de la Constitución en las estructuras político-criminales y dogmáticas del Derecho penal[42]. Esa vinculación puede ser más o menos fuerte, según se dé mayor importancia a la concreción o a la dinamicidad: la tesis radical consigue mayor concreción con su lista "semicerrada" (aunque los "bienes jurídicos implícitos" ofrecen una puerta de entrada a nuevos bienes), mientras que la mayor dinamicidad (menor rigidez) es conseguida por la tesis moderada que renuncia a la positivización de los bienes jurídicos. Pero tanto unos como otros no proponen listas completamente cerradas que se opongan a la protección futura de nuevos "bienes jurídicos" vinculados con la Constitución, pues esta misma tampoco puede entenderse como cerrada al progreso o a la aparición de nuevas necesidades sociales. Dado que la tesis radical recurre a la interpretación extensiva de los derechos fundamentales de la Constitución y la tesis moderada recurre a los principios constitucionales que inspiran aquellos, en última instancia, la diferencia entre ambas concepciones es mínima[43].

De manera paralela al desarrollo de la teoría constitucional de bienes jurídicos, en el Derecho constitucional se ha reconocido ya desde hace tiempo que los "derechos fundamentales" no solamente constituyen "derechos de defensa" contra el Estado, sino también un "ordenamiento objetivo de valores" vinculante para el legislador, con lo cual se ha podido fundamentar la obligación del Estado de proteger "bienes jurídicos individuales" y, eventualmente, otros bienes jurídicos de primer orden[44]. Se volverá sobre este tema un poco más adelante.

1.3. Los límites político-criminales "externos" al bien jurídico

Ahora bien, el propio concepto de "bien jurídico", cualquiera que sea el que se maneje, solamente puede ser el primer paso para la limitación del ius

---

[42] Así lo entiende tambien WOLTER, p. 5 y ss.

[43] Constatación que hice anteriormente en "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 49.

[44] Ver, c. refs. de la jurisprudencia constitucional alemana, MÜLLER-DIETZ, p. 127, 130 y s.

puniendi estatal, pues no se puede esperar de él que, por sí mismo, proporcione instrumentos político-criminales para determinar con exactitud la necesidad o no de la intervención penal[45].

Por cierto que si, dentro de la teoría de bienes jurídicos, se optara por operar –como aquí se recomienda– con una concepción que reconozca una jerarquía de bienes jurídicos (especialmente vinculada a la Constitución), se tendría ya una primera herramienta útil, pues se podría, en función de tal jerarquía, establecer una mayor, menor o falta de necesidad de la protección penal. Así, gozarían protección penal decreciente en el sentido de dicha jerarquía, bienes individuales como la vida, la libertad humana, la integridad corporal, el patrimonio, el honor. Y también algo similar se puede hacer con los bienes jurídicos vinculados con el funcionamiento de instituciones básicas necesarias para el pleno desarrollo de tales derechos fundamentales, como p. ej., el "funcionamiento de la administración pública", "la administración de justicia", "el sistema crediticio", "el sistema tributario", etc.

Pero esto todavía necesita una mayor concreción, pues no toda conducta que atente contra los bienes jurídicos, incluso contra los de primer orden, necesariamente debe ser contenida con ayuda del Derecho penal. Entonces, la determinación del "bien jurídico" tutelado solamente constituye el primer paso. A continuación se tendrán que analizar las *conductas* para ver cuáles de ellas afectan realmente al bien jurídico en cuestión. Y recién si la conducta analizada fuera suficientemente grave y no existiera otra forma de reaccionar adecuadamente contra ella, podría admitirse que la vía penal sería imprescindible. En tal caso se dice que la conducta es "merecedora de pena" (bajo una valoración de la dañosidad social de la conducta) y "necesita pena" (bajo consideración de finalidades de la pena estatal). Con estos dos conceptos se alude a criterios de política criminal o política jurídica, derivados de principios constitucionales y dirigidos al legislador, sobre los cuales se puede decir que existe amplio consenso en la doctrina penal, aunque se utilice, a veces, una distinta terminología[46].

---

[45] HASSEMER afirma por eso que como el campo de acción del legislador respecto al "si" y el "cómo" de las prohibiciones penales y de las amenazas de consecuencias jurídicas es y debe ser amplio, pues incluye decisiones y pronósticos que precisan de una serie de datos e instrumentos que deben coordinar entre sí, "sería inocente, no solamente en contra de la tradición penal sino también en lo metódico, la idea de que el principio del bien jurídico y de la protección del bien jurídico podría dirigir positivamente al legislador penal"; ver (traducción libre), "Darf es Straftaten geben...", p. 61.

[46] Al respecto consultar entre otros, OTTO, c. más refs., "Grundkurs...", p. 9 y s., n. marg. 48 y ss.; WEBER, en Baumann/Weber/Mitsch, quien considera ya el rango del "bien jurídico" mismo como un criterio fundamental del "merecimiento de pena", al cual se unirían otros, p. 12 y ss., 15 y ss.; ROXIN, quien se refiere a la "subsidiariedad" de la protección de bienes jurídicos a partir del principio constitucional de "proporcionalidad", "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 45 y ss.; igualmente en "Problemas actuales", p. 20 y ss., 41 y s.; WESSELS/BEULKE, refiriéndose solamente a la "fragmenta-

En la determinación del *merecimiento de pena* se tiene que recurrir a valoraciones que lleven a atribuir a la "conducta" el significado de un "ataque intolerable", grave, para el bien jurídico. Mientras que en los bienes jurídicos más importantes como la vida y la integridad corporal casi todos los ataques son considerados graves, en los demás bienes jurídicos no sucede lo mismo. No es igual una conducta dolosa que una culposa. Y la mera puesta en peligro no es tan grave como la lesión efectiva del objeto atacado. En el nivel de los bienes jurídicos situados en los escalones más bajos de la jerarquía constitucional, la protección penal tenderá a disminuir; incluso podría desaparecer para dar lugar a una protección meramente extrapenal (administrativa, civil, etc.). Por ejemplo, eso sucede muchas veces con el patrimonio. Los ataques contra el bien jurídico "patrimonio" solo son considerados graves si se realiza por medios violentos o con engaño (hurto, robo, usurpación, estafa, daños). En cambio, las simples deudas contractuales suelen ser dejadas al Derecho civil para su solución. En el caso de los bienes jurídicos "supraindividuales", el criterio empleado para afirmar el "merecimiento de pena" es el de la "dañosidad social". Dentro de este concepto, se incluye una serie de criterios suplementarios, empleados por la Criminología, como el "efecto espiral", "efecto resaca";

---

riedad" del Derecho penal y al "efecto socialmente dañoso" de las conductas criminalizables, p. 3, n. marg. 9; GROPP, p. 80, n. marg. 29; JESCHECK/WEIGEND, p. 50 y ss.; KREY, tratando ambos temas bajo el acápite de la "subsidiaridad de la protección de bienes jurídicos", p. 7 y ss.; KINDHÄUSER, refiriéndose a una "especial dañosidad social", p. 37, n. marg. 6; STRATENWERTH/KUHLEN, p. dentro de un grupo de "parámetros críticos" que prueban la legitimidad de la intervención penal; FRISCH, "An den Grenzen...", p. 87 y s., 95 y s.; el mismo autor, exigiendo integrar aquí los "principios de responsabilidad" en que se basa la imputación objetiva, "Rechtsgut, Recht,...", p. 223 y ss.; LENCKNER en Schönke/Schröder, vor § 13 y ss., n. marg. 11, p. 145; LAMPE hace una primera selección a través de la "elevación" y "fuerza" de los bienes jurídicos y luego a través de la "necesidad de pena", pero sitúa esto último más bien en el Derecho procesal penal, ver "Gedanken zum...", p. 86 y ss., 90 y ss.; LÜDERSSEN, proponiendo los criterios constitucionales la prueba de "idoneidad" y "necesidad" de los medios penales, así como la exclusión de conflictos con los objetivos de otras leyes, como criterios para limitar la intervención penal; ver "Das moderne Strafrecht", p. 99, columna derecha, y ss.; HEFENDEHL, empleando el principio de "proporcionalidad" con sus componentes "idoneidad" (conexión entre acción punible y objeto de protección) y "necesidad" (existencia de alternativas al Derecho penal), "Kollektive Rechtsgüter...", p. 83 y ss., 213 y ss.; el mismo autor en "Die Materialisierung...", p. 24; HASSEMER, empleando el principio de "prohibición de exceso" y proponiendo más allá de esto una "teoría de la discrecionalidad legislativa en el Derecho penal", "Darf es Straftaten geben...", p. 61; en sentido similar a este último, STERBERG-LIEBEN, p. 76 y ss.; AMELUNG, proponiendo una "teoría de la dañosidad social" entendiendo el delito como ataque contra las "condiciones organizativas de la coexistencia humana", ver "Der Begriff des Rechtsguts...", p. 180 y ss. En la doctrina iberoamericana consultar, entre otros, BUSTOS, "Política criminal e injusto", p. 143 y s.; BUSTOS/HORMAZÁBAL, p. 28 y ss.; POLAINO NAVARRETE, p. 194 y s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 60 y s., 80 y ss.; MIR PUIG, distinguiendo primero entre "bienes jurídicos" y "bienes jurídico-penales" para limitar la intervención penal en estos últimos de conformidad con principios constitucionales, "Derecho penal, p. g." p. 129 y ss.; también el mismo autor, extrayendo los límites del "principio constitucional de proporcionalidad", en "Límites del normativismo...", p. 678 y s.; y ZUGALDÍA ESPINAR, refiriéndose al principio "mínima intervención, máximas garantías", "¿Qué queda en pie...", p. 109 y ss. Ver, c. más refs. también en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 58 y ss., 66 y ss. Lleva a confusión, a veces, el que ambos términos "merecimiento de pena" y "necesidad de pena" se empleen como base de una cuarta categoría dogmática-penal (además de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad) para comprender los casos tradicionalmente conocidos como "condiciones objetivas de punibilidad"; la doctrina dominante no comparte tal posición; ver al respecto, LENCKNER, en Schönke/Schröder, n. marg. 13/14, p. 145 y s.; ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 1047 y ss., n marg. 34 y ss.

es decir, el peligro de "contagio", "imitación" y "acumulación" que generaría una conducta y que llevaría a mayores daños en gran escala, sea porque otros tenderían a cometer la misma conducta lesiva o porque, crearía un ambiente favorecedor a la comisión de otras conductas lesivas[47]. Por cierto que, tanto en uno como en otro caso, todos los ataques, sean contra bienes jurídicos individuales como supraindividuales, pueden ser considerados "dañosos socialmente"; solo la forma de cómo medir esta dañosidad varía por razones de la distinta percepción que se tiene de los bienes jurídicos: en los individuales, se ve la gravedad (dañosidad) ya como "reprochabilidad" por atentarse contra un bien importante de la persona; en los bienes supraindividuales, aparte de que los medios empleados puedan ser reprochables, pasa a primer plano el efecto social de la conducta (muchas veces, de carácter económico), pues la acción no suele dirigirse contra una víctima concreta.

Pero además de "merecer" pena por atentar gravemente contra un bien jurídico especialmente valioso y ser socialmente dañosa, la conducta punible debe caracterizarse por crear un conflicto social que no pueda ser solucionado de otra manera que recurriendo al Derecho penal. Se habla entonces de

---

[47] Ver refs. al respecto en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 74 y ss. En este sentido se entiende mayoritariamente la "acumulación"; p. ej. FRISCH considera la "acumulación" como un criterio situado más allá del injusto para decidir la "exigibilidad" y "conveniencia" (Angemessenheit) de la aplicación de la pena; ver "Rechtsgut, Recht,...", p. 235 y ss. En la literatura iberoamericana también restan importancia interpretativa a la "acumulación", aunque sí le da un papel legitimador a la intervención penal en el mismo sentido que se expone aquí, MARTÍNEZ-BUJÁN, "Reflexiones...", p. 101; criticando más bien la base naturalística ("destrucción" del bien) que presupondría la "acumulación" en vez de una "afectación" como base de la "lesividad", CORCOY BIDASOLO, p. 31. Una concepción divergente recurre a la "acumulación" como criterio fundamentador de la "lesividad" en los bienes jurídicos supraindividuales (universales o colectivos). Así HEFENDEHL emplea la "acumulación" para afirmar la existencia de una "relación de idoneidad" (como equivalente material de la "lesión causal" de los delitos contra bienes jurídicos individuales) de las conductas punibles contra "bienes jurídicos colectivos"; ver "Kollektive Rechtsgüter...", c. más refs., p. 183 y ss.; "Die Materialisierung...", p. 27; "Das Rechtsgut als materialer...", p. 131. En el mismo sentido, exponiendo y siguiendo esta tesis, PORTILLA CONTRERAS, "La supuesta crisis...", p. 920 y ss. Pero en contra de esta última concepción debe afirmarse que el hecho de que algunos delitos sean considerados peligrosos y punibles debido al "efecto de acumulación" que traerían consigo (p. ej. en muchos delitos económicos y contra el medio ambiente) solamente consiste en un criterio referido al "merecimiento de pena", no una forma de verificar la "lesividad" de la conducta. Una cuantificación como esa del "daño relevante" de la conducta típica, por un lado, no solamente es exclusividad de delitos contra bienes jurídicos "supraindividuales" (o colectivos) pues también existe en delitos tradicionales como el hurto y la estafa; por otro lado, tal cuantificación, de lege lata, está más allá del injusto, pues en esos casos el legislador establece meros límites cuantitativos a la persecución penal (cuantías). SCHÜNEMANN duda de que la construcción de "delitos acumulativos" pueda solucionar los problemas de algunos ataques al medio ambiente y propone más bien, dejar como bagatela unos casos y, en otros, referir el ataque a un "bien jurídico intermedio" (de manera similar a lo que regiría en el tráfico de drogas, y la tenencia ilegal de armas) concebido como la "soberanía estatal" de la explotación económica; cfr. "Das Rechtsgüterschutzprinzip...", p. 153, 154. También STERNBERG-LIEBEN duda de la "necesidad de pena" de los llamados "delitos de acumulación" debido a que no tendrían suficiente desvalor del resultado y de la acción; p. 73. Con razón ROXIN critica la doctrina de la "acumulación" como criterio de fundamentación de la lesividad en los bienes jurídicos colectivos, pues con ella se llega a la punibilidad del causante por hechos de terceros (que recién hacen que el perjuicio sea grave); además, el concepto "acumulación" no es suficientemente taxativo (¿a partir de cuándo existe una gravedad penalmente relevante?) y tiende a legitimar seudo-bienes jurídicos; ver "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 39, n. marg. 82.

la *necesidad de pena*. Aquí se trata de aplicar la idea del Derecho penal como "ultima ratio" o el principio de "mínima intervención", según los cuales, el Derecho penal debería abstenerse de intervenir si la solución al conflicto y el restablecimiento de la paz social pudiera darse en otra área del Derecho. Si por ejemplo el Derecho administrativo fuera capaz de proteger plenamente al sistema crediticio, ya no debería recurrirse al Derecho penal mediante los tipos penales de "fraude financiero", "estafa de créditos" o similares; o si se pudiera proteger adecuadamente la libre y leal competencia mediante leyes administrativas, no habría necesidad de leyes penales al respecto. Por cierto, aún así queda un margen abierto para la discusión pues, pese a la existencia de una protección extrapenal del bien jurídico, siempre puede argumentarse que esa protección no sería suficiente, que habría necesidad de un "refuerzo penal". Se llega aquí a un terreno en el que la protección penal (adicional) depende, en última instancia, de la decisión del legislador, el cual basará su política criminal en valoraciones más bien extrapenales (sobre todo, necesidades de política económica o de otras áreas jurídicas). La disyuntiva aquí planteada destaca claramente en lo que se conoce como "Derecho penal económico", donde la protección penal se dirige a garantizar el funcionamiento de instituciones económicas ya protegidas anteriormente por el Derecho administrativo o distintas áreas jurídicas autónomas. Si la decisión de política jurídica fuera la de dar una mayor protección al bien jurídico, se recurrirá, además del Derecho administrativo, también al Derecho penal. Finalmente, la importancia del criterio de "necesidad de pena" se refleja en la exigencia de que se renuncie al empleo del Derecho penal cuando, por razones preventivas, no sea necesario; p. ej. cuando se trate de casos de "mínima culpabilidad" (p. ej. hurtos de escasísima cuantía) o cuando el propio delincuente ya hubiera sufrido graves perjuicios con el delito cometido por él (p. ej. el padre que mata culposamente a su hijo). Esto último se ha reflejado en una serie de medidas materiales y procesales ya vigentes en muchas legislaciones penales como por ejemplo la "suspensión condicional de la condena" o la aplicación del "principio de oportunidad".

De esta manera, los criterios de política criminal conocidos como "merecimiento de pena" y "necesidad de pena" (en algunas versiones, el primero engloba al segundo; en otras, el segundo al primero), basados en la idea de la "proporcionalidad" y la "subsidiaridad", dejan un amplio ámbito de acción al legislador para configurar la legislación penal según las particularidades y necesidades de la sociedad de que se trate[48]. Pero también restringen la actuación del legislador a lo estrictamente necesario para la protección de los

[48] Cfr. ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 46, n. marg. 101.

bienes, de tal manera que si el legislador fuera más allá de estos límites, estaría atentando contra la "prohibición de exceso" (Übermaßverbot)[49].

Por último, queda por definir los alcances de la teoría de bienes jurídicos en sentido positivo, es decir, en qué medida podría "obligar" al legislador a proteger penalmente un bien jurídico que previamente ha sido identificado como importante. En este caso se habla del ámbito de configuración de política jurídica y se discute si existiría una *prohibición de insuficiencia* o de "infraproporción" (Untermassverbot) como contrapartida de la "prohibición de exceso" (Übermassverbot), o sea, concretamente: una "obligación de penalizar". Ese tema, tematizado y discutido sobre todo en el Derecho constitucional y civil[50], es muy polémico en el campo penal, especialmente cuando se trata de utilizarlo para demostrar la necesidad de protección penal contra nuevas formas de criminalidad (delitos económicos, manipulación genética, delitos ecológicos, delitos contra intereses supranacionales, etc.)[51]. El punto de partida consiste en la definición de los "deberes de protección" que tendría el Estado frente a sus ciudadanos, tras lo cual se tiene que discutir la forma como tendrían que cumplirse (entre otras formas, a través del Derecho penal)[52].

Para los que niegan toda relevancia a la teoría de bienes jurídicos está claro que el legislador es básicamente libre de decidir cuándo debe intervenir con leyes penales. Pero la doctrina dominante admite la obligatoriedad de la intervención penal en aquellos casos en los que se trate de bienes jurídicos fundamentales, pues en caso contrario "estaría permitido al Estado escapar a su tarea de asegurar la pacífica coexistencia de los ciudadanos, con lo cual el Estado se negaría a sí mismo"[53]. Ya en concreto, buena parte de la doctrina dominante sostiene que si bien la protección legal de bienes jurídicos puede ser obligatoria incluso más allá de la protección de la vida e integridad corporal, en el campo estrictamente penal tal obligatoriedad solamente sería sostenible

---

[49] MÜLLER-DIETZ, resumiendo los principios desarrollados por la jurisprudencia constitucional alemana, p. 127 y s.

[50] Desde la perspectiva civil, ver la concreción intentada últimamente por RASSOW tomando por referencia al "principio de exceso" y aportando algunos criterios (legitimidad constitucional del objetivo, idoneidad del medio, necesidad y efectividad, oportunidad), p. 269 y ss.

[51] Cfr. ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 43 y s., n. marg. 95 y s.; HASSEMER, "Darf es Straftaten geben...", p. 62 y s.; MÜLLER-DIETZ, c. más refs., p. 125, 128; TIEDEMANN, "Verfassung und Strafrecht", p. 50.

[52] MÜLLER-DIETZ, p. 125 y s. En la doctrina y jurisprudencia constitucionales se ha impuesto el reconocimiento de un "ordenamiento objetivo de valores" plasmado en la Constitución en los derechos fundamentales, a partir de los cuales se derivan, para el Estado, "deberes" de darles protección, aparte de que también deben ser tomados en cuenta en la interpretación del Derecho por parte de la administración y los tribunales; ver RASSOW, p. 263 y s.

[53] Ver ROXIN (traducción libre), "Strafrecht. A. T.", tomo I, p. 44, n. marg. 96. También SCHÜNEMANN resalta el carácter "legitimador" de la teoría de bienes jurídicos de nuevas intervenciones penales, p. ej. en el caso de los delitos ambientales; "Das Rechtsgüterschutzprinzip...", p. 153.

cuando se tratase de bienes jurídicos individuales; más allá de ello el legislador tendría un amplio campo de acción para decidir si interviene penalmente o si se contenta con recurrir a medios de protección menos graves como el Derecho civil o el administrativo(54). Pero otro sector doctrinario agrupado bajo la denominación de "constitucionalista", considera que los "mandatos de criminalización" provenientes de la Constitución pueden ser más numerosos, pues el principio de "ultima ratio" no quiere decir que el Derecho penal deba siempre y sin excepciones ser subsidiario; podrían existir "mandatos de penalización" más allá del "núcleo" tradicional cuando exista un bien jurídico importante (no necesariamente "individual" aunque sí vinculado con derechos fundamentales) que se encuentre amenazado por conductas especialmente peligrosas(55). Aquí la discusión sigue abierta pues, en última instancia, la intervención estatal (y sobre todo cuando se lleva a cabo mediante el Derecho penal) deberá ser precedida de una ponderación de los diversos intereses en juego (vinculados también con bienes fundamentales) que se engloban en dos: la "libertad individual" y la "seguridad ciudadana"(56). Esta es precisamente la vieja tensión que el normativismo radical, bajo una sobrevaloración de este último interés, ha lanzado recientemente a la discusión con la tesis del "Derecho penal del enemigo". Pero, así como no sería posible una protección absoluta de la "libertad" (o de los bienes individuales), tampoco sería posible garantizar una "seguridad" total, al cien por ciento. De lo que se trata es de encontrar un "equilibrio" tolerable en la protección de ambos intereses(57).

---

(54) Pero incluso dentro de este "núcleo" existen las dudas de si siempre debería intervenir el Derecho penal. En la práctica alemana el caso más famoso fue el de la regulación penal del "aborto", pues el Tribunal Constitucional exigió la "protección penal" de la vida (BVerfGE, tomo 39, p. 1, 45), aunque luego (BVerfGE, tomo 88, 203) reconoció la posibilidad de prever medidas extrapenales que relativizan la protección penal tras lo cual se introdujo, en el art. 218a StGB la impunidad del aborto, dentro de los 12 meses desde la concepción, si la abortante hubiera seguido un asesoramiento médico previo según la "ley de conflictos en embarazos". El Tribunal Constitucional alemán también ha declarado que el "núcleo" del Derecho penal no debe ser rebajado al Derecho de contravenciones, pues en tal caso se incurriría en una prohibición de "insuficiencia" o "infraproporción" (Untermassverbot) (BVerfGE, tomo 88, p. 203, 254, 258; tomo 45, p. 272, 288 y ss. Al respecto ver KREY, c. ejs. p. 11 y ss., n. marg. 28; WEBER en Baumann/Weber/Mitsch, p. 49, n. marg. 16; HASSEMER, "Darf es Straftaten geben...", p. 63; con más refs., MÜLLER-DIETZ, p. 126 y s. En la literatura iberoamericana enfatizan más bien la subsidiaridad del Derecho penal MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, aunque admiten que "... de una Política criminal razonable cabe esperar que los bienes jurídicos fundamentales de carácter personalísimo (vida, integridad física, libertad) sean objeto de protección penal a través de la tipificación como delitos y consecuente amenaza de pena de los ataques más graves a los mismos", ver c. más refs. p. 82; ver también MUÑOZ CONDE, p. 563, 573 y s.

(55) Así, KREY, p. 6, n. marg. 15, p. 11 y ss.; también HASSEMER reconoce la amplia relevancia del principio de "prohibición de insuficiencia" incluso más allá del Derecho penal, ver "Darf es Straftaten geben...", p. 63; MÜLLER-DIETZ, p. 129 y s. Ver refs. también en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 55

(56) Cfr. MÜLLER-DIETZ, c. más refs., p. 132 y s.

(57) En ese sentido, ROXIN, "Dogmática penal...", p. 443 y ss. Por eso ROXIN afirma que, aunque sea innegable que una dictadura podría bajar los índices de criminalidad (tal como habría ocurrido p. ej. en la fenecida República Democrática Alemana o en otros países del bloque oriental) y que en la lucha contra la criminalidad organizada se recurrirá cada vez más, en el futuro, a medios tecnológicos que podrían invadir la esfera privada, de allí no se puede deducir que sea

Actualmente, pese a que ya es doctrina dominante la que afirma una estrecha relación entre el Derecho penal y el Derecho constitucional, todavía falta desarrollar reglas vinculantes para la tarea penal del legislador y para el Tribunal Constitucional. Pese a que se suele afirmar que el Tribunal Constitucional podría guiarse en una falta de "lesividad" de una ley penal para declarar su inconstitucionalidad, esto no es vinculante(58). Ciertamente tiene razón ROXIN cuando afirma que sería arrogante exigir esto si en el Derecho penal ni siquiera existe consenso sobre el concepto del bien jurídico, aparte de que tampoco podría negar al legislador una cierta discrecionalidad para regular la libre vida en común y las consecuencias de su afección(59). Pero, ¿debería tener el legislador la libertad prácticamente irrestricta que ahora tiene? ¿Es suficiente que la teoría de bienes jurídicos ponga en "apuros de explicación" al legislador después de haber dado una ley que no proteja bienes jurídicos?(60) Entonces, no basta tampoco con una teoría de "bienes jurídicos" ni con principios limitadores aislados si ello no va aunado a reglas específicas y a consecuencias jurídicas claras en caso de su inobservancia. Es aquí donde debería trabajarse más en la doctrina constitucional para hacer armonizar la función legislativa con las necesidades del Derecho penal(61). Por ello, cada vez más, se impone la convicción de que se hace necesario desarrollar una teoría del *control de la actividad penal del legislador*, en la cual, se integrarían la teoría de "bienes jurídicos", los principios limitadores del ius puniendi y otros parámetros de control de la actividad legislativa (anterior y posterior a la emisión de las leyes)(62).

---

deseable la minimización de la criminalidad mediante un control completo, "... pues el sacrificio de la libertad ciudadana sería un precio demasiado elevado para una lucha exitosa contra la criminalidad"; ver ibídem, p. 445.

(58) Cfr. ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 40 y ss., esp. n. marg. 93 y s.

(59) ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 42 y s., n. marg. 93.

(60) Cfr. LAGODNY, p. 87; ROXIN, remitiéndose al primero, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 43, n. marg. 94.

(61) Cfr. LAGODNY, tras constatar una falta de concreción de los principios penales en la dogmática constitucional alemana, p. 85 y ss., 88. También ver el análisis crítico y las refs. de SCHÜNEMANN en cuanto a la omisión inexplicable de la jurisprudencia constitucional alemana de haber admitido expresamente la teoría de bienes jurídicos, "Das Rechtsgüterschutzprinzip...", p. 142 y ss.

(62) En este sentido, ver HASSEMER, "Darf es Straftaten geben...", p. 61; STERNBERG-LIEBEN, p. 76 y ss., 82. También puede entenderse así la propuesta de AMELUNG sobre una "teoría de la dañosidad social" en la cual la decisión de aquello que atenta contra la "coexistencia humana" (el delito), y por lo tanto el análisis de las funciones de normas en sistemas sociales, deba estar en manos de las ciencias sociales, y la decisión de lo "socialmente dañoso" en manos de los actores políticos; ver "Der Begriff des Rechtsguts...", p. 180 y s. En tal teoría se tendría que integrar también, entre otros principios, el "principio de reserva de la ley penal". Igualmente allí debería ubicarse su propuesta dirigida a obtener un "consenso social" limitador del poder punitivo especial, y que consiste en exigir una mayoría calificada para la promulgación de leyes penales (en Alemania basta la mayoría simple); ver "Der Begriff des Rechtsguts...", p. 164. Esto efectivamente sería más garantista, aunque ya se practique y defienda teóricamente desde hace varios años en la legislación penal española; sobre el "principio de reserva" y sus posibilidades garantistas ver ABANTO VÁSQUEZ, "Principio de reserva de la ley penal versus autoritarismo estatal", Revista Peruana de Ciencias Penales N° 13 (2003), p. 197 y ss. [en este libro: p. 151 y ss.]

1.4. Distinción entre "bien jurídico", "objeto de protección" y "objeto del ataque". Consecuencias para los "delitos de peligro"

Hasta ahora se ha expuesto, más o menos, la teoría dominante con una cierta acentuación de la tesis constitucionalista. Para lo que viene a continuación, es importante hacer ahora algunas precisiones que permitirán aplicar mejor la teoría de bienes jurídicos.

En primer lugar, se trata de la distinción entre "bien jurídico" y "objeto de "protección" u *objeto del bien jurídico*. No son conceptos idénticos aunque, en el análisis penal, suelan ser confundidos. Todo bien jurídico, como valor, tiene un correlato aprehensible en el mundo naturalístico que puede ser atacado. A través del ataque (como lesión o puesta en peligro) a este "objeto" se ataca también al bien jurídico. Pero mientras el "bien jurídico", como valor ideal, solo puede ser "afectado" normativamente, el "objeto del bien jurídico" puede ser lesionado o puesto en peligro tanto naturalísticamente como en el sentido de "desorganización" o "arrogación de organización". Así, la vida como valor es atacada a través de una lesión o puesta en peligro de una vida concreta. Esa identidad de términos ("vida" como bien jurídico y "vida" concreta como objeto de ataque) puede llevar a confusiones. Pero no siempre se da tal identidad. P. ej. no debe confundirse al bien jurídico "sistema crediticio" con el patrimonio directamente puesto en peligro o afectado de la institución financiera (§ 265b StGB, 247 CP peruano) ni la "pureza" de las aguas contaminadas con el atentado contra el "medio ambiente" (§ 324 StGB, art. 304 CP peruano).

Esta distinción es conocida y admitida desde antiguo en la dogmática penal[63], pero no ha sido llevada a sus últimas consecuencias. Así, ROXIN decía en la 3ra. edición de su Manual (tomo I): "Bien jurídico es, luego, el bien ideal que encarna el objeto concreto de ataque; es lesionable solamente a través de la

---

[63] Así ver ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 33 y s., n. marg. 65 y ss.; KINDHÄUSER, p. 37, n. marg. 7; OTTO, "Grundkurs...", p. 6, n. marg. 31, p. 8 y s., n. marg. 42 y ss.; STRATENWERTH/ KUHLEN, p. 88 y s.; KREY, p. 4, n. marg. 4; WEBER, en Baumann/Weber/Mitsch, p. 15, n. marg. 18; WESSELS/BEULKE, p. 2, n. marg. 8; JESCHECK/WEIGEND, p. 260; ampliamente GRAUL, p. 25 y ss., 36, 38. En el Derecho penal iberoamericano, ver especialmente y de manera extensa POLAINO NAVARRETE, p. 199 y ss.; también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 26. "Límites del normativismo...", p. 682 y ss; ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 50 y s. KARGL, refiriéndose expresamente a la distinción entre "bien jurídico" y "objeto de la acción", rechaza el tradicional entendimiento naturalístico de la "lesión" efectiva y la reemplaza, para el bien jurídico, como "lesión" (afección) a la "pretensión de respeto" de que no se produzcan resultados lesivos efectivos en bienes básicos; ver "Rechtsgüterschutz durch Rechtschutz", p. 53 y s., 57 y allí mismo nota 20. Gonzalo FERNÁNDEZ propone un modelo distinto. Para él, el concepto "bien jurídico" sería un elemento más del tipo penal, cuya "afectación" debería verificarse tras la subsunción (objetiva y subjetiva) al tipo delictivo para luego corroborar su "lesión" excluyendo las causas de justificación. Ver p. 153 y ss., 295 y ss. CORCOY BIDASOLO también exige verificar en la tipicidad una "afectación del bien jurídico" como "resultado jurídico" de todos los delitos a diferencia del "resultado material", o sea naturalístico, propio de los "delitos de resultado"; ver c. más refs., pp. 31, 38.

afección de objetos individuales de la acción" (64). Y recientemente KINDHÄUSER afirma, acertadamente en esto, que el "objeto del hecho o de la acción" es el "... objeto concreto cuya cualidad, que ha sido valorada positivamente, es modificada negativamente..."(65). En cambio, STRATENWERTH, aunque haga la distinción, no extrae las consecuencias lógicas que se derivan de ella y, cuando quiere referirse a los delitos de peligro abstracto, continúa dirigiendo la "lesividad" al bien jurídico mismo(66). Más consistente es la argumentación de OTTO, quien distingue claramente entre "objeto del ataque" (por regla general, de libre disposición de la persona cuando se refiere a bienes jurídicos individuales) y "bien jurídico", reservando para el primero la acción del delincuente y para el último, como realidad espiritual, una "afección" en el sentido de "disminución de confianza en la generalidad"(67). Para él, la función más importante de la distinción estaría en la "antijuricidad", pues recién a través de esta distinción se podría explicar por qué, pese a un ataque al "objeto", todavía habría una impunidad bajo una "causa de justificación", la cual reflejaría la falta de una "afección al bien jurídico"(68). AMELUNG también hace la distinción aunque afirma que en algunos casos existiría una identificación, decidida por el legislador, entre bien jurídico y objeto de la acción; y las normas penales prohibirían el influjo desventajoso en "hechos 'brutos'" (p. ej. en los delitos

---

(64) ROXIN (traducción libre), "Strafrecht A. T." (3ra. ed.); p. 23, n. marg. 34. En la 4ta. edición, ROXIN ya no hace una separación tan "limpia" entre "bien jurídico" y "objeto de la acción"; es más, ahora ROXIN, aunque todavía señala que se trata de dos conceptos distintos, los interrelaciona de varias maneras y enfatiza que el bien jurídico debe ser entendido como algo "real"; él rechaza el "concepto ideal de bien jurídico", pues sería contradictorio admitir el "principio de lesividad" y dirigirlo a algo que no pueda ser "lesionado"; con ello, según él, se socavaría el poder de rendimiento del concepto de bien jurídico al admitir, como tal, cualquier concepto general, sin contenido de realidad; ver ibídem, p. 34, n. marg. 67. El mismo temor expresa STRATENWERTH, quien advierte que si tal distinción desembocara en la espiritualización del "bien jurídico" (valor ideal) por oposición al "objeto", haría que el "bien jurídico" no sea lesionable y tenga un contenido vacío que compatibilizaría con cualquier cosa; cfr. "Zum Begriff...", p. 380 y ss., 383. De esta crítica solo es cierto que el "bien jurídico" no puede ser "lesionado" causalmente, pero esto no implica que no pueda verse "afectado" a través de los objetos reales a los que se refiere; precisamente con esta vinculación entre "objeto" y "bien jurídico" se ganaría la seguridad que se teme perder aparte de que también serían explicables muchas otras instituciones del Derecho penal como la "tentativa" y el "peligro abstracto" (al respecto ver a continuación).

(65) Ver KINDHÄUSER (traducción libre), p. 37 y s., n. marg. 7.

(66) STRATENWERTH/KUHLEN, tras constatar que habría bienes jurídicos sin "objeto de la acción" y tipos penales sin bien jurídico tutelado, afirman que la "afección" diferenciadora entre delitos de peligro y delitos de lesión debería verificarse ya en el bien jurídico, con lo cual la distinción aguda que hacen entre "objeto" y "bien jurídico", en realidad, pierde su función; "Strafrecht A. T.", p. 89, n. marg. 14. Igualmente, con múltiples ejemplos, ver STRATENWERTH, "'Wahres' Strafrecht?", p. 374 y s.

(67) OTTO, "Grundkurs...", p. 6, n. marg. 31 (traducción libre): "... que el bien jurídico representa una *realidad espiritual* que puede ser afectada a través de la puesta en peligro y la lesión de determinados bienes concretos (objetos de ataque). El bien jurídico mismo, como construcción conceptual no es dañado materialmente a través de ello. La lesión es, más bien, la afección del bien jurídico mediante la afección de la confianza de que el particular pueda desarrollarse en de la sociedad jurídica dentro de determinadas relaciones protegidas".

(68) OTTO, "Grundkurs...", p. 9, n. marg. 43 y ss.

contra la vida), mientras que en otros casos, donde interesa proteger solamente "derechos de actuación" derivados de instituciones, sí se podría distinguir entre "bien jurídico" y "objeto de la acción" (p. ej. en el "hurto")[69]. Como este autor parte de que el concepto "bien jurídico" estaría ligado al "desvalor del resultado", exige, por lo demás, que estos se definan siempre en sentido real y sufran, a través del delito, un ataque real (en el sentido de sensible); por eso mismo critica las concepciones "espiritualizadoras" del bien jurídico que lo sitúan en la esfera ideal distinguiéndolo claramente del "objeto de ataque" situado en el mundo real[70]. Últimamente, HEFENDEHL también se ha hecho cargo de esta distinción, aunque ha afirmado que tanto "bien jurídico" como "objeto de la acción" se referirían a objetos "reales" en el sentido de sujetos a las leyes causales y, por lo tanto, no tendrían diferencias cualitativas[71]. A partir de su análisis de las técnicas de tipificación, este autor distingue tres casos distintos[72]: aquellos en los que la acción típica emplea al "bien jurídico" para la descripción del delito y, por lo tanto, habría identificación formal y de contenido entre este y el "objeto del hecho" (p. ej. en la estafa, el "patrimonio"); en otros casos, solamente se trataría de una coincidencia de contenido cuando la descripción típica se refiera a un "objeto" separable del "bien jurídico", aunque en la interpretación tengan igual contenido (p. ej. en los delitos contra la vida); y en otros casos no habría ninguna identificación formal o de contenido entre bien jurídico y objeto del hecho como en los delitos contra bienes jurídicos "colectivos". Siguiendo la terminología de Maurach, HEFENDEHL considera al "objeto del hecho" (u "objeto de la acción") como "representante" del bien jurídico (el "representado"); entre ambos existiría la "relación especial" de estar igualmente sometidos a leyes causales, pues también los bienes jurídicos, al igual que el "objeto de la acción", pueden ser afectados[73].

Por lo demás, la mayoría de los autores de la doctrina dominante emplea la distinción entre "bien jurídico" y "objeto del ataque", así como la verificación de la acción típica en este último, para distinguir entre delitos de

---

[69] AMELUNG, rectificando al mismo tiempo su posición anterior que concebía una igual forma de ataque (como restricción de oportunidades de actuar) a todos los bienes y objetos; "Der Begriff des Rechtsguts...", p. 167 y ss.

[70] Cfr. AMELUNG, "Der Begriff des Rechtsguts...", p. 165, 173 y ss. Pero la doctrina sostiene desde hace ya tiempo la indisolubilidad del "desvalor de la acción" y el "desvalor del resultado" en la definición del delito; ver, c. más refs. ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 319 y ss., esp. n. marg. 99 y ss. Por eso, también la "afección del bien jurídico" debe ser entendida bajo una integración de ambos aspectos: conducta negadora de vigencia del bien jurídico (conducta desvalorada) que tiende a una lesión o puesta en peligro de algún objeto de este (resultado desvalorado).

[71] HEFENDEHL, "Kollektive Rechtsgüter...", p. 39 y ss., 379.

[72] HEFENDEHL, "Kollektive Rechtsgüter...", p. 40.

[73] HEFENDEHL, "Kollektive Rechtsgüter...", p. 41; "Das Rechtsgut als materialer...", p. 120 y s.

"lesión" y de "puesta en peligro" (concreto y abstracto)[74], y, por otro lado, para fundamentar la punibilidad de la "tentativa" (y distinguirla luego de la "consumación")[75]. Pero aquí se ve la insuficiencia de esta distinción "bipartita", pues ella cae en una ulterior confusión entre "objeto de protección" (u "objeto del bien jurídico") y "objeto de la acción" u *objeto del ataque*. Y es que se trata aquí, nuevamente, de dos conceptos distintos, aunque en la mayoría de los casos pueda exteriormente observarse una identificación[76]. El "objeto del bien jurídico" es aquel que constituye la concreción en el mundo real del valor ideal bien jurídico; el "objeto de la acción" es aquel al cual se dirige directamente el ataque del delincuente. Puede haber amplia coincidencia entre estos dos conceptos (y, terminológicamente también con el "bien jurídico"), sobre todo en el caso de delitos contra bienes jurídicos individuales. En los atentados contra la vida, por ejemplo, existe un bien jurídico "vida", como valor que es puesto en duda en cuanto a su vigencia, pero también existe una vida humana que, como "objeto de bien jurídico" es atacada directamente, y por lo tanto, también es "objeto de la acción".

Pero la importancia práctica de la distinción "tripartita" (bien jurídico, objeto de protección y objeto de la acción) recién se demuestra en los "delitos de peligro". Así, en el tipo alemán de "incendios graves" (§ 306a, primer párrafo StGB), en una de cuyas variantes, para la tipicidad de la conducta, basta

---

[74] ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 337 y s., n. marg. 123 y s.; WESSELS/BEULKE, p. 8, n. marg. 26 y ss.; LENCKNER en Schönke/Schröder, vor §§ 13 y ss., p. 201, n. marg. 129; JESCHECK/WEIGEND, p. 263 y s. En cambio, WEBER dirige la "lesividad" directamente al "bien jurídico", con lo cual, en realidad, se pierde la necesidad de la distinción hecha previamente entre "bien jurídico" y "objeto"; ver p. 120, n. marg. 42 y ss., p. 15, n. marg.18 respectivamente.

[75] Esto es especialmente notable en la teoría defendida por ROXIN, quien concibe la tentativa como "puesta en peligro, cercana al tipo o infracción de la norma que conmueve el Derecho" (teoría de la unión o unificación); ver "Strafrecht. AT", tomo 2, p. 335 y ss.; en "Dogmática penal y política criminal", p. 257 y ss. En la teoría todavía dominante de la "impresión", también existe una base "objetiva" de la tentativa (la presencia del "desvalor de la acción" realizado por la activación del dolo y que conmueva la confianza de la generalidad en la vigencia del ordenamiento jurídico), mientras que en la antigua teoría "objetiva" tal cercanía exigía la "puesta en peligro" del objeto de la acción protegido por el tipo; exponen las distintas teorías JESCHECK/WEIGEND, p. 512 y ss.

[76] La distinción "tripartita" también puede encontrarse en la exposición de POLAINO NAVARRETE. Este autor expone, al principio, ampliamente los distintos conceptos de "objeto" manejados en la doctrina: "objeto de acción" (objeto material), "objeto jurídico" (objeto de protección o bien jurídico), "objeto de ataque", "objeto de bien jurídico" y "objeto de delito", etc.; ver p. 199 y ss. Pero a continuación hace la aclaración de que, en última instancia, muchas de estas expresiones coinciden en todo o en parte, motivo por el cual, en realidad, solamente bastarían dos: el "objeto de tutela" o "protección (sinónimo de "bien jurídico", "objeto jurídico", y "objeto de ataque") y el "objeto de acción" (equiparable al "objeto material" y al "objeto del bien jurídico"); ver p. 204 y s., 207. Mientras que el "objeto de la acción" sería aquella persona o ente inanimado sobre el cual se realiza la conducta corporal típica de los delitos (plano naturalista, objetivo de la realidad externa), en el "objeto de tutela o protección" se plasma la valoración sobre lo injusto o adecuado a Derecho de una conducta (ver ibídem, p. 200, 202). Pero además –continúa el profesor sevillano– también puede observarse una separación entre el "sujeto pasivo" y el "objeto de acción"; aunque el "sujeto pasivo" constituye, por lo general, "objeto de acción" (p. ej. delitos contra la vida), a veces no hay tal coincidencia, p. ej. en un "hurto", donde es "sujeto pasivo" el titular del bien y es "objeto material de la acción" la cosa mueble que ha sido hurtada; ver cfr. ibídem, p. 202 y s.

p. ej., con prender fuego a un edificio que sirva como vivienda a personas; o en el tipo de "conducción bajo estado de ebriedad", similar en todas partes, donde bastaría con la mera conducción de un vehículo estando el actor en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas, sin que en ambos casos se necesite prima facie siquiera el peligro concreto de un daño a personas (o bienes). Como agudamente observa STRATENWERTH, aunque casi todos coinciden en que los delitos de peligro abstracto abarcarían todas aquellas conductas que, observadas ex ante, serían consideradas, de manera general, como especialmente peligrosas, hay mucha confusión a la hora de determinar el concepto referencial de dicha peligrosidad(77). Critica él que, si la doctrina dominante fuera consecuente con su diferenciación entre "bien jurídico" y "objeto de la acción" y con su afirmación de que la lesión o el peligro debiera verificarse en este último, el delito de "incendios graves" (§ 306a, primer párrafo StGB) debería constituir un delito de lesión, en contra de la clasificación tradicional (que admite la doctrina dominante) como clásico ejemplo de un "delito de peligro abstracto" en relación con la "vida". Por eso, este autor alemán extrae la conclusión de que la "afección" (que por lo visto él identifica con "lesión") o la "puesta en peligro" deberían referirse ya al bien jurídico y no al "objeto"(78). Pero, esta conclusión es en mi opinión errónea, pues pierde de vista que en los ejemplos propuestos, los "objetos" concretos relacionados con el "bien jurídico" no son precisamente los "atacados". En la modalidad de "incendio grave" estudiada, lo que se pone en peligro (de manera abstracta) es la vida de los habitantes del edificio (aunque no estén presentes en el momento del incendio), y por lo tanto la vida de estas personas es el objeto del bien jurídico "vida", aunque el ataque se dirija primero a otro objeto: el "edificio" ("objeto del ataque"). Y también en la "conducción bajo estado de ebriedad", nuevamente se trata de los "objetos" "vida", "integridad corporal" o incluso el "patrimonio" de otras personas, que podrían correr peligro con la conducta del actor, aunque estos bienes no sean mencionados expresamente por el tipo penal(79).

Los dos ejemplos destacan también el problema central de los tipos de peligro abstracto: en ellos no existe un ataque directo a un "objeto del bien jurídico"; en algunos casos (como en la conducción bajo estado de ebriedad o en la "falsificación de documentos") ni siquiera existe un "ataque" o un "objeto atacado" sino una mera "conducta reprochable" en el sentido de que tenía la potencialidad de producir un "peligro" para el "objeto del bien jurídico". En otros casos, sí existe tal "objeto de protección", aunque tradicionalmente

(77) STRATENWERTH, "'Wahres' Strafrecht", p. 374.

(78) STRATENWERTH/KUHLEN, p. 89, n. marg. 14; STRATENWERTH, "'Wahres' Strafrecht?", p. 374 y s.

(79) Ver esta interpretación en ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 34 y s., n. marg. 68.

se haya entendido otra cosa; p. ej., en las "injurias" (§ 185 StGB, art. 130 CP peruano), el "objeto de la acción" es el injuriado y el "objeto de protección" es el entendimiento del honor que el injuriado tiene de sí mismo, mientras que el "bien jurídico", como valor, es "el valor, la dignidad personal que corresponde a toda persona en sus relaciones sociales"(80). En el caso de las "declaraciones falsas bajo juramento" (§ 153 StGB) o "falso juramento" (art. 409 CP peruano) tampoco es que no exista un "objeto de protección": mientras que la acción se dirige ante la autoridad judicial que toma la declaración bajo juramento del sujeto activo ("objeto de la acción"), el objeto de protección es el "ordenado desarrollo del proceso concreto" en el marco del cual se presta la declaración, y el bien jurídico la "correcta administración de justicia" o sea "el interés público en una comprobación de hechos de acuerdo con la verdad en un proceso judicial y en otros similares"(81).

Por último, aun aplicando la distinción "tripartita", en algunos casos puede parecer dudosa la existencia (aunque sea potencial como en los delitos de peligro abstracto) de un "objeto de la acción". La doctrina conoce estos casos bajo la denominación de "bienes jurídicos intermediarios espiritualizados", donde el "desvalor de la acción" portaría, por sí solo, el atentado contra el bien jurídico; p. ej. en el "cohecho" y tipos afines (arts. 331 y ss. StGB; 393 y ss. CP peruano; arts. 419 y ss. CP español)(82). En realidad, en estos tipos penales el "pacto venal" típico se caracteriza porque tanto el funcionario corrupto que recibe una "ventaja" como el interesado que la otorga o promete, no sufren por sí mismos ningún perjuicio ni dirigen el atentado contra ninguna persona o institución concretas, sino contra un interés concreto de la "administración pública": la "legalidad" y/o la "imparcialidad" en las decisiones del funcionario público, elementos básicos del bien jurídico (colectivo) "correcto funcionamiento de la administración pública"(83). Luego, aunque sí existe un "objeto"

---

(80) Así se entiende también el bien jurídico en la doctrina alemana dominante que propugna un "concepto normativo de honor" y en la tendencia funcionalista de un "concepto interpersonal de honor"; al respecto ver ampliamente LENCKNER, c. más ref., en Schönke/Schröder, com. prev. §§ 185 ff., p. 1537 y s., n. marg. 1.

(81) Este bien jurídico es el que la doctrina dominante también considera correcto; al respecto ver LENCKNER, vor §§ 153 ff., p. 1320, n. marg. 2.

(82) ROXIN, c. más ref., aunque desde una distinción meramente "bipartita" entre bien jurídico y objeto de la acción e incluyendo como ejemplo también al "falso testimonio"; ver "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 431, n. marg. 161. Más refs. sobre esta teoría y criticándola por no aclarar ni legitimar el concepto "bien jurídico intermedio", HEFENDEHL, "Kollektive Rechtsgüter...", p. 175 y s.

(83) Al respecto, ampliamente, ABANTO VÁSQUEZ, "Delitos contra la administración pública", p. 420 y ss. Siguiendo su propia concepción y clasificación de bienes jurídicos colectivos (al respecto ver arriba, nota 16), HEFENDEHL afirma que en los casos de cohecho se trataría de proteger la "confianza" en la "imparcialidad de la administración pública" y la "objetividad de la decisiones estatales" y que el menoscabo al bien jurídico mismo sería mensurable empíricamente; ver "Kollektive Rechtsgüter...", p. 321 y ss. Pero esto no es aceptable. Como acertadamente observa PORTILLA CONTRERAS, si lo que se protegiera fuera la "imparcialidad", no se explicaría coherentemente el "cohecho pasivo impropio", pues aquí

del bien jurídico, no puede identificarse ningún "objeto de la acción" concreto. Aquí podría verse, en todo caso, un "objeto de la acción" en el "deber funcionarial" concreto materia de la "compra-venta" entre el funcionario y el interesado.

En el caso de los "delitos económicos" (o, en general a las formas delictivas "modernas"), la distinción "tripartita" ayuda a constatar un malentendido muy difundido. La afirmación de que en estos delitos solamente sería posible prever tipos de "peligro abstracto" depende del "bien jurídico" que se tenga en mente: si se trata de un bien jurídico "individual", el peligro será efectivamente "abstracto", pero si se toma como punto de partida un bien jurídico "supraindividual", como debería ocurrir usualmente, podría incluso afirmarse de una "lesión"(84). Sobre la base de la diferenciación entre "bien jurídico", "objeto de protección" y "objeto de la acción" se puede decir ahora que en un tipo penal de "fraude de licitaciones" (§ 298 StGB, art. 241 CP peruano) el bien jurídico tutelado es la "pureza de un proceso de subastas y concursos públicos"; el "objeto protegido", un proceso de competencia concreto en el marco de una licitación; y el "objeto de la acción" tendrá que buscarse según la configuración de la acción típica (p. ej. un participante sobornado o amenazado, o el "deber de competir" infringido con la formación de un cártel de

---

solamente se habría producido un "peligro"; y, si se tomara como referencia a la "confianza" misma, se podría tener incluso un delito de "lesión"; ver "La supuesta crisis", p. 926. También KARGL observa que la "confianza" por sí misma es un concepto que admite distintas interpretaciones hasta el extremo de desvincular el bien jurídico del trasfondo "personal" que el mismo Hefendehl postula; por eso, de lege lata, simplemente tendería a justificar tipos penales de "cohecho" que difícilmente pueden ser conciliados con el principio de bienes jurídicos, como en el caso del "cohecho pasivo impropio" que tiende a penar la "apariencia de corrupción"; ver en la recensión a Hefendehl, p. 775 y s.

(84) TIEDEMANN, "Poder económico y delito", p. 36; BUSTOS, "Perspectivas actuales...", p. 69 y s. Incluso en el Perú hizo esta aguda observación BRAMONT-ARIAS ya en 1959, p. 240. De manera similar PORTILLA CONTRERAS, al analizar el elemento "confianza" en los bienes jurídicos colectivos, manifiesta dudas sobre el entendimiento usual de que en los delitos de "cohecho" el bien jurídico tutelado sea la "confianza en la imparcialidad de la administración pública", pues de ser así (y no la puesta en peligro de la imparcialidad), "... no estaríamos ante una situación de peligro sino ante una lesión efectiva del bien jurídico"; ver "La supuesta crisis...", p. 926. STRATENWERTH sigue otro camino: como para él, en los delitos de peligro abstracto, conceptualmente debería referirse la "peligrosidad" de la conducta, al "bien jurídico" directamente, llega a afirmar una gran amplitud de "tipos de peligro abstracto" (¡casi la mitad de los existentes en el StGB!), con lo cual de facto elimina la diferenciación entre "bien jurídico" y "objeto de protección". Por cierto que él, finalmente, quiere (exponiéndose así a las críticas correspondientes) renunciar a la vinculación con "bienes jurídicos" y referirse más bien a la desvaloración de "acciones" por sí mismas socialmente reprochables por atentar conscientemente contra normas sociales fundamenteles cuyo ataque es visto, por los miembros de la sociedad, como un "tabú"; ver "'Wahres' Strafrecht?", p. 376 y ss. HEFENDEHL, por su parte, rechaza la tesis de que los tipos de "peligro abstracto" sean la característica de los delitos contra "bienes jurídicos colectivos"; en estos, como no sería posible una "lesividad" igual que en los bienes jurídicos individuales, tendría que buscarse un "equivalente material": la "lesión" mensurable de la "confianza constitutiva" de la institución; ver "Kollektive Rechtsgüter...", p. 157 y ss., 182 y ss. MARTÍNEZ-BUJÁN observa acertadamente que solamente se puede hablar de tipo de "peligro abstracto" si se toma por referencia al interés individual que efectivamente es protegido por muchos tipos (irrenunciables) del Derecho penal económico; en estos casos solamente habría una "lesión" al interés colectivo subyacente a través del "peligro" al patrimonio de las personas que integran el grupo colectivo de sujetos pasivos; ver "Reflexiones...", p. 102 y s.

postores)[85]. Luego, si tal "competencia concreta" es "desorganizada" alejando participantes mediante amenazas o dádivas o eliminando la competencia mediante concertaciones, en realidad habría ya una "lesión" del "objeto de protección"[86]. Y lo mismo puede decirse de los delitos tradicionales de "acaparamiento", "especulación" y "falseamiento" de productos (arts. 233 y ss. CP peruano), donde en el marco de una excepcional situación de emergencia que justifique una "regulación de la economía" (bien jurídico protegido), se atenta directamente contra intereses concretos de los consumidores (objetos de protección y de la acción): el suficiente abastecimiento de productos, el correcto precio, y la calidad y cantidad correcta de los productos[87]. Pero tales conductas solamente implican un verdadero "peligro abstracto" cuando se producen en épocas normales de funcionamiento de una economía de libre mercado, mientras que recién en épocas excepcionales de crisis en las que rijan regulaciones del mercado (de productos de primera necesidad), se podría hablar de un "peligro concreto" o incluso de una "lesión" (dependiendo de la configuración típica) al interés (económico) del consumidor de ser abastecido adecuadamente con bienes de primera necesidad[88].

En resumen, la *afección* (y no la "lesión") al bien jurídico se produce a través del "menoscabo" de alguno de sus "objetos de protección" (o también "objetos del bien jurídico"); tal menoscabo puede darse "naturalísticamente" ("lesión" o "peligro de lesión") o en el sentido de "desorganización" de sistemas; en ambos casos se trata de "lesiones reales" en el mundo social que, en el mundo de los bienes jurídicos, expresan "negación de vigencia" (afección)[89]. En el caso de los delitos de peligro concreto y de "tentativa", la "afección" existe desde que, debido a la acción dirigida hacia un "menoscabo" que incluso ha llegado a producir modificaciones en el mundo exterior, la conducta delictiva ya ha tendido a "negar valor" al bien jurídico. Y en los casos-límite de delitos de "peligro abstracto", la "afección" se produce con la conducta potencialmente dirigida a poner en peligro, y luego menoscabar, el "objeto de protección"; en ese sentido debe también interpretarse tipos que aparentemente sólo abarcarían una mera "exteriorización de la conducta" negadora

---

(85) Ver más ejemplos en "Derecho penal económico. Consideraciones...", ABANTO VÁSQUEZ, p. 119.

(86) He interpretado así ya antes para este caso concreto en "D. P. económico, parte especial", p. 80 y s.

(87) Al respecto ver ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico, parte especial", p. 202 y ss.

(88) Ver al respecto ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico, parte especial", p. 202 y ss.; "Derecho penal económico. Consideraciones", p. 119.

(89) Esta "lesividad" también es sostenida por MIR PUIG, quien, aunque sin seguir la distinción aquí propuesta, se refiere a "lesiones" en el "mundo fáctico" de sustratos del bien jurídico que pueden ser de base naturalística o realidades inmateriales (hechos institucionales); ver "Límites del normativismo...", p. 682 y ss.

de vigencia del bien jurídico, tal como ocurre en muchos delitos de mera actividad o de emprendimiento como las "injurias" o también precisamente en algunos casos de delitos de "peligro abstracto"[90]. En todos estos casos –y esto es pasado por alto–, también tendría que constatarse que la "lesividad" al bien jurídico es posible siempre que se la entienda como una "afección" en sentido normativo de "disminución de valor", o de "vigencia" de las normas encarnadas en él[91]. Una "afección" que por cierto es "real" aunque no "causalísticamente" demostrable: la negación de vigencia del bien jurídico se ha producido indudablemente con la conducta típica.

Con esto se llega, en términos generales, a un cierto acercamiento con postulados normativistas radicales e incluso hay paralelos con la teoría "neoliberal" de bienes jurídicos y otras concepciones acusadas de "espiritualizar" demasiado el concepto[92]. Y es que, como POLAINO NAVARRETE y POLAINO ORTS acertadamente han destacado, tanto los "bienes jurídicos" como la "protección de normas", tienen cabida dentro del Derecho penal aunque en planos diferentes: mientras existe una función "tutelar-preventiva" primordial y legitimadora del Derecho penal (protección de bienes jurídicos y prevención de ataques lesivos contra ellos), la "garantía de la identidad normativa", solamente sería la consecuencia directa y principal de aquella función[93]. La jurisprudencia constitucional alemana también ha puesto esto en relieve cuando ha precisado que los mandatos jurídicos deben tender a la "protección" a partir de dos direcciones: tanto por el lado de los efectos preventivos y represivos en el caso particular, en caso de amenaza o "lesión" (mejor: "afección") de bienes jurídicos, como también por el lado del refuerzo y apoyo de las convicciones valorativas sobre lo justo y lo injusto en la población para formar la "conciencia jurídica" (es decir, la función explicativa de las normas y su estabilización)[94].

---

[90] Esto es constatado también por STRATENWERTH/KUHLEN, quienes, bajo su concepción escéptica del bien jurídico, afirman que en estos casos no existirían "objetos de acción" y en otros (p. ej. los delitos ecológicos) ni siquiera existiría un bien jurídico tutelado; ver p. 88 y s., n. marg. 13

[91] Ver ya anteriormente ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones", p. 52.

[92] El denominador común de todas estas concepciones radica en que, como no conciben lo "protegible" penalmente (bien jurídico o norma) como un "objeto de la naturaleza", tampoco creen que el delito pueda ser definido a partir de la constatación de una "lesión naturalística" del bien jurídico, sino de una "negación de pretensión de vigencia" (de la "norma" para los normativistas radicales; de una "relación real" entre personas, para los neoidealistas); ver JAKOBS, "Strafrecht A. T.", p. 36 y s.; GROPP, p. 80; KÖHLER, p. 24; KAHLO, refiriéndose a una "afección desventajosa de una realidad relacional", p. 36 y s.

[93] POLAINO NAVARRETE/POLAINO ORTS, p. 227 y ss., 257 y s. Últimamente, POLAINO NAVARRETE entiende que la "vigencia de la norma penal" en el sentido de Jakobs podría identificarse con el "bien jurídico protegido por el tipo legal", pues permitiría "conectar intrínsecamente el tipo legal, la norma penal y el bien jurídico protegido"; ver p. 229 y s. También ZAFFARONI destaca esta "metafunción" o "parafunción" de "toda coerción legítima del Estado"; ver p. 1078.

[94] Cfr. BVerfG NJW 1993, p. 1753; BverfGE, tomo 45, p. 187 y ss. (esp. p. 254 y 256); también en MÜLLER-DIETZ, p. 128 y s.

En ese sentido, la diferenciación aquí defendida también puede explicar la tan discutida "función simbólica" de la pena y del Derecho penal: esta función es innegable en el sentido de "transmisión de valores", "comunicación", cuando del Derecho penal tienda a la reafirmación de vigencia de bienes jurídicos; no tiene legitimidad, en cambio, cuando lo "simbólico" se reduzca a un mero "accionismo", cuando el Estado solamente quiera demostrar poder de actuación sin, en realidad, querer o poder proteger bien jurídico alguno[95].

Quedaría por ver cuándo la "afección" de bienes jurídicos, intermediada por el "objeto", es más o menos "grave" y, por lo tanto, el Derecho penal no debería intervenir debiendo bastar con otras medidas extrapenales. El límite político-criminal debería estar constituido, en mi opinión, por la *cercanía* de la acción en relación con el "objeto protegido": si la "lesión" constituye el atentado más grave y si tal lesión se produce contra "objetos" de bienes jurídicos de primer orden en la escala valorativa constitucional, la "puesta en peligro" más cercana a la "lesión" es la del "peligro concreto", y las acciones más graves (y por lo tanto de más legítima punibilidad) son las que se dirijan contra bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad corporal, etc.)[96]. De este modo, los auténticos casos de "peligro abstracto" (en el sentido de peligro presunto para el "objeto") quedarían demasiado "lejos" de la "lesión" y por lo tanto carecerían de legitimidad[97]. Luego, los tipos de peligro abstracto en el sentido tradicional, o bien son reinterpretados en el sentido de un tipo de "peligro abstracto-concreto" para el objeto del bien jurídico (si ello fuera posible), o bien deben ser declarados ilegítimos. Finalmente, en los casos de tipos que expresen una mera "tendencia peligrosa" (con el reproche a la conducta sin que se verifique peligro alguno para el objeto) no puede haber lesividad alguna. Pero, en muchos de estos casos, en mi opinión, la interpretación de los tipos no ha sido correcta, tal como ya se ha visto con el tipo de "conducción bajo estado de ebriedad".

En resumen, las consecuencias de lo anteriormente expuesto serían las siguientes:

---

[95] En este sentido, ver ROXIN, c. más refs., "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 25 y ss, n. marg. 37 y ss. En cambio, se suele admitir un "efecto simbólico" del Derecho penal como "comunicación personal" y como refuerzo de la prevención general positiva; ver en este sentido ZUGALDÍA ESPINAR, "¿Qué queda en pie...?", p. 115 y ss.; c. más refs. PORTILLA CONTRERAS, "La supuesta crisis...", p. 922; CORCOY BIDASOLO, p. 39.

[96] También se llega a una convergencia con la teoría personalista moderada que, empleando otra terminología, admite una "protección del campo previo" (a los bienes jurídicos) aunque bajo una "legitimación especial": mientras más alejada esté la relación personal del tipo (de peligro), más exigencias se deberán plantear al legislador sobre el valor del bien jurídico personal; ver STERNGERG-LIEBEN, p. 72. Igualmente en este sentido argumenta la dogmática constitucional alemana sobre los delitos de peligro abstracto; ver en LAGODNY, p. 87.

[97] En este sentido ya anteriormente ver ABANTO VÁSQUEZ, c. ejs., "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 52 y ss., 118 y s.

1. Tanto los bienes jurídicos individuales como los supraindividuales son "afectados" en el sentido de "negación de vigencia"; y en ambos casos, la "lesión" se da en los correspondientes "objetos de la acción".

2. Muchas figuras típicas que tradicionalmente son clasificadas como "delitos de peligro" dejan de ser tales. Así, en el caso de muchos delitos económicos hay una "lesión" (afección) efectiva cuando se produce un menoscabo real en un objeto de bien jurídico (p. ej. en el delito de "fraude de licitaciones" en la modalidad de formación de cárteles). Si el menoscabo se da en un "objeto" distinto al que forma parte de la "protección" deseada directamente por el tipo penal, ahí sí habrá un delito de peligro (p. ej. en el delito de incendios).

3. En la "tentativa idónea" también hay "afección del bien jurídico" (aunque no se haya llegado a producir el menoscabo en el "objeto"), pues se ha producido un "ataque" que expresa negación de vigencia tal bien. Más difícil es la "tentativa inidónea", cuya punibilidad como caso-límite de la legitimidad penal es muy polémica (más al respecto, abajo en 1.5).

4. Se rescata el papel de la víctima dentro del concepto de bien jurídico[98], pues puede explicarse por qué en aquellos casos de coincidencia entre "objeto de protección" y "objeto del ataque" la víctima debería tener una más fuerte participación en el proceso. Si ella no solo ha sufrido el ataque directo, sino también porta en sí aquello que el Derecho penal quiere proteger, se entiende que quedaría incompleto el restablecimiento de la paz social si solamente se "satisfaciera" al "objeto de protección" (con la reafirmación de vigencia del bien jurídico que porta a través de la pena) y se descuidara al "objeto de ataque". No puede haber, en última instancia, una verdadera paz social, una verdadera protección del bien jurídico si, en estos casos, no se satisficieran convenientemente las necesidades de la víctima.

5. La distinción permitiría también una nueva interpretación y aplicación de las posibilidades del "consentimiento" como causa de justificación. En contra del uso generalizado de los términos, la libre disponibilidad que hace aplicable el "consentimiento" no se refiere a un "bien jurídico", sino a un "objeto del bien jurídico". Por cierto que esto no soluciona aún el difícil problema de concretar en qué casos existe o no esta "dispo-

---

[98] Con toda razón, ESER, hace algún tiempo, ha criticado el descuido de la víctima dentro de la teoría y del concepto de "bien jurídico"; ver p. 1005 y ss. Últimamente AMELUNG expone ampliamente las dos tendencias víctimo-dogmáticas modernas que incluyen el papel de la víctima en el análisis jurídico penal (como "sufridora" o como "co-responsable" del delito), rechazando la pretensión de exclusividad de una sola de ellas, así como la existencia de un "principio víctimo-dogmático", pero rescatando el valor "descriptivo" del paradigma de la víctima en el análisis de las interacciones entre víctima y autor a través de la "confianza normativa"; ver "Auf der Rückseite...", p. 3 y ss.

nibilidad", pues no siempre son separables los intereses privados de los intereses públicos[99].

1.5. Balance parcial: crítica a la teoría de "protección de bienes jurídicos" y contracrítica

En resumen se ha criticado y se critica aún lo siguiente a la teoría de la protección (exclusiva de bienes jurídicos)[100]:

a) No se habría encontrado aún un *concepto* satisfactorio de bien jurídico.

b) La *lesividad* no funcionaría en el sentido naturalístico. Incluso en el caso de "bienes jurídicos individuales clásicos" no se podría constatar que el ataque se dirija de manera concreta a un bien jurídico; a veces esto ni siquiera ocurriría con el "objeto de la acción" como en el caso de los delitos contra el honor[101]. En el caso de los "bienes jurídicos supraindividuales" se critica que lo atacado no sería un objeto concreto, sino se manifestaría como una "desorganización de sus sistemas sociales"[102].

c) La teoría de bienes jurídicos no explicaría satisfactoriamente la punibilidad de los delitos de "peligro", especialmente la de los delitos de *peligro abstracto*.

d) El supuesto *carácter crítico* no habría impedido el surgimiento de tipos penales que no protegen bienes jurídicos incluso en la época nacionalsocialista[103].

---

[99] Al respecto ver recientemente DUTTGE, quien distingue una serie de casos y solamente admite el "consentimiento" en aquellos en los que únicamente estén en juego bienes jurídicos individuales, pero distinguiendo en esta tarea las necesidades de, en casos concretos, realizar antes una "reducción teleológica" de los alcances del tipo penal; ver p. 15 y ss., 21, columna derecha. En el fondo, esto no es distinto de lo que propone, desde hace tiempo, ROXIN, quien, si bien admite la posibilidad de una concepción "cumulativa" del bien jurídico (el consentimiento es posible cuando el injusto reúna en sí intereses individuales e intereses de la colectividad, pues el consentimiento de los primeros hace que no sea completado el tipo), también advierte que sería preferible solucionar todos estos casos ya en la tipicidad a través del criterio de imputación objetiva "puesta en peligro de otro bajo consentimiento de éste"; ver p. 557, n. marg 35 y nota 67 respectivamente.

[100] Para la crítica ver, entre otros: desde la perspectiva de los escépticos, JAKOBS, "Strafrecht. A. T.", p. 37 y ss., 44 y ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, p. 29 y ss.; STRATENWERTH, criticando la pretensión de "validez universal" y proponiendo también la protección de "elementales normas de conducta", "Zum Begriff...", p. 388 y ss.; AMELUNG, esp. 268 y ss., 330 y ss. Desde la perspectiva de los propios defensores de la teoría de bienes jurídicos: WOHLERS (vinculando el análisis de la "legitimidad" de la intervención penal tanto a la determinación del bien jurídico como a criterios de análisis de la "estructura delictiva"), "Rechtsgutstheorie...", p 15 y ss., 20; BOTTKE (dirigiéndose a bienes jurídicos en el sentido tradicional y proponiendo una vinculación constitucional estricta), "Das Straftaterfordernis...", p. 487 y s.

[101] WOHLERS, c. más ref., "Rechtsgutstheorie...", p. 16; similar crítica contra el uso del término "lesión", BOTTKE, "Das Straftaterfordernis...", p. 481.

[102] Esto es reconocido también por algunos defensores de la teoría de bienes jurídicos; ver WOHLERS, "Rechtsgutstheorie...", p. 16 y s.; implícitamente, proponiendo un nuevo entendimiento de la "lesión" de bienes jurídicos en el sentido de "arrogación de la administración de bienes", BOTTKE, "Das Straftaterfordernis...", p. 480 y ss., 487 y s.

[103] Entre otros, ver JAKOBS en "Strafrecht. A. T.", p. 35 y ss., esp. n. marg. 22 y ss.; "Sobre la normativización...", p. 69 y ss.

e) También contradiría el principio de lesividad la existencia de tipos penales que no se basen en "bienes jurídicos" o la punibilidad en casos donde no habría "lesividad" alguna (p. ej. en Alemania, la punibilidad de la *tentativa inidónea*).

f) En especial, contra la teoría "constitucional" se ha dirigido la crítica de una supuesta *falta de concreción*[104]. Esta crítica, cuando proviene de la Escuela de Fráncfort y sus seguidores, va aunada a la propuesta de un "Derecho penal mínimo". Con esto se quiere reducir la lista de "bienes jurídicos" para garantizar una "minimización de la reacción violenta", pero que contenga la "defensa de derechos económicos sociales" propios de la vida moderna y de la globalización. La Constitución establecería los límites mínimos de valoración para escoger los intereses que deberán protegerse; pero cualquier "bien jurídico" tutelado deberá seleccionarse exigiendo que contenga un interés personal que se vea amenazado directa o indirectamente[105]. Otra crítica resalta, por el contrario, el supuesto carácter "conservador" de la teoría constitucionalista, pues fijaría un listado de bienes jurídicos y se opondría a futuros cambios sociales que pudieran hacer necesaria nuevas intervenciones penales[106].

g) No siempre se necesitaría proteger "bienes jurídicos" sino meros *intereses sociales*, como en el caso de la punibilidad del "maltrato de animales", la "manipulación genética", etc. Incluso, ni siquiera se podría hablar siempre de la protección de bienes "actuales" sino, en algunos casos, de bienes "futuros"[107].

La crítica, en principio advierte con acierto el peligro de una difuminación del contenido de los bienes jurídicos. Pero a partir de allí deduce apresuradamente que debería abandonarse esta teoría. Teniendo en cuenta la reformulación propuesta de la teoría de bienes jurídicos y desde una perspectiva constitucionalista se puede contestar lo siguiente:

---

[104] Así AMELUNG, "Rechtsgutsverletzung und Sozialschädlichkeit", p. 278; LENCKNER, en Schönke/Schröder, p. 145, n. marg. 10; SILVA SÁNCHEZ, "Aproximación...", p. 273 y ss.

[105] Ver últimamente para el habla hispana, la crítica de PORTILLA CONTRERAS, "La influencia...", p. 115 y ss.; el mismo autor en "La supuesta crisis...", p. 899, en el texto y en la nota 9; y también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN descartan una vinculación directa entre bien jurídico y derecho fundamental, p. 82. En general, se afirma que es evidente que el Derecho penal protegería derechos fundamentales, pero, por lo demás, la Constitución solamente ofrecería un "marco" dentro del cual el Derecho penal actuaría con amplia libertad para decidir cuáles bienes proteger y cómo debe dar esa protección; ver MUÑOZ CONDE, p. 562 y s., 573 y s.

[106] BUSTOS criticaba la tesis "constitucional" pues llevaría a una lista cerrada que bloquearía la progresiva democratización de la intervención penal estatal; ver en "Los bienes jurídicos colectivos", p. 155 y ss.

[107] Estas críticas provienen especialmente de STRATENWERTH; ver, c. más refs. y ejs., "Zum Begriff...", p. 377 y ss., 388 y ss.; "Zukunftssicherung...", p. 692 y s.

a) Es prescindible un *concepto estricto* de "bien jurídico". Todos coinciden en que tal concepto debería contener valores, intereses, condiciones básicas, mínimas para la coexistencia pacífica de los ciudadanos en una sociedad organizada bajo un Estado social y democrático de Derecho. Pero, más allá de este consenso mínimo, el concepto debería quedar abierto para acoger nuevos desarrollos y necesidades sociales que surjan en la medida en que cambien las relaciones individuales en la sociedad, sea debido al desarrollo tecnológico, sea debido a los cambios culturales, sociales y económicos[108]. Por eso, en definitiva (y en contra de un sector que sí admite la utilidad de un "concepto positivo"), lo mejor que se puede conseguir con la teoría de bienes jurídicos es una "definición negativa"; es decir, la posibilidad de descartar lo que no debe ser considerado bien jurídico.

b) La *lesividad* no debe ser entendida en sentido estrictamente naturalístico e individual, pues lo que interesa es el "daño social" provocado por el delito, sea que este se produzca a través de un "perjuicio" verificable "individualmente" o no.

c) Los *delitos de peligro abstracto* sí pueden ser explicados bajo la concepción de los bienes jurídicos. La doctrina dominante admite la legitimidad de los tipos de "peligro abstracto", pues el principio de lesividad no exige una "lesión", sino también admite una "puesta en peligro" de bienes jurídicos (con más exactitud: de objetos del bien jurídico), en especial si se trata de bienes jurídicos de primer orden (que también pueden ser bienes jurídicos colectivos) ante graves riesgos[109]. Por cierto que esta explicación presupone la diferenciación previa entre "bien jurídico", "objeto de protección" y "objeto de la acción". Independientemente de la clasificación que se haga de los "delitos de peligro"[110], si se interpretara la "lesividad" del bien jurídico en el sentido propuesto de "afección" y se distinguiera consecuentemente entre "bien jurídico",

---

[108] En este sentido dice STERNBERG-LIEBEN que no puede fijarse de antemano un "canon definitivo de presupuestos del desarrollo personal", p. 71. Además es conveniente que esto sea así, pues, como afirma MIR PUIG, al igual que los "principios", los bienes jurídicos necesitan ciertamente concreción, pero también crítica, en un debate público; algo que precisamente es manifestación de democracia; "Valoraciones...", p. 79.

[109] Ver, en la literatura más reciente con un amplio análisis sobre la crítica y contracrítica al "Derecho penal del riesgo", ROXIN, c. más refs., "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 35 y ss., n. marg. 68 y ss.; en similar sentido también HEFENDEHL, "Kollektive Rechtsgüter...", p. 156 y ss. Siguiendo esta tendencia, PORTILLA CONTRERAS, c. más refs., "La supuesta crisis...", p. 918 y ss.

[110] Tradicionalmente se ha distinguido entre delitos de "peligro concreto" y de "peligro abstracto", pero últimamente se admiten categorías intermedias como los delitos de "peligro abstracto-concreto" o delitos de "idoneidad" (o de "aptitud"); al respecto ver las refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 114 y ss. Últimamente WOHLERS ha propuesto otra clasificación; ver c. más ref., "Rechtsgutstheorie...", p. 18 y s., y WESSELS/BEULKE denominan al grupo intermedio como delitos de "peligro potencial" o de "potencial puesta en peligro" (potenzielle Gefährdungsdelikte); ver c. más refs. p. 8, n. marg. 29.

"objeto de protección" y "objeto de la acción", debería quedar claro que, en realidad, pocos tipos penales realmente implican un "peligro abstracto" que puedan legitimar una punibilidad[111]. Con eso también se desbarata la tesis de que la "lesividad" (afección) a bienes jurídicos no sería posible cuando se tratara de bienes jurídicos supraindividuales. Por un lado, el "bien jurídico", en el sentido propuesto, tiene la misma naturaleza ideal y puede ser "afectado" de la misma manera (en el sentido de "negación de valor", "disminución de validez") sea que se trate de un bien jurídico "individual" o uno "supraindividual". Por otro lado, ambos tipos de "bien jurídico" pueden ser atacados, a través de sus "objetos de protección", tanto mediante una "lesión" como también con una "puesta en peligro" dirigidas a estos últimos.

Si se aplicara la teoría de bienes jurídicos en el sentido explicado, junto con las posibilidades de configuración que permite el principio de "subsidiaridad", se evitaría, por otro lado, que el Derecho penal tienda a una expasión peligrosa sobre la base de tipos de "peligro abstracto"[112]. La tesis aquí defendida permite explicar el rechazo de aquellos tipos de "peligro abstracto" que no supongan "lesividad" para un bien jurídico y solamente constituyan un mero "reproche de conducta", así como permite aceptar los tipos de "peligro concreto"que todavía se encuentran en el límite de la legitimidad. En el caso ya visto de la "conducción bajo estado de ebriedad" (art. 316 StGB, 274 CP peruano), solamente puede tener legitimidad tal tipo penal si se le interpretara en el sentido de que contuviera un mínimo de "lesividad", es decir, como un tipo de "idoneidad" o de peligro "abstracto-concreto"[113]: sería punible la conducta de aquel sujeto que hubiera conducido efectivamente el vehículo y se demuestre que tenía tal grado de ebriedad o estaba de tal manera bajo el influjo de drogas que hubiera puesto en peligro a otros conductores o peatones que hubieran circulado por la vía.

---

[111] ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 50 y ss., 118 y s. LÜDERSSEN ofrece el criterio de la "relevancia de las vías del ataque" (Relevanz der Angriffswege), con lo cual –en el fondo de manera similar a la expuesta– quiere decir que mientras más lejano se encuentre el bien jurídico atacado de intereses individuales y mientras más incomprensible sea la relación entre "acción" y "resultado lesivo" ("relación subjetiva" con el bien jurídico), menos legitimable podría resultar un tipo de peligro abstracto; ver "Das moderne Strafrecht", p. 100, columna derecha y s.

[112] ROXIN también se hace eco de la crítica a la expasión y una "tendencia de desmaterialización del bien jurídico" mediante un abuso de tipos de peligro abstracto, ver "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 35 y ss., n. marg. 69 y ss.; también SCHÜNEMANN critica estas tendencias expansivas (dirigidas a los tipos alemanes muy amplios de fraude de subvenciones, fraude crediticio y fraude de seguros) y exige un "balance de Estado de Derecho en la modernización del Derecho penal", últimamente, en "Brennpunkte...", p. 357.

[113] Ver refs. al respecto en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 119 y s.

d) El *carácter crítico* de los bienes jurídicos se mantiene pese a que, a veces, no sea respetado. No debe confundirse el "ser" (la existencia de algunos tipos penales que no defienden bienes jurídicos) con el "deber ser" (la crítica sobre la legitimidad de dichos tipos)[114]. Además, la cuestión de las consecuencias en caso de constatarse una falta de legitimidad de una disposición penal es más bien una cuestión de Derecho público y constitucional que puede variar de país a país[115]. En el caso peruano, por ejemplo, dado que existe una disposición expresa sobre la "exclusiva protección de bienes jurídicos" en el artículo IV del Título Preliminar del CP[116], así como la posibilidad del "control difuso" a través de todos los jueces (incluidos los penales), nada impide, en teoría, que estos directamente (sin esperar una declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional) inapliquen la ley penal en casos de evidente incompatibilidad de la ley penal con la constitucional[117].

e) En cuanto a la punibilidad de la *tentativa inidónea*, el tema es muy polémico, En Alemania, ella es punible en caso de "grave incomprensión" (excluyendo los casos de "tentativa irreal"); o sea cuando el actor dirigiera su ataque a "objetos inidóneos" (p. ej. "asesinar" o "lesionar" a un muerto, "hurtar" una cosa propia, etc.) o empleare "medios inidóneos" (p. ej. "envenenar" con azúcar creyendo que es arsénico, disparar con pistola de juguete, "estafar" con afirmaciones incapaces de llevar a engaño, etc.), o incluso en combinación de los dos casos, tal como está expresamente previsto en el art. 23, tercer párrafo del StGB. Esta disposición prevé, para estos casos, la posibilidad de una exención o una reducción de pena, es decir, presupone su punibilidad básica. Algunos autores, con-

---

[114] En este sentido, cfr. la argumentación de ALCÁCER a favor de la teoría de bienes jurídicos en "Los fines del Derecho penal...", p. 543 y ss. Esta diferencia es fundamental. Así, aunque considere que el concepto "bien jurídico" podría ser reemplazado directamente por los principios constitucionales, DUBBER recomienda su introducción en el Derecho norteamericano, pues posibilitaría un análisis crítico y serviría de pauta para el legislador y los tribunales; p. 506 y ss., 516 y s.

[115] ROXIN, "Problemas actuales...", p. 24. Muchos defensores de la teoría de bienes jurídicos exigen, sin embargo, la "inconstitucionalidad" de toda ley penal que no proteja bienes jurídicos; ver MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 81; Gonzalo FERNÁNDEZ, p. 6 y ss., 293. ROXIN afirma que, por ahora, el principio de "bienes jurídicos" solamente está dirigido, como regla de política criminal, al legislador; no vincula al Tribunal Constitucional, si bien este podría basarse en un atentado contra el principio de bienes jurídicos para declarar la inconstitucionalidad de una ley penal; ver "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 42 y s., n. marg. 93.

[116] También la parte general del Proyecto Alternativo de penalistas alemanes de 1966 tenía en su art. 2 una disposición similar: "Las penas y las medidas de seguridad sirven para la protección de bienes jurídicos y la reinserción del autor en la comunidad jurídica".

[117] He tratado este tema en otro lugar a propósito de leyes de emergencia extremadamente draconianas durante el régimen fujimorista en 1998. Ver "Comentarios a la ley contra los delitos agravados", Revista "Cathedra", UNMSM, N° 3 (1998), p. 113 y ss.

secuentemente con el principio de lesividad, abogan por la impunidad de lege lata pues, aunque en tales conductas existiera un "desvalor de la acción", el "desvalor del resultado" nunca habría estado presente y ni siquiera se habría producido una "peligrosidad" para el objeto del bien jurídico[118]. Pero la mayoría afirma, con diversas argumentaciones, que estos casos se situarían en el límite todavía admisible de "libre configuración" del legislador[119]. Bajo la distinción entre "bien jurídico", "objeto de protección" y "objeto de la acción" es ciertamente difícil sustentar la existencia de una "afección" siquiera leve al bien jurídico, pues el "objeto de protección" nunca ha corrido peligro alguno; solamente podría admitirse una "conmoción" por el inicio del ataque del autor hacia un "objeto de la acción". Es cuestión de política jurídica del legislador[120] decidir si todos los supuestos de "tentativa inidónea" o siquiera algunos de ellos deberían ser punibles, y si al aceptarse la punibilidad, cómo debería darse la medición de la pena en cada caso en relación con la tentativa idónea.

---

[118] JESCHECK/WEIGEND, resaltando la impunidad prevista en el art. 15, tercer párrafo, del CP austriaco, 532; con especial énfasis resaltando la incompatibilidad de la punibilidad de la tentativa inidónea con un "Derecho penal del hecho", STRATENWERTH/KUHLEN, p. 247 y s., n. marg. 60 y s.; ROXIN, "Strafrecht AT" tomo 2, p. 454, n. marg. 369; en: "Dogmática penal y política criminal", p. 265 y s.; también críticamente en "Das strafrechtliche Unrecht...", p. 942 y s.; BLOY, c. más refs. y aunándose a la crítica al legislador, p. 109 y s. Mayoritariamente se reducen los alcances de la punibilidad de lege lata distinguiendo según si la "grave incomprensión" se hubiera producido por errores "nomológicos" (sobre leyes naturales) o por errores "ontológicos" (sobre hechos); solo en los primeros se trataría de grave incomprensión y, de lege lata, solo para estos sería aplicable el art. 23, tercer párrafo StGB; ver ROXIN "Strafrecht AT", tomo 2, p. 454 y s.; también BLOY, aunque relativizando las fronteras entre ambos tipos de incomprensión, c. más refs. y ejs. p. 103 y ss. Para los casos en los que cualquier persona con una experiencia promedio hubiera considerado una falta de peligrosidad de la tentativa, hay consenso en que la "exención de pena" del art. 23, tercer párrafo, debe darse siempre; ver STRATENWERTH/KUHLEN, p. 248, n. marg. 61. Ver también ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, p. 421, n. marg. 18.

[119] Sobre las distintas posiciones consúltese BLOY, para quien la tentativa "inidónea" por "grave incomprensión" contendría el mínimo de injusto penal en el sentido de un "ataque al bien jurídico que perturba la paz social"; ver c. más refs., p. 76 y ss., 107 y ss., 111. ROXIN considera "defendible", aunque no obligatoria la punibilidad de la "tentativa inidónea", tal como la ha previsto el legislador alemán; ver "Strafrecht A. T.", tomo 2, p. 334, n. marg. 6, p. 445 y ss., esp. n. marg. 369 y s.; y en: "Dogmática penal y política criminal", p. 265 y s.; insistiendo con más énfasis en la derogación de la punibilidad de la tentativa inidónea, en "Das strafrechtliche Unrecht...", p. 942 y s. LAMPE admite que sería imposible justificar la punibilidad de la tentativa inidónea desde la "lesión o puesta en peligro" de bienes jurídicos; por eso, según él, su fundamentación penal radicaría en que el autor habría creado una "relación asocial" con el bien jurídico, que es "desvalorada"; ver "Gedanken zum...", p. 82 y s. BLOY considera que entre esta doctrina y la suya no existirían diferencias objetivas; ver ibídem, p. 107, nota 112. Ver también un reciente análisis de Derecho comparado y de las propuestas alemanas, en JUNG, p. 939 y ss.

[120] En realidad, como resume BLOY, podría, por política jurídica, incluso ponerse en tela de juicio la punibilidad de toda la "tentativa inidónea", pero –según él– ello no dependería de la teoría de bienes jurídicos (que él defiende) sino de cuánta necesidad de pena tengan los hechos "racionales" (o cuánta relevancia comunicativa tengan para la realidad social), y por lo tanto, en última instancia, de cómo conceptúe el Derecho al ser humano: pleno de racionalidad o con un cierto contenido de irracionalidad; solamente en el primer caso (que el autor no comparte) sería insostenible, bajo todo punto de vista, la punibilidad de la "tentativa inidónea"; en el segundo caso, la impunidad solamente sería sostenible cuando, bajo una evitabilidad de la desorientación del autor, que todos los demás puedan reconocer con cierta facilidad, se alcance el nivel de "irrelevancia social"; ver, c. más refs. sobre la posición a favor de la impunidad total, p. 110. Ver las distintas soluciones propuestas en la doctrina alemana en JUNG, p. 948 y ss.

Por cierto que tal tentativa es impune ya de lege lata en muchas legislaciones como la española, la peruana, la austriaca, etc.[121]

f) La vinculación de la protección de bienes jurídicos no solamente puede sino incluso debe hacerse con la Constitución, siempre que esta sea entendida como una de un Estado social y democrático de Derecho. La supuesta *falta de concreción* que derivaría de esta vinculación no es tal pues tampoco puede esperarse que ésta "fije" una lista inmóvil de bienes cuando lo que se quiere es, más bien, que tal lista esté abierta a desarrollos futuros.

g) No es cierto que la *protección penal de nuevos intereses sociales*, que no puedan ser reconducidos directamente a la vida humana (p. ej. la protección del embrión, de los animales, del medio ambiente, etc.), no pueda fundamentarse con la teoría de bienes jurídicos. Aquí más que el abandono de la tradicional visión antropocéntrica para incluir la protección de estos intereses junto a la protección de bienes jurídicos[122] es posible y aconsejable replantear el concepto de "bien jurídico" para integrar dentro de él estos intereses que, en buena cuenta, también importan al individuo y a la sociedad (ver más abajo en 3)[123].

Veamos, a continuación, si existen concepciones modernas que puedan ofrecer mejores soluciones que la teoría de la "protección de bienes jurídicos".

2. La renuncia al "principio de lesividad"

No es nueva la idea de renunciar a la teoría de bienes jurídicos y querer reemplazarla en todo o en parte por otras formulaciones de la tarea del Derecho penal, en especial por la protección de "deberes". Así, ya para BINDING el "núcleo" de la lesión del bien radicaba en la "desobediencia" (Ungehorsam)[124]; y el mismo GALLAS, en sus primeras publicaciones (durante la época nacionalsocialista) afirmaba que, frente a las consideraciones funcionales de la teoría de bienes jurídicos, tendría preeminencia una "valoración ética de la lesión

---

[121] BUSTOS destaca que es consecuente la impunidad de la tentativa inidónea (y la de los delitos de peligro abstracto), pues en ello no habría lesividad o "desvalor del resultado"; ver "Política criminal e injusto", p. 140 y ss. También, en este sentido, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN sostienen una concepción unitaria para todo tipo de tentativa que admite la punibilidad solamente desde una perspectiva "objetiva" (peligrosidad de afección del bien jurídico enjuiciada ex ante por un observador imparcial), p. 423 y ss.

[122] Así STRATENWERTH, cuyas propuestas se exponen y analizan más adelante (punto 3); ver "Zukunftssicherung...", p. 685 y ss.; "'Wahres' Strafrecht?", p. 377 y s.

[123] Así SCHÜNEMANN, recientemente reafirmándose en su conocida posición, defiende un bien jurídico "medio ambiente" basado en un modelo humano de "homo oecologicus" y que merecería una amplia protección, "Brennpunkte...", p. 358 y ss.; aunándose a este, ROXIN, aunque prefiriendo una ponderación, según el caso concreto, entre los intereses individuales de las generaciones actuales y los intereses de las generaciones futuras, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 29 y ss., n. marg. 51 y ss., esp. n. marg. 58.

[124] BINDING, p. 96 y ss.

del deber"[125]. WELZEL hacía pasar a un segundo plano la idea de protección de bienes jurídicos pues, en primer lugar, estaría la protección de "elementales deberes ético-sociales"[126]. Y en épocas más recientes, AMELUNG prefiere construir una teoría de la "dañosidad social"[127].

Estas posiciones son ya ampliamente conocidas y puede decirse que forman parte de la tradicional opción de rechazo a la teoría de bienes jurídicos que ha sido expuesta en el análisis previo. Ahora interesa buscar nuevas concepciones alternativas a la teoría de bienes jurídicos. En ese sentido, se analizarán, a continuación, de manera resumida, dos de las más recientes tendencias que, por lo demás, pueden ser tenidas como representativas de la "influencia" del pensamiento sociológico y económico en el Derecho penal: el "normativismo radical" (conocido también como "funcionalismo sistémico") y el análisis económico del Derecho[128].

2.1. El normativismo radical de JAKOBS

2.1.1. Conceptos fundamentales de la teoría de JAKOBS

Günther JAKOBS somete a una revisión crítica todo el Derecho penal y reformula prácticamente todas las categorías a partir de su idea rectora: la misión del Derecho penal no consistiría en la protección de "bienes jurídicos", sino en la protección, con más exactitud, en la "estabilización" de las "normas" vigentes en una sociedad de "personas". Con esto, JAKOBS, a diferencia de otras teorías conocidas (entre ellas del "normativismo moderado" de Roxin) quiere basar la dogmática penal en lo puramente funcional, o sea,

---

[125] GALLAS, "Zur Kritik der Lehre...", 52 y ss.

[126] WELZEL, p. 14 y ss.

[127] AMELUNG, "Rechtsgüterschutz...", p. 330 y ss.; últimamente también en "Der Begriff des Rechtsguts...", p. 155 y ss.

[128] También se puede incluir dentro del grupo contrario, o por lo menos relativizador, de la teoría de bienes jurídicos a la escuela "neoidealista" alemana reciente pretende una limitación del poder punitivo del Estado directamente de los derechos de libertad; o sea concibe la tarea del Derecho penal como la protección de "derechos subjetivos"; ver al respecto el desarrollo de KÖHLER, "Strafrecht A. T.", p. 9 y ss., 20 y ss. En esto, esta escuela muestra una coincidencia notable con el "normativismo radical" en cuanto a que ambas posiciones implican un alto grado de abstracción que prescinden de lo "empírico". Para ambos, la pena siempre busca la "restitución de vigencia" de algo "alejado de la realidad de la pena": las "normas", para los normativistas; las "relaciones jurídicas", para los subjetivistas; ver la crítica de LÜDERSSEN, quien por lo demás declara que ambas posiciones serían incompatibles con el ordenamiento constitucional vigente, "Das moderne Strafrecht", p. 99, columna derecha. Desde un análisis constitucional, también existe una doctrina alemana importante que descarta la importancia de la teoría de "bienes jurídicos" en la legislación criminal, pues en la "prohibición de conductas" la ley penal no se distinguiría de las otras legislaciones (todas tienden aquí a limitar libertades), sino solamente en las características propias de la "pena", la cual sí necesitaría una legitimación especial (proporcionalidad de la grave limitación de la libertad), LAGODNY, 84 y ss.; BÖSE, c. más refs., p. 90 y ss. Más refs. sobre posiciones que restan importancia a la teoría de bienes jurídicos pueden encontrarse en SCHÜNEMANN, "Das Rechtsgüterschutzprinzip...", p. 133, nota 1.

en los *fines del sistema social*. Según él, como el Derecho penal es parte de *un sistema social*, su entendimiento debe servirse de conceptos y conocimientos provenientes de este sistema social y de la función de la normatividad jurídica (perspectiva externa); los conceptos exclusivamente penales (perspectiva interna) serían insuficientes[129]. El Derecho y el Derecho penal pasarían así a ser sistemas *autorreferentes* que estarían libres de constataciones empíricas y de valoraciones externas al sistema jurídico. Por cierto que la relación entre el Derecho penal y la sociedad no sería unilateral. El Derecho penal y la sociedad estarían vinculados en una relación de interdependencia: la sociedad podría exigir al Derecho penal que asimile nuevos problemas sociales, mientras el "sistema jurídico" no alcance la complejidad adecuada (con lo que el DP quedaría ampliamente "abierto" a la creación de nuevos tipos penales), pero el Derecho penal también podría incidir en la sociedad para recordarle que deben respetarse determinadas máximas indisponibles[130]. Pero con esto se agotaría la función del Derecho penal; este no debería ni podría ir más lejos. Es decir, el Derecho penal no podría constituir la base de una "revolución social", aunque, como parte de la sociedad tampoco podría ser degradado a un "mero lacayo"[131].

La "sociedad"[132] misma se basaría en la existencia de un *contexto de comunicación* mediante "normas" (y no mediante "estados" o "bienes", los cuales solamente serían "reflejo de la norma"). Luego, para que la sociedad subsista, el "contexto de comunicación" debería ser mantenido igual frente a modelos divergentes[133]. Y esta protección del "contexto de comunicación", o sea de las normas que lo configuran, se daría, entre otras formas, mediante el Derecho penal. Desde luego que la *protección de normas* no se dirigiría a todo tipo de ellas, sino solamente a aquellas que necesitaran una "estabilización especial" por no estar suficientemente aseguradas por vía cognitiva: las normas

---

[129] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 22 y s., 38.

[130] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 23 y s.

[131] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 24.

[132] El concepto "sociedad", según JAKOBS, no debería entenderse de manera absoluta, pues ella se constituiría recién dentro de un "Estado" (que es el que administra la pena pública) como una unidad con un ordenamiento normativo, determinando quién es miembro de esta sociedad en función de una serie de criterios (en especial, ciudadanía y territorialidad). Luego, solo para estos "miembros" de la sociedad constituida en Estado regirían las normas que lo conforman; y estas normas regirían en la medida en que los miembros vivan de acuerdo con ellas; si no fuera así, no habría legitimidad penal. Ver "Bases para una teoría funcional...", p. 71 y s. JAKOBS ofrece como ejemplos: el intento de crear un Tribunal Internacional de protección de Derechos humanos en una comunidad internacional que no vive de conformidad con un orden normativo respetuoso de los Derechos Humanos, y el juzgamiento penal, por parte de la República Federal Alemana, de violaciones a los derechos humanos cometidos en la extinta República Democrática Alemana; ver ibídem, p. 73 y s.

[133] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 25.

constitutivas de la sociedad. Estas normas se caracterizan por no estar dadas previamente, o sea serían "hechas" (elaboradas), tendrían carácter contingente. Pero también se caracterizan por ser disponibles subjetivamente (desde la perspectiva del autor, no puede probarse que sea preferible el que las cumpla) y por ello (para evitar esta disponibilidad) deberían ser estabilizadas; su vigencia debería garantizarse, a través de una sanción(134). A diferencia de estas normas, hay otras pertenecientes al mundo racional que todos "conocen" y, mayoritariamente, aceptan (p. ej. las provenientes de las ciencias naturales). Estas normas no necesitarían "estabilización" alguna (mediante protección legal), pues, en caso de no ser aceptadas, el sujeto estaría declarando así su "incompetencia" y sufriría las consecuencias "naturales" que acarrea su inobservancia (caída de una casa, no producción de la lluvia invocada por la brujería, etc.).

En el proceso de comunicación intervendrían solamente *personas* que, según la terminología empleada por JAKOBS, son distintas de los "individuos". "Personas", en el sentido jakobsiano, son quienes porten "roles sociales" derivados de los deberes y derechos propios del mundo normativo. Entonces, solamente estas "personas" serían reconocidas como "ciudadanos plenos", pues tendrían "competencia" para *comunicar normativamente*. El "individuo", en cambio, no tendría roles sociales, no sería "ciudadano pleno" y, por lo tanto, no podría "comunicar" normativamente(135). El "individuo" no podría transmitir a otro directamente su "subjetividad" sino solamente lo podría hacer a través de "manifestaciones", es decir, de manera "objetivada".

Una vez asignados los roles, existiría la *expectativa normativa* de que las personas cumplan con ellos, no los quebranten ni traten de asumir otros roles que no les competen. Si no fuera así, el Derecho debería "estabilizar el sistema" y reafirmar la vigencia de la norma; es decir, mantener la expectativa imputando el curso perturbador al responsable(136). En el Derecho penal, la "imputación objetiva" permitiría definir específicamente cuándo se ha producido una "defraudación de expectativas", o sea cuándo la persona ha quebrantado su rol(137).

En otras palabras, y de manera general, dentro de una sociedad sus miembros se "comunican" entre ellos. Pero esta *comunicación* podría darse de dos formas según la realicen individuos (comunicación instrumental) o "perso-

---

(134) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 25 y s., 154 y s., respectivamente.

(135) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 38 y ss.; "Sobre la normativización...", p. 16 y ss.

(136) Cfr. JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 18 y ss., 20 y s.

(137) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 40.

nas" (comunicación personal o normativa)[138]. Solo este último tipo de comunicación sería, en realidad, el que interesaría al Derecho penal, entendido de manera estricta, pues solamente en este caso se podría hablar de "personas" como destinatarias del Derecho penal. Por el contrario, en la "comunicación instrumental", los individuos actuarían solamente conforme al esquema satisfacción/ insatisfacción, esquema según el cual ellos se consideran a sí mismos como "centro preferencial" y por lo tanto no "comunican" normativamente. Solamente en la "comunicación personal" el sujeto aceptaría "normas" para la comunicación con los otros, y por lo tanto se concebiría a sí mismo también a través de estas normas. Luego, únicamente la "comunicación personal" podría dar lugar a "expectativas normativas" que son la base del funcionamiento del sistema social. Esto no supondría, por cierto, que en una sociedad no puedan existir (coexistir) ambos tipos de comunicación; ello puede ocurrir de distintas maneras; es más, en una sociedad que exacerbara la "pluralidad" se tendería cada vez más a la "comunicación instrumental", con lo cual nos convertiríamos cada vez más en "elementos de la naturaleza" (salvajes)[139]. Para tales casos, concluye JAKOBS, la sociedad debería tender a proteger el sistema de "comunicación normativa" mediante la introducción de reglas específicas contra los sujetos que la amenazaran y que no sean accesibles más que a una "comunicación instrumental" (*Derecho penal del enemigo*).

A partir de las bases metodológicas expuestas, JAKOBS desarrolla consecuentemente su análisis del Derecho penal, llegando a conclusiones que, en parte coinciden (aunque con otra terminología) con la doctrina dominante y, en parte, chocan frontalmente con ella[140]. En concreto, en lo referente a la tarea del Derecho penal, JAKOBS es tajante: el Derecho penal debería limitarse a garantizar el "funcionamiento" de una sociedad gobernada por "normas"; o sea, en el Derecho penal estaría en juego, en primer lugar, la *protección de normas sociales* y no la protección de "bienes jurídicos"[141].

2.1.2. Crítica a JAKOBS

Aparte de las posibles críticas a la teoría social de JAKOBS y a sus contradicciones con la teoría penal que postula[142], para lo que aquí interesa, sola-

---

[138] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 48 y ss.

[139] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 49.

[140] Ver más detalles de la teoría de JAKOBS y más refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "¿Normativismo radical o normativismo moderado?", p. 30 y ss. [en este libro: p. 217 y ss.]

[141] Ver JAKOBS en "Strafrecht. A. T.", p. 35 y ss.; "Sobre la normativización...", p. 69 y ss.; "Bases para una teoría funcional...", p. 25, 34 y ss."; "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus...", p. 849 y ss.

[142] Así KARGL ha destacado que el entendimiento de "sistema autopoiético" y de "comunicación" de los cua-

mente se van a considerar dos grupos de objeciones: el primero referido a las consecuencias político-criminales del reemplazo de la protección de bienes jurídicos por la protección de normas; el segundo, tratará sobre las consecuencias dogmáticas en la teoría del delito de tal concepción.

1. Lo primero que se suele criticar a JAKOBS es precisamente su *renuncia al principio de protección de bienes jurídicos* pues con ello perdería toda posibilidad "crítica" de las normas penales existentes: norma y bien jurídico no deberían ser desligados, pues la primera debe basar su existencia en el segundo(143). Es más, dado que la "norma" no puede ser nunca considerada por sí misma, como algo "valioso", sino como creación del poder para limitar la libertad de sus destinatarios, siempre se debería exigir que justifique la necesidad de su existencia; tal justificación solamente puede obtenerse a partir de la finalidad del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho: la protección de "bienes jurídicos" que directa o indirectamente están relacionados con los intereses de los ciudadanos(144). Por eso se dice que toda teoría que defienda la "exclusiva protección de normas" siempre estará incompleta pues solamente se refiere a la parte sancionadora, no al *porqué* de la norma penal misma; o sea, solamente destaca la "antijuricidad formal" mas no la "antijuricidad material"(145). Y al basarse, de manera exclusiva, en la "fidelidad a la norma jurídica" tiende a prescribir "actitudes internas" aparte de no ser suficientemente "taxativa" como para que en ella se base la imposición de sanciones penales(146). Con ello prescinde de un contexto valorativo pre-

---

les parte Jakobs serían discutibles en cuanto a que no puede renunciarse nunca a la referencia al individuo, pues quien comunica no es la "comunicación" sino los "sujetos"; ver "Kommunikation kommuniziert?", p. 360, 373. Por eso tampoco Jakobs puede evitar recurrir a un sujeto autónomo cuando, en la culpabilidad, toma por referencia a este con el elemento "déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico" y, en última instancia, interpreta la "comunicación" con (algunos) elementos psíquicos (o sea, externos) escogidos ad-hoc por el propio sistema; cfr. PORTILLA CONTRERAS, "Los excesos del formalismo...", p. 856 y s., así como en la nota 29, p. 858 y s. Ver más refs. sobre la crítica a Jakobs en ABANTO VÁSQUEZ, "Normativismo radical...", p. 53 y ss. [en este libro: p. 242 y ss.]

(143) Destacan especialmente esto BUSTOS/HORMAZÁBAL, tomo I, p. 57 y s., tomo II, 27 y s. De manera especialmente enfática dicen: "El bien jurídico (...) aparece como un instrumento de carácter cognitivo y por lo mismo garantista, que permite saber claramente *qué* es lo que se está protegiendo y saber el *porqué* de dicha protección. En esta medida, la teoría del bien jurídico permite un sistema crítico y participativo extensivo a las bases mismas de la sociedad" (tomo II,p. p. 28). Cfr. últimamente también en ese sentido PORTILLA CONTRERAS, "La supuesta crisis...", p. 901 y s.; "Los excesos del formalismo...", p. 856, 858 y s.

(144) Cfr. últimamente MIR PUIG, "Límites del normativismo...", p. 674 y ss., 679, 689; ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 49, n. marg.110..

(145) Cfr. BOTTKE, "Das Straftaterfordernis...", p. 477 y s.; SEHER, c. más refs., p. 41; ALCÁCER, "Los fines del Derecho penal...", p. 539 y s. La consecuencia de esto está en que, al prescindir de un contexto valorativo previo, se pasa a centrar el punto de atención, exclusivamente, en el "deber" y no en el "derecho", lo cual tendría la consecuencia de llevar a un Derecho autoritario por falta de posibilidad crítica; ver, en este sentido, MIR PUIG, "Valoraciones...", p. 79.

(146) BOTTKE, "Das Straftaterfordernis...", p. 478 y s., esp. nota 71.

vio y pasa a centrar el punto de atención, exclusivamente, en el "deber" y no en el "derecho".

No puede sorprender, entonces, que una teoría radicalmente normativa albergue el riesgo de servir a un *Derecho autoritario* por falta de posibilidad crítica[147]: la construcción meramente normativo-funcional de las categorías jurídicas es (conscientemente) extraña a un "control externo", a una constatación empírica. El reconocimiento de lo ontológico y de valores, como base de las normas jurídicas tiene precisamente la finalidad de no dejar desamparado al ciudadano frente a la posible manipulación (históricamente experimentada) del Derecho. Por eso el concepto de "bien jurídico" no es una construcción gratuita que pueda ser reemplazada con la "lesión de la norma", pues solo el concepto de bien jurídico permite controlar al legislador y al intérprete en la formación y la aplicación de las leyes penales. Los ejemplos de Jakobs para sustentar sus críticas a la teoría de bienes jurídicos precisamente no demuestran la debilidad de la teoría de bienes jurídicos, sino al contrario, el potencial crítico de ella (función crítica)[148], pues desvelan precisamente muchos de los casos en los cuales faltaría la lesividad y, por lo tanto, habría incompatibilidad de las leyes vigentes con principios penales y constitucionales.

JAKOBS pretende prescindir por completo de la naturaleza y de la individualidad en su definición de la "sociedad", pues solamente le importaría, de manera "neutral" encontrar lo característico de ella ("describir el funcionamiento comunicativo de la sociedad") para poder luego, también de manera "neutral", proponer reglas jurídicas (penales) adecuadas para su funcionamiento. Entonces, en su concepción aparentemente no interesaría el tema de la legitimación del orden social existente, pues presupone que éste –comoquiera que haya surgido– sería siempre uno que se determine según su utilidad para las preferencias subjetivas; con el sometimiento de los individuos a las tareas grupales (reparto de roles), las reglas se transformarían en "normas" y los individuos en "personas"[149]. Con ello, esta explicación funcional "neutral" sería plausible tanto en una sociedad liberal como en una esclavista o en el Derecho de las Américas o en el sistema de la Alemania comunista[150]. Al Derecho penal solamente le correspondería una función interpretativa hasta el límite de poder evidenciar los alcances de nuevas regulaciones legales y si estas van a tener

---

[147] Cfr. MIR PUIG, "Valoraciones...", p. 79.

[148] Ver últimamente ROXIN en: "Problemas actuales...", p. 19 y ss., 49 y ss.

[149] Ver la exposición de la teoría social de Jakobs en KARGL, "Das Recht der Gesellschaft...", p. 56 y ss., 66.

[150] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 32 y s.

un efecto positivo o negativo desde la perspectiva de las valoraciones previas a ellas; no sería tarea del Derecho penal, sino del Derecho público "decidir" si las regulaciones constituyen una criminalización excesiva o innecesaria o si existiría un vacío de protección(151).

Pero, en contra de lo que afirma el profesor alemán, al dar conscientemente lugar a un "déficit en la explicación de la génesis" y al liberar así al concepto de "sociedad" de la "naturaleza", también consigue "liberar" al Estado de la contradicción y el consenso de los sujetos(152), es decir, con esto se tiende claramente al *conservadurismo*. Aunque sea cierto que JAKOBS mismo no haya propuesto ni busque proponer una concepción autoritaria del Estado, lo cierto es que, debido a sus premisas metódicas, contiene una potencialidad de política criminal autoritaria independientemente de sus intenciones(153). Ello es así porque sus propuestas no son ni pueden ser "neutrales", pues ya su "descripción" inicial del funcionamiento social (como toda teoría de la sociedad) contiene una decisión valorativa, un concepto de "deber ser" escondido dentro del concepto de "función": el "bien", el fin, es concebido como el "mantenimiento del sistema"; su "política criminal" apunta a mantener el "estado actual del deber ser" en el sentido de "optimización de la práctica de reconocimiento normativo"(154). En la opción entre el "individuo" y la "sociedad" como punto de partida del análisis, JAKOBS se decide a favor de esta última, y ni siquiera prevé una teoría del Estado que excluya tendencias autoritarias(155). Proceder así es ciertamente posible en el análisis del "ser", pero,

---

(151) Cfr. JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 33. Según él, el Derecho penal "... es impotente frente a los cambios políticos de valores, y no puede optar a favor de los cambios políticos de valores"; ibídem, p. 34. O también (traducción libre): "El Derecho penal solamente puede preservar una configuración normativa existente, mas no llevar a mejores tiempos", ver en "Das Selbstverständnis...", p. 55.

(152) Cfr. KARGL, "Das Recht der Gesellschaft ...", p. 66.

(153) ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 256; MIR PUIG, "Valoraciones...", p. 79; BOCK, p. 645, 649. ROXIN observa en esto "una entrega del jurista a la discrecionalidad y arbitrariedad legislativa"; ver "¿La protección de bienes jurídicos...?", p. 304; también, criticando la concepción estrecha de "ciencia" en Jakobs y reafirmando la necesidad de desarrollar límites de contenido para la legislación penal a partir de presupuestos de política-criminal, ver "Strafrecht A. T.", p. 50, n. marg. 112.

(154) BOCK, p. 648 y s.; ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 233 y ss., esp. 238 y s.; PORTILLA CONTRERAS, "Los excesos del formalismo...", p. 855 y ss. Este último autor critica a la teoría que Jakobs el haber construido una teoría sobre un ordenamiento que "ha asumido los valores del capitalismo como propios" y que, con ello, proporcionaría incluso una "nueva concepción kantiana" de la ley moral: "la ley no es considerada como dependiente del bien, sino que el bien pasa a depender de la ley"; ver, c. más refs., ibídem, p. 858.

(155) El problema se traslada de la dicotomía individuo-sociedad a la dicotomía "sociedad"-"Estado", pues este último debe ser concebido de tal manera que no desarrolle una dinámica sobredimensionada (sobrerrepresión, Derecho penal simbólico) ni subdimensionada (falta de protección de bienes jurídicos); ver LÜDERSSEN, quien propone para ello una "teoría de la experiencia", "Strafrecht zwischen Funktionalismus...", p. 892 y s.

para poder formular prescripciones de "deber ser" se tiene que ir de la mano con la introducción de límites (a la punibilidad) derivados de criterios axiológicos orientadores; si no se hiciera esto, se caería en el "decisionismo". Por eso se acusa a la teoría de JAKOBS de tender a mantener el statu quo, a ser acrítica y, por lo tanto, reaccionaria(156). Por lo demás, no hay Derecho ni Derecho penal que pueda mantenerse apolítico; estos siempre han servido a algún sistema político. Por eso, el Derecho penal debe optar por un sistema político que proteja al máximo los intereses de los ciudadanos, tal como, por lo demás, suelen exigir las Constituciones de los Estados modernos(157).

Entonces, la teoría de JAKOBS tiende a someter por completo al individuo a las finalidades sociales, pues aunque quiera mediatizar los intereses individuales a través de los sociales (recién la "sociedad" otorgaría las condiciones objetivas para la "subjetividad"(158)), ha dejado ya de aplicar el funcionalismo como mero "método de observación" de un statu quo determinado (el "ser") para representar un "criterio de decisión" (el statu quo como sistema funcional debe ser mantenido)(159). Al definir al "individuo" a partir de la "sociedad", al no asumirlo en su subjetividad, al considerarlo un elemento más del sistema, se produce una identificación con una visión organicista de la sociedad en la cual "... los intereses del individuo son reconocidos en tanto vienen atribuidos por la misma y, por tanto, pueden ser sacrificados –funcionalizados– en aras del interés

(156) ALCÁCER, aunándose a otras voces críticas conocidas, "Facticidad y normatividad...", p. 256 y s.; PORTILLA CONTRERAS, "La influencia...", c. más ref., p. 108; y también últimamente en "Los excesos del formalismo jurídico...", p. 853 y ss. Este último critica al normativismo radical que confunda la "facticidad" con la legitimidad" del Derecho; ver "La supuesta crisis...", p. 901.

(157) Cfr. MIR PUIG, "Límites del normativismo...", p. 675 y ss.

(158) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 27 y ss., 29. JAKOBS advierte que su teoría no debería ser confundida con un modelo social de orientación colectivista o totalitarista; el modelo propuesto sería *neutral*, no estaría atado a un modelo social determinado pues –según Jakobs– pueden ciertamente existir sociedades colectivistas organizadas de manera "funcional" o "disfuncional", como también puede ocurrir ello en sociedades liberales. La "fuerza de autoconservación" del Derecho penal sería irrenunciable. Por ello, una retirada del Derecho penal para dar paso exclusivamente a medidas jurídico-civiles sería inadmisible, pues no solamente revelaría una crisis del ius puniendi sino también de lo público; ver en "Bases para una teoría funcional...", p. 31.

(159) ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 243 y ss., 259. También niegan "neutralidad" a la concepción funcionalista-sistémica de Jakobs, PORTILLA CONTRERAS, "La influencia...", p. 107 y s.; MIR PUIG, "Valoraciones...", p. 78 y s. Esta crítica no tiene por qué rechazar por completo todo análisis sociológico del delito. Como afirma AMELUNG, tras admitir las bondades del "bien jurídico" para el análisis dogmático, no habría contradicción con la Constitución cuando el estudio explicativo de la "dañosidad social" del delito se centra en las normas y los sistemas sociales, pues desde una "perspectiva externa" solamente podría protegerse a las "personas", tras la comisión de un delito, a través de una "reparación simbólica" del sistema estructural construido ya sobre la base de la protección de personas; ver en "Der Begriff des Rechtsguts...", p. 180 y s.

superior de la perpetuación del todo social"[160]. Esta consecuencia es el resultado ineludible de la base metodológica del normativismo radical pues, al prescindirse del "individuo" y de los conflictos entre individuos (que llevan al desarrollo de principios garantistas), solamente llegará a interesar un único sujeto: el sistema[161]. Esto desconoce que lo "normativo" y lo "fáctico" no pueden ser desligados, pues hasta las normas más especializadas, siempre requieren una "base física"; es decir, los "seres humanos". En función de ellos se tiene que construir el Derecho y no para el mantenimiento de las mismas normas. Por eso, también la función del Derecho penal tiene que ir más allá de lo meramente normativo (estabilización de normas) e incidir en lo real (prevenir delitos)[162].

Las críticas al potencial autoritario de la concepción funcionalista radical se han reafirmado y fortalecido contra la reciente propuesta del *Derecho penal del enemigo*. Y es que, al basar el Derecho penal en la distinción entre "individuo" y "persona", entre sujetos que "comunican" y otros que "no comunican" (pese a poder ser, en la terminología tradicional, plenamente "imputables"), se abre la puerta para deducir que un Derecho penal que quiera estabilizar las normas tendría que encontrar alguna respuesta frente a estos últimos. Precisamente por eso JAKOBS ha propuesto desarrollar lo que él denomina "Derecho penal del enemigo", o sea, a diferencia de un "Derecho penal del ciudadano", un Derecho penal con principios "flexibilizados" dirigido a estos sujetos que no participan (voluntariamente) de la comunicación[163]. Las críticas más fuertes acusan a esta concepción de tender a (o incluso "legitimar") un Derecho penal del autor, las más moderadas dicen que sería prescindible su aporte "descriptivo" e insostenible su aspecto "legitimador-afirmativo"[164]. Lo cierto es que, 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

---

[160] ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", c. más ref., p. 240; expresamente rebatiendo la respuesta de Jakobs, p. 243 y s.

[161] Cfr. ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", c. más ref., p. 242.

[162] Cfr. MIR PUIG, "Límites del normativismo...", p. 672 y ss.; SCHÜNEMANN, "Brennpunkte...", p. 354.

[163] Ver especialmente la tesis de JAKOBS en Jakobs/Cancio Meliá. Al respecto, c. más refs., ver ABANTO VÁSQUEZ, "¿Normativismo radical...?", p. 70 y ss. [en este libro: p. 257 y ss.]

[164] Ver las críticas de ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 55 y s. SCHÜNEMANN, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", p. 211 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 84; parcialmente también en ZUGALDÍA ESPINAR, "¿Qué queda en pie...?", p. 111. Más refs. en ABANTO VÁSQUEZ, ¿Normativismo radical...?", p. 74 y s. [en este libro: p. 260 y ss.]; y, con más detalle y refs. en el trabajo de próxima publicación "Derecho penal del enemigo y delincuencia económica" (coordinado por Cancio Meliá en España). Últimamente, PORTILLA CONTRERAS, "Los excesos del formalismo...", p. 860 y ss.

algunos países) no cabe interpretar que el legislador habría optado ya por un "Derecho penal del enemigo" ni menos aún que esto sea legítimo. La definición del "enemigo" siempre resultará arbitraria, pues dependerá de quién lo defina, 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 (todos) los delincuentes económicos no puedan (o quieran) participar de la "comunicación normativa". Solamente si, metodológicamente, se admitiera una distinción entre "sujetos del Derecho" (individuo, persona, enemigo) sería aplicable y hasta "consecuente" la concepción de JAKOBS. Pero a ello se opone, ya por cuestiones de principio, el propio concepto de "persona" que tradicionalmente se maneja en el Derecho de todo Estado de Derecho. Como ha resaltado recientemente MIR PUIG, 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[165].

2. Aparte de estas críticas fundamentales al método del normativismo radical, también pueden sostenerse otras, más concretas, en cuanto a las *pérdidas en el ámbito dogmático-penal* derivadas de la renuncia al concepto de "bien jurídico". Ya se vio la importancia que tiene este concepto a la hora de distinguir entre "delitos de resultado" y "delitos de peligro", así como del análisis de la "tentativa inidónea". Brevemente se pueden añadir otros aspectos cruciales de la dogmática penal[166]:

   a) *Pérdida de protección social* pues, al desvincular el análisis dogmático-penal de los bienes jurídicos se pierde de vista la "lesividad" (y su magnitud) que fundamenta la intervención penal. Esto es particularmente notorio en el tema de la "imputación objetiva", donde se trata de encontrar un equilibrio entre el interés estatal de otorgar seguridad con los intereses individuales de libertad a través del criterio de la "realización de un riesgo no permitido"; mientras más prevalezca el interés estatal, más se tenderá a afirmar esta realización de riesgos en desmedro de la libertad individual, y viceversa: mien-

---

[165] Cfr. MIR PUIG, "Límites del normativismo...", p. 676, nota 32.

[166] Incluso un escéptico de la "función crítica" de los bienes jurídicos como AMELUNG, admite la importancia dogmática del "bien jurídico", pues no solamente contribuye a la interpretación teleológica sino también incorpora la valoración del legislador para la solución de problemas de la parte especial: de él no solamente se desprende aquello que debe ser protegido, sino cómo debe ser protegido. Para esto último se necesita siempre una valoración (p. ej. diferencias cuantitativas de injusto, ponderación de intereses en casos de colisión de deberes, etc.); ver "Der Begriff des Rechtsguts...", p. 156 y ss.

tras más se niega la realización del riesgo, se pierde más el interés estatal de "seguridad"[167]. Esto es algo que no consigue una teoría de la imputación objetiva entendida como criterio de "atribución de competencias", tal como ocurre en la doctrina del normativismo radical. Y también hay menos protección ciudadana en el caso del papel interpretativo de los "conocimientos especiales", a los cuales Jakobs no otorga importancia alguna cuando los tenga un sujeto (persona) que, sin salirse de su rol haya contribuido a la realización de un delito. Esto puede ser correcto desde la perspectiva funcionalista-sistémica, pero no es comprensible desde la perspectiva de protección de bienes jurídicos, pues tales conductas son perfectamente dañosas socialmente. No se entiende por qué deba ser impune tal contribución dolosa a la realización de un delito si constituye una negación a la pretensión de vigencia bienes jurídicos de primer orden como la vida[168].

c) *Pérdida de distinción entre "consumación" y "tentativa"*. Si el delito se constituyera solamente por la desobediencia a la norma el injusto penal debería agotarse ya con el mero "desvalor de la acción" y no se necesitaría del "resultado típico". Pero JAKOBS sí exige la presencia del "resultado" en el injusto consumado[169]. Para él, tal resultado constituiría una "objetivación" (significancia suficiente) del proceso comunicativo, objetivación necesaria para distinguir la "consumación" de la "tentativa". No obstante, si se fuera consecuente con el normativismo radical, ya el "desvalor de la acción" debería interpretarse como una "objetivación" e injusto completo desde la perspectiva de la "infracción de la norma"; exigir todavía un "resultado", una "lesión de bienes" equivale a admitir la afección de bienes jurídicos para fundamentar el injusto[170]. La *tentativa*, e incluso los *actos preparatorios*, podrían ser definidos como "expresión de infracción normativa"; el criterio adicional de "grave puesta en peligro" a través de la "cercanía al tipo" para fundamentar la punibilidad de la

---

[167] ROXIN, "Das strafrechtliche Unrecht...", p. 930 y ss. Desde la perspectiva del "neoidealismo", KAHLO también destaca la relación entre "bien jurídico" e imputación objetiva, concluyendo que esta última precisamente tiene la tarea de fundamentar y proporcionar los criterios con los cuales se pueda aprehender la realidad de "lesiones de relaciones" existentes y no la mera lesión de objetos en el sentido de una causalidad naturalística (causalidad personal de la libertad que lesiona bienes jurídicos), ver 26 y ss., p. 36 y s.

[168] Cfr. ROXIN, "Das strafrechtliche Unrecht...", p. 943; "Strafrecht. A. T.", tomo I, p. 378 y s., n. marg. 57.

[169] ROXIN, "Das strafrechtliche Unrecht...", p. 940 y s.; "Strafrecht A. T."; tomo 2, p. 346, n. marg. 44.

[170] ROXIN, "Das strafrechtliche Unrecht...", p. 941. Por eso BLOY destaca también la importancia de la teoría de bienes jurídicos en el análisis de la delimitación y punibilidad de la "tentativa" y critica la falta de límites que supondría basarse solamente en lo normativo o en elementos méramente éticos; ver p. 107 y s. y nota 114.

tentativa y de los actos preparatorios, aunque en el fondo correcto, es, en realidad, extraño a la propia concepción de JAKOBS, pues tal "cercanía" va más allá de la mera expresividad de la infracción de la norma y tendría que vincularse a "bienes"; algo que precisamente él no quiere aceptar(171).

d) *Pérdida explicativa de los delitos de infracción del deber.* JAKOBS no quiere relacionar la "infracción del deber" con la afección de bienes jurídicos. Pero la mera infracción del deber no puede si no ser un elemento más de la autoría, pues sin la corroboración de un atentado contra un bien jurídico, no se podría explicar por qué tendría que sancionarse penalmente, recurriendo al mismo tipo penal, la participación de los extranei (ellos no pueden infringir deber alguno) en un delito especial (o de infracción del deber)(172).

e) *Pérdida de la delimitación del Derecho penal con otras áreas del Derecho.* Desde un normativismo radical no se puede explicar cuándo una defraudación de expectativas contendría un "injusto penal" o un mero "injusto administrativo", "civil" o incluso una minucia. El mismo problema tiene el concepto funcionalista de culpabilidad en el sentido de "práctica en fidelidad a la norma", pues, al quitarse todo contenido material al principio tradicional de culpabilidad, se pierde la distinción "ética" entre pena, contravención, multa, etc.(173). Por lo demás, el "quebrantamiento de la norma", la "defraudación de expectativas", la "arrogación de roles", etc., no describen algo propio del Derecho penal, sino de cuaquier otra situación extrapenal, e incluso extralegal. Es indudable que una parte del delito puede ser descrita como la "infracción de un deber", pero tal descripción todavía estaría incompleta, en el sentido penal, sin la "realización" de la "infracción del deber" en el sentido de una "afección de bienes jurídicos"; la "infracción del deber" o la "infracción de la norma" por sí solas no contienen una relevancia penal específica(174).

Independientemente de que las tesis de JAKOBS sean compartidas o no, es indudable que sus propuestas han servido para reavivar la discusión sobre temas que se creían, erróneamente, superados. Muchos conceptos, como el

---

(171) Cfr. ROXIN, "Strafrecht. A. T.", tomo 2, p. 346, n. marg. 45; "Das strafrechtliche Unrecht...", p. 942.

(172) ROXIN, "Strafrecht. A. T.", tomo I, p. 50, n. marg. 113; "¿La protección de bienes jurídicos...?, p. 304 y s.

(173) Cfr. BOCK, p. 646.

(174) Cfr. LAMPE, "Gedanken zum materiellen...", p. 81 y s.; AMELUNG, recordando en esto a Binding, "Der Begriff des Rechtsguts...", p. 156 y s.

del principio de protección de bienes jurídicos, habían quedado prácticamente "archivados" pese a que todavía no se habían aclarado una serie de aspectos en su interrelación con la dogmática penal[175].

2.2. El análisis económico del Derecho

2.2.1. Presupuestos generales del análisis económico del Derecho (AED)

El "análisis económico del Derecho" pretende dar explicación a fenómenos jurídicos bajo una orientación exclusivamente económica: la "eficiencia". Según esta concepción, en cualquier área del Derecho siempre se debería buscar la mayor eficiencia económica posible, sea creando reglas jurídicas que la posibiliten o eliminando o modificando las ya existentes, si ellas se opusieran a la aparición o al mantenimiento de tal eficiencia. Previamente, por cierto, se tiene que definir el concepto mismo de "eficiencia" (económica) y tomar un "modelo humano" útil para analizar las conductas de las personas en la sociedad[176]. La "eficiencia alocativa" (o sea la mejor distribución posible de recursos de explotación), según el criterio más usual denominado "Kaldor-Hicks", se produciría cuando un grupo de personas (así sea reducido) obtenga un beneficio económico de tal manera que, además de compensar con ello a los "perdedores", todavía presente un remanente de ganancia económica. En cuanto a los individuos, ellos, en sus interacciones sociales, se conducirían siempre de manera racional, reflexiva, buscando un beneficio (económico) máximo para sí mismas; esto es lo que se conoce como "homo oeconomicus".

En el Derecho penal, también funcionarían los mismos criterios[177]. Según el análisis económico del Derecho, el "delito" sería cometido por un sujeto que siempre trataría de "maximizar sus propios beneficios económicos" (el "homo oeconomicus"). Luego, el delito constituiría una opción entre varias: solamente cuando el delito resultara económicamente más rentable, el delincuente se decidiría por esta opción, aunque para la sociedad ello desemboque en una "ineficiencia". Por eso –concluye esta teoría– la política criminal debería estar orientada a materializar la idea literalmente resumida en la expresión

---

[175] ZUGALDÍA ESPINAR rescata con acierto la contribución de Jakobs a la discusión penal, pero, en mi opinión, va demasiado lejos con su acusación de resentimiento a los dogmáticos tradicionales "ante el hecho de que Jakobs haya desvelado la debilidad teórica, las grandes mentiras, falacias y contradicciones de la Ciencia Penal dominante en la actualidad" en cuanto a los efectos preventivos de las penas. Ver "Seguridad ciudadana...", p. 1132.

[176] Ver las refs. Sobre esto y los demás conceptos que siguen en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 79 y ss.; "Derecho de la libre competencia", p. 45 y ss.

[177] Ver un análisis más amplio y refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 98 y ss.

coloquial de que "el crimen no paga"[178]. Y para ello se deberá prescindir por completo cualquier otro concepto o principio previo que no sea el criterio orientador de la "eficiencia" (económica). La pena tendrá, entonces, que incidir en la "motivación" del sujeto en el puro sentido de una "intimidación" para elevar el "costo" del delito frente a los "beneficios" que el delincuente crea obtener de él. Las variables irían desde un incremento de las posibilidades de descubrimiento y procesamiento de los delitos hasta el incremento de las sanciones (prisión, multa) y otras medidas de la mayor variedad (decomiso de ganancias, medidas contra las personas jurídicas, etc.).

Esta teoría se acerca mucho a la realidad social en el campo del Derecho penal económico. Como ya ha sido destacado por la criminología referida al "delincuente de cuello blanco" y el Derecho penal económico, en los delitos económicos se encuentran una serie de peculiaridades que podrían hacer plausible la aplicación del análisis económico del Derecho: el delincuente económico está plenamente socializado en el sentido tradicional, actúa "reflexivamente", suele motivarse por consideraciones económicas, etc.[179].

2.2.2. Críticas al análisis económico del Derecho

Las críticas más severas se dirigen a un "análisis económico del Derecho" que pretende exclusividad explicativa y aplicación a todo el Derecho (y en particular al Derecho penal), pues ni el modelo humano del "homo oeconomicus" refleja la realidad[180], ni tampoco la búsqueda de "eficiencia económica" puede constituir la base de una sociedad sin caer en incompatibilidades serias con los principios tradicionales de libertad, igualdad y justicia social[181].

---

[178] Ver la exposición de esta tesis, c. más ref., en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 98 y ss.

[179] Ver refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 144 y ss., 201 y s.; también GARCÍA CAVERO, p. 94 y s.

[180] En la doctrina penal se ha sostenido que el individuo moderno podría comportarse, en determinadas situaciones, cada vez más como un "homo oeconomicus". Con esto se quiere justificar un Derecho penal básicamente "simbólico" y con un "gran poder de dirección" en estos ámbitos. Luego, el Derecho penal intervendría aquí para reforzar la "fidelidad normativa" y, en algunos casos, favorecer procesos de aprendizaje; ver KUHLEN, destacando también aquí la "prevención general positiva", p. 364 y s. Pero PRITTWITZ considera errónea la contraposición entre "homo oeconomicus" ("egoístas racionales) y "persona leal al Derecho" (modelo humano del Derecho penal), pues el primero solamente sería una herramienta de reconstrucción de hechos en los cuales puede darse tanto la infracción como la lealtad a la norma. Más bien lo que importaría es que el "hombre" cuando decide "obedecer" (ser fiel) al Derecho, dependería del conocimiento que tenga de que ha cometido una infracción cuando se encuentra en medio de la maraña de prohibiciones que dominaría la "realidad del Derecho penal"; ver p. 286 y s. Esta realidad no ayudaría a fortalecer, sino a reblandecer la "fidelidad normativa". Su decisión a favor de la norma dependería primero de su "actitud general" (satisfacción o no por pertenecer al grupo de los "leales", sea cual fuera el motivo de ello) y, en segundo lugar, su temor a ser descubierto o sancionado y la magnitud de la sanción; ídem p. 287, nota 165 (que en realidad se refiere a la nota 164).

[181] Ver refs. de la críticas en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 89 y ss. "Derecho de la Libre Competencia", p. 45 y ss.

El "análisis económico del Derecho" coincide en mucho con el "normativismo radical" tal como el mismo JAKOBS ha observado[182]. En primer lugar, para ambos el método consiste en partir de la "finalidad" del Derecho penal aunque la fundamentación suene diferente: para JAKOBS, se trataría de las necesidades de funcionamiento del sistema, para el "análisis económico del Derecho" se trataría de la "eficiencia económica" (análisis de costos y beneficios del delito). Pero en esto ambas teorías resultan criticables. Este análisis "a partir de las consecuencias" que sirve de base metodológica al funcionalismo radical y al análisis económico del Derecho no puede ser sino incompleto, tal como ha destacado LAMPE[183], pues para fundamentar el ordenamiento jurídico descuida al "objeto" de la regulación legal (penal) y se preocupa solamente de la "consecuencia": la pena. Al entender que lo único correcto sería lo funcional, se tiende al "utilitarismo"[184]. Un análisis "a partir de las consecuencias" solamente podría justificarse si no se basara exclusivamente en los "fines", si no tuviera en cuenta, junto a ellos, también "principios y garantías individuales"[185], tal como por ejemplo procede ROXIN cuando conscientemente impregna la dogmática penal con aspectos teleológicos y político-criminales para acercarla a la vida diaria, hacerla flexible y justa ante los casos particulares; todo ello sin descuidar los datos lógico-objetivos[186].

Por cierto que JAKOBS hace luego, en otro lugar, un deslinde metodológico con el análisis económico en cuanto a que el modelo de sujeto que este y él emplean sería distinto: el análisis económico del Derecho seguiría anclado en el "mundo empírico" cuando toma como base a un sujeto que funcionaría como un "animal inteligente" bajo el código de satisfacción-insatisfacción (o interés-desinterés en la producción de un acontecimiento o en su ausencia), mientras que lo correcto sería partir del "mundo normativo" y analizar el "cumplimiento" o "infracción" de "deberes"[187]. En tal sentido, sí hay una diferencia, pero esta se encuentra en un lugar distinto a aquel que permite a ambas teorías negar el reconocimiento de intereses superiores vinculantes (bienes jurídicos). No obstante, al prescindir de todo "psicologismo", JAKOBS

---

[182] Ver "Bases para una teoría funcional...", p. 154, nota 29.

[183] LAMPE, "Zur ontologischen...", p. 83 y s.

[184] Ver críticas en este sentido en LAMPE, "Zur ontologischen...", p. 85; PORTILLA CONTRERAS, "La influencia...", p. 104; ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 242.

[185] Destacando así la interrelación entre "racionalidad instrumental" (consecuencialismo) y "racionalidad valorativa" (principialismo), y afirmando que este último debe constituir el "límite" del primero, c. más ref. ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 234 y s.

[186] Cfr. ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 227 y ss., n. marg. 75 y ss., 232 y ss., n. marg. 86 y ss.; ver esp. ibídem, p. 233 y s., n. marg. 89, y , precisando críticas ante el normativismo de Jakobs y sus seguidores, p. 234, nota 112.

[187] JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 15 y ss., esp. 19.

resultaría incluso menos garantista que el análisis económico del Derecho; esta última teoría por lo menos reconoce una "motivación" en el delincuente (aunque reducida a lo económico) y quiere incidir en ella (en tal medida también reconoce una cierta "prevención general", aunque reducida a una "intimidación")[188], mientras el primero no reconoce ya ninguna finalidad al Derecho penal más allá del mantenimiento del sistema.

Pese a todo, JAKOBS tiende a coincidir luego con el análisis económico del Derecho cuando, al querer fundamentar la tarea preventiva de la pena y trazar los límites que esta deba tener para que resulte suficientemente "comunicativa" y procure vigencia a la norma primaria, introduce criterios vinculados con lo psicológico. Así afirma: el "dolor" infligido por la pena "... debe ser tan intenso que el adquirir culpabilidad pueda representarse con carácter general como conducta que genera un saldo de más desventajas que ventajas"; y en esto sí estaría autorizado incidir en la base "cognoscitiva" de los sujetos equilibrando, con el "dolor penal", el daño producido por el autor de modo imputable en tal base cognoscitiva[189]. Y también hay coincidencias fuertes cuando JAKOBS otorga una importancia decisiva a la "dominación del sistema económico" y a la "internacionalización de las instituciones", las cuales exigirían al Derecho penal "conocimiento aprovechable", o sea "efectividad" (en el sentido de dar seguridad a los bienes o mantenerlos) al Derecho penal[190]. Precisamente esta "efectividad" necesaria e inevitable llevaría a la creación (propuesta por él) de un nuevo ordenamiento jurídico-penal que prevea, junto a un "Derecho penal del ciudadano" un "Derecho penal del enemigo"[191]. Aquí es innegable la preponderancia que adquiere una "efectividad" con contenido económico a costa de la subordinación de los principios protectores del individuo; la preponderancia de la "efectividad" también es exigida por los partidarios del Derecho penal económico (y criticada por ello) bajo el postulado de la "eficiencia económica".

---

[188] Ver al respecto ampliamente en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 78 y ss.; últimamente Dieter SCHMIDTCHEN ha tratado de fundamentar el "análisis económico del Derecho" para el área penal y su supuesta compatibilidad con los principios constitucionales; ver en "Prävention und Menschenwürde", en Libro-Homenaje a Ernst-Joachim Lampe, Berlín, 2003, p. 245 y ss.

[189] JAKOBS, "Acerca de la normativización...", p. 55 y s., 71; "Strafrecht A. T.", p. 13.

[190] JAKOBS, "Das Selbstverständnis...", p. 49.

[191] JAKOBS, "Das Selbstverständnis...", p. 53 y s. De manera particularmente clara y rotunda afirma JAKOBS (traducción libre) su entendimiento de la situación actual, de la influencia de la economía y del papel modesto que le quedaría a la ciencia penal en este proceso. Si la ciencia penal –dice él- no quisiera reconocer un "Derecho penal del enemigo", "... debido a su inefectividad, se verá marginalizada por la sociedad dominada económicamente. Si ella quiere tratar por igual todo lo que circula bajo el nombre de 'Derecho penal', está capitulando con su capacidad de distinción frente a la política, o sea se abandona a sí misma. Luego, a la ciencia penal –que no puede determinar la meta del viaje de la sociedad– le queda la tarea de, por lo menos, poner nombre a las direcciones que se están siguiendo"; ver ibídem, p. 54.

El análisis económico del Derecho, en su línea radical, tampoco consigue mejores resultados (en el sentido de garantismo) que el normativismo radical. En su obsesión por conseguir "eficiencia económica", el Derecho penal llegaría a quedar desprovisto de todo límite garantista tal como tradicionalmente preocupa a un modelo humano basado en principios. Las consecuencias de esto son evidentes. Ante la necesidad de una mayor eficiencia del Derecho penal, en el sentido de un máximo de "intimidación" al delincuente (intimidable) para que este deje de cometer delitos, no tendrían asidero (salvo que demuestren por sí mismos "eficiencia") los principios tradicionales de "mínima intervención", "legalidad", "humanidad de las penas" y "proporcionalidad"; y, por otro lado, perderían su función las distinciones tradicionales (y las consecuencias jurídicas) de figuras como el "dolo" y la "imprudencia", la "tentativa" y la "consumación", etc.[192].

Por eso, últimamente ya no se defiende esta tesis radical del análisis económico del Derecho y se reconoce la preexistencia de una "base constitucional" de la sociedad; es decir, el análisis económico tiene que respetar la existencia de valores, intereses, etc., vigentes en una sociedad determinada, para luego estudiar (económicamente) las posibilidades de optimizarlos. Esta es una posibilidad que puede dar frutos en el estudio de áreas del Derecho donde los sujetos se comportan precisamente como un "homo oeconomicus" y donde lo que se busca es una mejor "distribución de recursos" en aras de un incremento del bienestar general; es decir: en el Derecho (penal) económico[193].

3. Nuevos desarrollos sociales y tecnológicos y "teoría de bienes jurídicos"

Constatada la necesidad de una teoría de "bienes jurídicos" en el Derecho penal, falta todavía por aclarar si, como reclaman algunos autores, esta teoría sería insuficiente para explicar la protección de algunos intereses sociales modernos; y si para estos debería, más bien, desarrollarse una *fundamentación adicional*.

Los detractores de la teoría de bienes jurídicos argumentan (entre otras cosas) que, por un lado, determinados grupos de conductas graves contra intereses sociales importantes no podrían ser satisfactoriamente controlados fuera del Derecho penal y, por otro lado, que dentro del Derecho penal estas conductas no podrían ser suficientemente tratadas sin tener que relativizar los principios tradicionales o, incluso, sin renunciar a ellos. Esto ocurriría en

---

[192] Ver c. más refs. Sobre la crítica en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 99 y ss.

[193] Esta conclusión la sostuve ya anteriormente. Ver, c. más refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 101; "El Derecho de la Libre Competencia", p. 49 y ss., 58 y ss.

el área de los "delitos contra el medio ambiente" (si no se los considerara ya dentro de los delitos económicos), en los delitos de "manipulación genética" y, en general, en los delitos económicos.

Sin embargo, se puede decir, de manera general, que la respuesta penal ante el fenómeno supuestamente nuevo de la aparición de una *sociedad de riesgos*(194), y de un *Derecho penal del riesgo*(195) reflejo de aquella, sí puede darse sin necesidad de renunciar al principio de protección de bienes jurídicos ni a los principios tradicionales(196). Así, en lo que se refiere a la creación de nuevos tipos penales para proteger nuevos bienes jurídicos relacionados con el "funcionamiento" de instituciones económicas, siempre se ha discutido si ello sería legítimo para un Derecho penal de Estado de Derecho o si implicaría una ruptura con el principio de subsidiaridad y de mínima intervención. 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 tipos de peligro abstracto-concreto, de aptitud)(197). Y en esto prácticamente todos concuerdan en que no puede mantenerse, para la vida moderna, un concepto de bien jurídico y un "principio de subsidiaridad", tal como se entendía en la Ilustración; la vida moderna exige que estos conceptos sean replanteados para afrontar las nuevas formas de ataque contra la pacífica coexistencia en sociedad (ver al respecto

---

(194) El concepto mismo de "sociedad de riesgos" es discutible, pues ha sido empleado para englobar todo tipo de "riesgos", tanto los ya conocidos como algunos modernos. Por eso, KUHLEN reduce los riesgos "modernos" a aquellos peligros de gran magnitud derivados de los avances en la tecnología atómica, la química y la genética, que tienen el potencial de producir la autodestrucción de la especie humana; pero esta "reducción" precisamente no permite la generalización para toda una categoría de sociedad y Derecho penal "del riesgo"; ver así KUHLEN, p. 360 y ss.

(195) También hay confusiones a la hora de emplear el concepto "Derecho penal del riesgo". A veces se vincula con él, de manera general, al Derecho penal que quiere contrarrestar "grandes riesgos" de la vida moderna, pero otras veces se le identifica con un mero "Derecho penal simbólico" o un "Derecho penal director de conductas" hasta llegar a referirse, con este concepto, a un legítimo Derecho penal "minimizador de riesgos a bienes jurídicos"; ver al respecto KUHLEN, p. 357 y ss.

(196) Ver ROXIN, c. más refs., "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 34 y ss., n. marg. 68 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 individuales), HEFENDEHL, "Kollektive Rechtsgüter...", p. 164 y ss.; KUHLEN, p. 361 y ss.; DE LA CUESTA AGUADO, c. más ref., "Sociedad tecnológica y globalización...", p. 24 y ss., 50 y s.; ZUGALDÍA ESPINAR, "¿Qué queda en pie...?", p.112 y ss. Igualmente, aunque desde una perspectiva limitadora de la intervención punitiva (Escuela de Fráncfort), ver últimamente HERZOG, 249 y ss.; ampliamente y respondiendo a la crítica, PRITTWITZ, 259 y ss.; MUÑOZ CONDE, p. 568 y ss., 572.

(197) Concretamente en el campo del Derecho penal económico, esta posición es defendida, aunque con matices en cuanto a la identificación de "bienes jurídicos económicos" necesitados de protección penal, por MARTÍNEZ-BUJÁN (por lo menos en su parte general aún vigente), "Derecho penal económico", p. 26 y s., 90 y ss., 100 y s.; TIEDEMANN, p. 52 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 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, p. 61 y s., 54 y ss., esp. 67 y s.

arriba 1.2)[198]. Luego, las peculiaridades de los delitos económicos han llevado solamente a que se les estudie por separado en una parte general y una parte especial del Derecho penal económico[199], sin que ello implique el reconocimiento de algo básicamente distinto del Derecho penal, pues también para los delitos económicos se aplican los mismos principios garantistas. Así, en el campo del Derecho penal económico si bien también rige el principio de subsidiaridad, se discute si debería ser aplicado de forma tan estrecha como en el núcleo del Derecho penal: para los agentes económicos podría parecer una intervención administrativa, basada en regulaciones muy complejas y burocráticas, y reforzada con sanciones de mayor entidad económica que las penales, incluso más graves que una intervención penal[200].

En cambio, el sector más radical de la teoría de los bienes jurídicos, agrupado bajo la llamada *Escuela de Fráncfort*, exige reducir el Derecho penal a un "núcleo" constituido, sobre todo, por los delitos violentos, mientras que lo "nuevo" debería formar parte de un "Derecho de intervención" (Hassemer)[201]. También Walter KARGL llega a una posición similar, aunque a partir de una fundamentación social-psicológica del Derecho y de un entendimiento de la "lesión" en un sentido similar al aquí defendido. Para este autor, la tarea del Derecho penal debe ser entendida como "aseguramiento", "apoyo", "refuerzo" de expectativas generalizadas simbólicamente en normas que contienen la pretensión valorativa de bienes jurídicos basados en la persona y la moral[202]. Este aseguramiento no se vería aminorado cuando la expectativa se vea defraudada mediante un delito, pues al Derecho no le interesaría la "rea-

---

[198] ROXIN, "Problemas actuales...", p. 43 y ss.; también, c. más ejemplos., "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 29 y ss. A igual conclusión llega ZUGALDÍA ESPINAR, "¿Qué queda en pie...?", ver p. 123. En la 3ra. edición de su manual, ROXIN admitía incluso la posibilidad de "una cierta relativización del principio de protección de bienes jurídicos" para el siglo XXI ("Strafrecht A. T.", tomo I, p. 22, n. marg. 33); ahora, coincidiendo con Schünemann, simplemente se refiere a una ampliación del concepto para abarcar los nuevos intereses que surjan en el futuro (ibídem, 4ta. ed., p. 31, n. marg. 58).

[199] MARTÍNEZ-BUJÁN, "Derecho penal económico", p. 21 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 23 y s.; GARCÍA CAVERO, p. 9.

[200] Tesis sostenida por TIEDEMANN desde antigüo y discutida últimamente por ROXIN pues dependería del juicio que se haga sobre la "gravedad" de la intervención penal (en especial: las desventajas sociales de una condena); ver "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 47, n. marg. 102.

[201] SCHÜNEMANN critica a la Escuela de Fráncfort, 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. Sobre esta teoría y las críticas ver las refs. arriba en las notas 14, 15 y 17. Desde la perspectiva del Derecho penal económico ver las críticas acertadas de MARTÍNEZ-BUJÁN, "Reflexiones...", p. 92 y ss., 106; CORCOY BIDASOLO, p. 25, 28 y s. 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 (p. 249 y ss.) y PRITTWITZ (p. 259 y ss., 284 y s.).

[202] Cfr. KARGL, "Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz", p. 60 y ss.

lización de la expectativa" (algo que sí buscan las teorías preventivas mediante su finalidad de "dirección de conductas"[203]) sino solamente el "refuerzo" de esta expectativa: el ciudadano confía (espera) que los demás van a respetar sus bienes. Y este sistema institucionalizado de expectativas solamente prometería éxito cuando se cumplan con tres requisitos fundamentales: la previsión y descripción de conductas que defraudan expectativas y sus consecuencias, la previsión de un portador de la acción a quien se le van a aplicar estas consecuencias, y la fijación de las expectativas (y defraudaciones) de tal manera que no vayan a ser contradichas en el futuro. Como el conocimiento de las "expectativas normativas" que van a ser declaradas como injusto tiene que orientarse en hechos pasados, se produciría así la garantía de evitar la arbitrariedad estatal (no se puede reprimir la mera "peligrosidad", pues ella se basa en hechos futuros) y la intervención penal en la "sociedad de riesgos"[204]. La lista de expectativas (bienes jurídicos) que el Derecho penal protege y que, con seguridad, va a seguir protegiendo debería, entonces, limitarse a aquellas referidas a la protección contra ataques violentos dolosos a la vida, el cuerpo, la libertad y la propiedad[205].

Las consecuencias obvias de estas posiciones desembocan en que se tendrían que despenalizar amplias áreas del Derecho penal vigente, como, p. ej. el "Derecho penal económico". Pero la doctrina dominante las ha rechazado pues ha considerado, con justicia, que son ingenuas. Y es que exigen la despenalización de conductas gravísimas (que atentan incluso contra la condiciones de la vida futura) presuponiendo, de manera empíricamente no probada, que el Derecho civil o administrativo serían más eficaces, para estos casos, que el Derecho penal[206]. En realidad, la supuesta falta de "eficacia" del Derecho penal en la lucha contra nuevas formas de criminalidad (en particular, los delitos económicos) no tiene por qué derivar de la naturaleza misma de la protección penal, sino de otros factores, como la falta de voluntad política (escasa implementación judicial), desconocimiento técnico de los operadores de la norma, tal como quedaría demostrado con el ejemplo de la escasa aplicación (ahora superada)

---

[203] Aquí entran a tallar las críticas a las teorías preventivas en cuanto a su incompatibilidad con un concepto retributivo de pena, pero también su vinculación con hechos futuros que no pueden ser pronosticados (resocialización, intimidación, etc.), ver sobre esto último, KARGL, "Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz", p. 60 y s., 63.

[204] Cfr. KARGL, "Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz", p. 63 y s.

[205] KARGL, "Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz", p. 64.

[206] En este sentido, ver las críticas y refs. de KUHLEN, p. 363 y ss.; igualmente, c. más refs., PORTILLA CONTRERAS, "La supuesta crisis...", p. 914 y ss. 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.), asimismo hace defensa de los principios tradicionales y opta por una solución "administrativa" de muchos ilícitos en el campo del Derecho penal económico ("prudente política despenalizadora"); ver p. 567 y ss.

que existía antes en los países desarrollados de los tipos penales referidos a la seguridad del tráfico rodado y a la seguridad e higiene en el trabajo[207].

STRATENWERTH defiende, dentro de la teoría de bienes jurídicos, una posición radicalmente opuesta a la Escuela de Fráncfort. Él estima que serían insuficientes tanto la renuncia completa a la dogmática penal para reemplazarla por un Derecho penal puramente funcionalista (primera vía) como también la reducción del Derecho penal a un "núcleo" de bienes jurídicos dejando la protección del resto a un "Derecho de intervención" (segunda vía)[208]. En el primer caso se abandonaría el Derecho penal, pues se prescindiría de la imputación individual y de la auténtica "pena" basada en esta. Y esta vía no sería "eficiente", no cumpliría con la "prevención general positiva" que ella postula, pues el efecto estabilizador de la sanción penal no se alcanzaría cuando fuera suficiente para la imputación penal una mera infracción exterior de la norma: para los ciudadanos esto equivaldría a una "pura lotería", aparte de que los afectados de mayor capacidad económica podrían protegerse contratando "seguros penales", tal como ya se estaría observando en los delitos ambientales[209]. La segunda vía tampoco sería adecuada, pues desprotegería en demasía intereses vitales ante ataques gravísimos; ni el Derecho civil ni el Derecho administrativo serían proporcionadamente suficientes ante graves ataques contra bienes fundamentales e incluso contra las condiciones mínimas de subsistencia de la civilización (delitos ambientales, delitos de manipulación genética, responsabilidad por el producto)[210]. Como alternativa propone, adicionalmente a la protección de "bienes jurídicos", la *protección de "relaciones vitales"* (Lebenszusammenhänge) por sí mismas como "tercera vía". Este abandono de la "visión antropocéntrica" proveniente de la Ilustración ("el hombre es dueño de sí mismo y de la naturaleza") sería más compatible con un mundo en el cual, como ha demostrado la ciencia, la vida humana es recién posible debido a la actuación de una serie de complejas relaciones; si debemos entendernos como "parte de un todo", el Derecho penal debe tener en cuenta esto protegiendo no solamente bienes jurídicos "estáticos", sino también "relaciones vitales determinadas" de carácter dinámico e incluso futuras[211]. Y para esto también

---

[207] Cfr. la argumentación de CORCOY BIDASOLO, p. 39 y s.

[208] STRATENWERTH, "Zukunftssicherung...", p. 685 y ss.; "'Wahres' Strafrecht?", p. 377 y s.

[209] STRATENWERTH, "Zukunftssicherung...", p. 686 y s.

[210] STRATENWERTH, "Zukunftssicherung...", p. 687 y s.; "'Wahres' Strafrecht?", p. 377 y s.

[211] Ver STRATENWERTH, "Zukunftssicherung...", p. 688 y ss., 992 y ss.; siguiéndolo, CORCOY BIDASOLO, p. 29 y s. Desde esta perspectiva, según el primero, perdería sentido hablar de "bienes jurídicos colectivos" o "bienes individuales", sino debería hablarse de "intereses individuales" de varios, de un número indeterminado o de uno solo (identificables, por cierto, con los bienes jurídicos individuales) y "decisiones normativas básicas" que afectan a la comunidad (y no pueden reconducirse al individuo); ver "Kriminalisierung bei Delikten...", p. 260.

deberían elaborarse soluciones dentro de la ley penal y de la dogmática penal, tal como ya se estaría haciendo con la "causalidad" y el "resultado", el "dolo" y la "consciencia de antijuricidad", la "autoría y participación", y la "responsabilidad por el producto"[212]. Por lo demás, nada de esto indicaría una tendencia hacia el autoritarismo estatal, pues ni el Derecho penal ni el legislador quieren o pueden dirigir la sociedad, sino solamente, reactivamente, impedir el desarrollo de tendencias peligrosas; y para ello, cuando sea necesario, podría incluso adelantarse a la formación de conciencia social, tal como ocurre en el caso de los delitos que supongan nuevos riesgos sociales contra las generaciones futuras[213]. Pero esta propuesta tampoco aclara definitivamente las cosas pues, aunque pueda constatarse la existencia de un "consenso" sobre determinados "estándares de conducta", con ello todavía no se puede decidir que el Derecho penal deba intervenir para su protección, aparte de que la "relaciones de vida" son tan complejas (reúnen en sí ventajas y desventajas) que de ellas mismas no se puede decidir si y cómo deban ser protegidas[214].

Para los funcionalistas radicales como JAKOBS, en cambio, como no se trataría de proteger "bienes", sino una "infraestructura de expectativas", no existirían los límites que impone la teoría de bienes jurídicos; más bien, cuando exista la necesidad de protección de "expectativas normativas" en la sociedad, conforme esta evolucione, estas expectativas *deberán* ser protegidas. JAKOBS aclara aquí que, muchas veces, la discusión general plantea problemas que no serían tales. Por ejemplo, el problema de la "responsabilidad por el producto" no abarcaría "peligros especialmente nuevos" para la sociedad; la sociedad, al estar necesariamente saturada de productos tiene que entender que los productos nuevos introducirían siempre "riesgos especiales", en consecuencia, el productor tendrá que correr con los costes derivados de estos riesgos[215]. En otros casos, sí habrían problemas cuando no bastara el "Derecho penal del ciudadano" para reafirmar la vigencia de la norma; en esos casos, para evitar la erosión general de la base cognitiva de los demás ciudadanos, tendría que recurrirse a un "Derecho penal del enemigo" contra aquellos sujetos que se hubieran apartado permanentemente del Derecho (los "enemigos", entre los que estarían los "delincuentes económicos") pese a estar en condiciones de comunicar normativamente. Esta última propuesta ha recibido un rechazo

---

[212] STRATENWERTH, "Zukunftssicherung...", p. 695.

[213] Cfr. STRATENWERTH, "'Wahres' Strafrecht?", p. 377 y ss.

[214] Ver las críticas de SEHER, p. 43.

[215] Ver, con más detalles sobre el tema de la "responsabilidad por el producto" y más ref., JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", nota 9, p. 23 y s.

tajante de parte de la doctrina dominante, e incluso ha sido rechazada hasta ahora por algunos de los propios normativistas radicales[216].

En el mundo iberoamericano ha tenido mayor eco[217] la propuesta –en el fondo similar a la de Jakobs– de SILVA SÁNCHEZ, en el sentido de separar, dentro del Derecho penal, dos sectores o bloques de delitos. En el bloque de la "primera velocidad" se encontrarían los delitos tradicionales, para el cual se deberían emplear el instrumental conocido (garantías constitucionales, dogmática penal tradicional, penas tradicionales, incluyendo la privación 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 libertad[218]. A diferencia de la Escuela de Fráncfort, SILVA cree que, para los delitos de "segunda velocidad", se debería permanecer en el Derecho penal porque este, 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. No obstante, esta descripción del fenómeno expansivo del Derecho penal comete algunas imprecisiones cuando se refiere al Derecho penal económico, tal como recientemente ha resaltado MARTÍNEZ-BUJÁN[219]. Así, cuando se define con mayor precisión la naturaleza y el contenido de los bienes jurídicos que conforman el Derecho penal económico, se encuentra que no es cierto que este refleje siempre un Derecho penal "simbólico" (en el sentido de falto de legitimación político-criminal desde la perspectiva de los fines de la pena) ni que abarque exclusivamente "bienes jurídicos supraindividuales" ni que los tipos de "peligro abstracto" sean su característica propia y que carezcan de

---

[216] Más refs. sobre la crítica en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal del enemigo y delincuencia económica". Ver el artículo en esta compilación en las páginas 269-316..

[217] Así 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 p. 127 y s. Otros admiten la descripción de SILVA, pero sin asumir su propuesta de flexibilizar los principios para la "segunda velocidad"; p. ej. TERRADILLOS BASOCO, p. 77 y s. Y también 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 este, 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...", p. 97 y s.

[218] SILVA SÁNCHEZ, "Die Expansion des Strafrechts", p. 84 y s.

[219] Ver "Reflexiones...", p. 94 y ss., 99 y ss.

"lesividad"[220]. Antes bien, a diferencia de otros delitos, en los económicos (independientemente de algunos tipos penales efectivamente simbólicos que pudieran existir), la criminología ha detectado desde hace tiempo un "déficit de criminalización" derivado de una falta de consciencia sobre el daño (económico) producido, así como la identificación de la generalidad con los autores al no encontrarse muchas veces víctimas concretas[221]. Por último, en el análisis usualmente se ha descuidado el componente "individual" de muchos bienes jurídicos supraindividuales propios del Derecho penal económico, cuando se desconoce que ellos, de manera directa o indirecta, están al servicio del individuo o de un grupo de ellos[222].

Pero más allá de las discrepancias sobre la descripción del fenómeno "expansión del Derecho penal", resulta muy polémica la propuesta que a continuación hace SILVA SÁNCHEZ: según él, ante la existencia de una "segunda velocidad" (a la que se agrupará últimamente una "tercera velocidad"), debería darse para ella una legislación penal "flexible" (sistema "dual" dentro del Derecho penal). Esta propuesta no puede admitirse, pues no solamente parte de un análisis descriptivo que, por lo menos para lo que atañe al Derecho penal económico, no es del todo correcto, sino que llevaría a un resquebrajamiento de las garantías penales para un grupo de delitos y delincuentes, aparte de ser innecesaria ante la existencia de una posibilidad alternativa que se verá a continuación. Por eso esta tesis, en sus conclusiones, ha merecido rechazo en la doctrina española mayoritaria pues, aunque puedan admitirse, en todo o en parte, los presupuestos descriptivos de Silva Sánchez, no es posible que las garantías constitucionales rijan de manera diferente en una u otra área del Derecho penal. Como se ha criticado, la propuesta de las "dos velocidades" (y con más razón una de "tres velocidades") choca frontalmente con el "principio de igualdad"[223]. 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 irradien al Derecho administrativo en su parte sancionadora[224].

---

[220] MARTÍNEZ-BUJÁN, "Reflexiones...", p. 100 y ss.

[221] MARTÍNEZ-BUJÁN, "Reflexiones...", p. 100. Ver también, ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 76 y s.; CORCOY BIDASOLO, quien duda incluso que en esta época exista todavía tal "déficit", p. 30 y s.

[222] MARTÍNEZ-BUJÁN, "Reflexiones...", p. 101 y ss.

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

[224] Ver al respecto, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 194 y s.; ídem "Derecho penal económico. Parte especial", p. 489 y ss.; "Diez años de Derecho penal económico"; ídem, p. 36; últimamente ZUGALDÍA ESPINAR, "¿Qué queda en pie...?", c. más ref., p. 114 y s.

Las propuestas de Stratenwerth y la de Silva Sánchez, aunque parezcan muy diferentes, coinciden en cuanto reflejan la constatación evidente de que, en la actualidad se presentan casos complejos de la producción de graves daños, en los cuales la valoración penal se enfrenta con dificultades al operar con el instrumental dogmático-penal tradicional. Dada esta coincidencia, la cuestión decisiva que, en mi opinión, se debería plantear (por tener también consecuencias de contenido), es la del "terreno" en donde deberían buscarse las soluciones: ¿*dentro* del Derecho penal bajo un entendimiento "extensivo" de los bienes jurídicos o como Derecho penal de "segunda velocidad"; o *fuera* de él, como "Derecho de intervención" o, incluso, como un nuevo "Derecho sancionador"? En caso de admitir la primera opción, el Derecho "penal" se vería en la encrucijada de querer aplicar técnicas y principios apropiados para conductas individuales, pero extraños a la naturaleza de los entes colectivos ("autoría" de las "agrupaciones" o "personas jurídicas", efectos en ellas de las finalidades de la pena, etc.), que intervienen decisivamente en la comisión de los delitos "modernos". Probablemente por eso también resulte lógico querer prescindir de lo "antropocéntrico" (los intereses protegidos no necesariamente serán directamente útiles a la colectividad) y de la "actualidad" del ataque (la conducta no tendría que dirigirse a bienes actuales, sino también futuros), tal como ha planteado Stratenwerth. Por lo menos para un sector muy amplio de los delitos "modernos", la llamada "criminalidad empresarial", no puede negarse que, por un lado, el instrumental penal vigente resulte insuficiente ante la creciente comisión de delitos e impunidad ante ellos, y que, por otro lado, tampoco las propuestas de tratamiento extrapenal puedan satisfacer las necesidades preventivas y protectoras de los bienes jurídicos. Últimamente han ocupado a la opinión pública de distintos países industrializados, la comisión de una serie de delitos (p. ej. delitos contra la competencia, administración desleal, fraudes de todo tipo, delitos ambientales, corrupción de funcionarios y corrupción privada, etc.) por parte de altos empleados de empresas y altos funcionarios públicos, con un elevado perjuicio patrimonial para los afectados (accionistas, trabajadores, el Estado, etc.), pese a lo cual el correspondiente proceso penal no ha desembocado en una condena, esta ha sido ínfima o ni siquiera se ha llegado a instaurar un proceso penal. Por todo esto, SCHÜNEMANN considera que el origen de este fenómeno estaría en una creciente "corrupción estructural", en cuya lucha el Derecho penal sería irrenunciable, aunque este, por ahora, todavía no haya podido dar soluciones[225].

Pero tal vez la solución no tenga que buscarse necesariamente en el terreno penal (sea de manera tradicional o con ayuda de cualquier doctrina nor-

[225] Últimamente, criticando la esperanza puesta en los programas de "compromiso de buena conducta" (compliance) elaborados y aceptados por las propias empresas, en "Brennpunkte...", p. 362.

mativista) ni en otras conocidas áreas jurídicas. Las discusiones que se centran demasiado en una "solución penal" en sentido estricto pasan por alto que, cuando se trata de la protección de "bienes jurídicos" relacionados con la economía, el Derecho penal no constituye más que un "refuerzo" en la protección legal decidida ya anteriormente y regulada por sendas leyes y (nuevas) ramas del Derecho: el Derecho de la libre competencia, el Derecho de la publicidad, el Derecho tributario, etc.(226). Y, probablemente debido a esto, la discusión haya soslayado sin más la posibilidad de otra "tercera vía", propuesta hace ya algún tiempo por algunos especialistas del Derecho penal económico: la creación de un autónomo *Derecho sancionador (o penal) de la empresa*, es decir, con su propia legislación, sus propios principios y dogmática, situado entre el Derecho penal tradicional (dirigido a las personas) y el Derecho administrativo(227). A diferencia del "Derecho de intervención" propuesto por Hassemer, que en buena cuenta se queda dentro del Derecho administrativo(228), la propuesta hecha se refiere solamente a las "empresas" o los "entes colectivos". Además, esta propuesta, que todavía debería elaborarse con detalle, tendrá que reconocer una responsabilidad individual paralela por delitos contra bienes jurídicos supraindividuales en el área penal estricta, además de desarrollar otras reglas específicas de coordinación entre el Derecho penal y este nuevo Derecho sancionador. De esta manera se solucionarían las insalvables contradicciones que surgen cuando se quiere emplear solamente el Derecho penal y su instrumental para abarcar también las conductas de empresas, o cuando se quiere remitir todo a un Derecho administrativo con sanciones desprovistas

---

(226) Entre los especialistas de Derecho penal económico se considera que la protección del Derecho penal en sentido estricto es mayoritariamente "accesoria"; ver, TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht", p. 1, n. marg. 2, p. 3 y s., n. marg. 6; ACHENBACH, p. 561 y s., 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, ...", p. 219 y ss.

(227) Ver, c. ref. al respecto, en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 161 y s. GARCÍA CAVERO, por lo visto, no ha tomado posición definitiva al respecto aunque considera que no debería descartarse la tendencia; 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 delitos económicos; ver "Derecho penal económico", p. 20 y s. SILVA SÁNCHEZ seguramente no avalaría un "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.

(228) 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 este, las conductas graves, y en el "Derecho de intervención", con sanciones destinadas al control y la reacción ante desviaciones a las reglas, las conductas que no reúnan tales requisitos de gravedad (ibídem, p. 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.

de reproche "ético-social". En esta nueva disciplina propuesta encajaría también mejor la función "pedagógica" que se ha atribuido a algunos tipos penales (sobre todo a los de peligro abstracto). Si se admitiera que los tipos penales de protección de bienes colectivos tienden, en algunos casos, a modificar la conciencia e iniciar "procesos de aprendizaje" en los destinatarios de la norma, ello debe entenderse en el sentido de que las "empresas" cambien su política para evitar atentar contra los intereses protegidos. Esto es algo que se suele recriminar al Derecho penal de los ciudadanos[229], pero que encontraría menos obstáculos en un Derecho sancionador de empresas, pues es indudable que ellas, como participantes de un mercado en el que necesariamente ponen en riesgo los bienes de la colectividad, están en la obligación de organizarse de tal manera que no superen los riesgos permitidos.

4. Balance crítico: en defensa de la teoría de "bienes jurídicos"

Como resultado del análisis anterior se tiene, en primer lugar, que, desde la perspectiva político-criminal, al renunciar a la teoría de bienes jurídicos se produciría una grave *pérdida de capacidad crítica* del Derecho penal. Si solamente se admitiera que sería materia y función del Derecho penal la protección de "expectativas sociales" derivadas de "normas" vigentes, o el "incremento" de eficiencia económica, se perdería la posibilidad de desvelar el "porqué" de dichas normas y cuestionarlas sobre la base de una concepción anclada en convicciones del deber-ser. Esta pérdida de "capacidad crítica" va unida a un peligro incluso mayor: con la renuncia a la idea de "protección de bienes jurídicos" y la restricción de la legitimidad del Derecho penal a una mera protección de normas se tiende a abrir la puerta de entrada a un "Derecho penal del autor". En efecto, tal como demuestra la propuesta del "Derecho penal del enemigo", si, sobre una base enteramente normativa, se comienza a distinguir entre "personas" y "no personas", entre "quienes comunican" y quienes "no comunican", resulta cada vez más fácil restringir las garantías del Derecho penal y fundamentar un "Derecho penal" creado ad-hoc para sujetos (también "ciudadanos") "incómodos". Tiene razón HASSEMER cuando pronostica que "la prohibición de una conducta bajo amenaza penal, que no pueda invocar un bien jurídico, sería terror estatal", pues en ese caso la intervención en la libertad de actuar "... no tendría un algo legitimador del cual pueda desprenderse su sentido"[230].

---

[229] Para STRATENWERTH, cuando se trate de tipos que protegerían, en su terminología, "relaciones vitales", el "efecto pedagógico" estaría referido al "futuro" (bases de la vida futura) y no a conservar el pasado, con lo cual la crítica sería injusta; ver "Zukunftssicherung...", p. 695 y s. También a favor de la "función promocional" del Derecho penal, PORTILLA CONTRERAS, "La supuesta crisis...", p. 922

[230] Ver (traducción libre) "Darf es Straftaten geben...", p. 64.

Curiosamente en la actualidad se ha llegado a una situación similar a la que se produjo a principios de los años 70 cuando se enfrentaron AMELUNG, del lado de los escépticos, y HASSEMER, del lado de los defensores del "bien jurídico". Es interesante observar en la recepción que hace Juan BUSTOS de esta discusión que ambas posiciones se criticaban, una a la otra, la escasa precisión de los criterios que cada una de ellas empleaba para establecer el objeto de protección del Derecho penal, sea a través del "bien jurídico" o renunciando a él[231]. Las posiciones de ambos juristas alemanes no han variado mucho, pero de alguna manera encuentran ahora su reflejo en nuevas posiciones a favor y en contra de la teoría de bienes jurídicos, tal como se ha visto más arriba. Pero la crítica de entonces y que se suele hacer todavía a la teoría de bienes jurídicos sobre su falta de precisión también tiene que regir para las tesis que la atacan, como en especial "el normativismo radical": más allá de la descripción de un mundo abstracto que, en abstracto, funciona a la perfección, no es capaz de proporcionar la base real a la cual debe vincularse el Derecho penal (las reglas sociales de conducta vigentes en un lugar y espacio determinados que se basan en determinada tradición cultural; las convicciones valorativas predominantes y en continuo cambio)[232].

En mi opinión, la teoría de bienes jurídicos de base constitucional proporciona al menos una base real, aprehensible y controlable, a partir de la cual pueden trabajar (y vincularse) el Derecho penal y la Política criminal sin perder de vista las características humanas de los destinatarios de las regulaciones penales[233], independientemente de que, por otro lado, también pueda servir para reflejar una supuesta lucha de clases acentuada en el marco de la "globalización"[234]. Acertadamente constata por eso WEBER que hasta ahora no existe ninguna alternativa plausible a la teoría de los bienes jurídicos, pues también las teorías "... que ven en el delito una lesión de deberes o un apartamiento de la correcta actitud interna ético-social no pueden desprenderse

---

[231] BUSTOS, "Política criminal e injusto", p. 127 y ss.

[232] De manera general critican STRATENWERTH/KUHLEN que ninguna concepción teórica social o sistémica puede dar expresiones fiables sobre las condiciones de existencia de la sociedad humana y de sus procesos de cambio; ver p. 33, n. marg. 14 y s.

[233] ROXIN resume la necesidad de sostener la teoría de bienes jurídicos en que "... si bien no resultan panaceas para el problema de la legitimación de los tipos penales, sí se dan pautas de argumentación bastante concretas que posibilitan una discusión racional sobre las potestades punitivas del Estado, y pueden ayudar a impedir una sobreextensión contraria al Estado de Derecho de las intervenciones penalizadoras" (traducción libre), "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 29, n. marg. 50.

[234] Ver refs. sobre esta tesis en PORTILLA CONTRERAS, quien identifica "bienes jurídicos colectivos" con los "derechos sociales" producto del Estado de bienestar y que estarían siendo desmontados (con una tendencia a una desprotección penal y legal) por la ideología neoliberal de la globalización, c. más refs., "La supuesta crisis...", p. 903 y ss., 909 y ss.

totalmente del bien jurídico porque no existen deberes y actitudes internas valiosas por sí mismas; éstas, más bien, solamente pueden ser determinadas a través de las exigencias de protección a bienes jurídicos"[235].

La teoría de bienes jurídicos no ha dejado de ser la piedra angular de todo Derecho penal que aspire a considerarse como uno propio de un Estado de Derecho. No es raro, por eso que también en tradiciones jurídico-penales distintas, como la anglosajona, se maneje un principio que cumple similares funciones a las del "bien jurídico". En efecto, bajo la denominación de *harm principle* (principio del daño o perjuicio) se quiere dar a entender allí que, en principio, solamente debería prohibirse penalmente aquello que cause perjuicio a otros y que atente (mediante perjuicios directos o puestas en peligro) contra las condiciones de la coexistencia humana. Con ello, entre otras cosas, se quiere deslegitimar una política criminal que se circunscriba a proteger las "buenas costumbres" (p. ej. la penalización del consumo de alcohol, la prostitución y la homosexualidad), se discuten las posibilidades del "paternalismo legal" para limitar la autonomía individual (consumo de drogas, omisión de uso del cinturón de seguridad, práctica de deportes peligrosos), y la falta de legitimidad de los meros atentados contra los "sentimientos" de otros[236]. Debido a estas similitudes entre sistemas jurídicos considerados anteriormente como muy distintos, ROXIN constata que se puede hablar ahora de "una globalización de la discusión sobre los fundamentos penales"[237].

En segundo lugar, también se ha comprobado que, aun admitiendo que los nuevos desarrollos sociales y tecnológicos llevarían a la necesidad de proteger legalmente nuevos intereses vitales, ello no necesariamente tiene que implicar una renuncia total o parcial al principio de protección de bienes jurídicos,

---

[235] WEBER (traducción libre) en BAUMANN/WEBER/MITSCH, p. 15, n. marg. 17.

[236] Exponen ampliamente la tradición anglosajona al respecto, VON HIRSCH, GA 2002, p. 2 y ss., esp. 6 y ss., y en HEFENDEHL/ VON HIRSCH/ WOHLERS, p. 13 y ss., 21 y ss.; DUBBER, p. 499 y ss. En la doctrina inglesa se tiende a diferenciar entre el "perjuicio" (harm) mismo y aquello que es atacado. Así se deduce que lo atacado sería un "interest" o "recurso" (ressource), a cuya integridad tiene derecho el perjudicado; y este "recurso" sería distinto de un bien concreto, pues se identificaría con un ordenamiento jurídico primario que precisamente es el que otorga la "pretensión" de integridad al perjudicado. Pero se tiene en claro que el "recurso" no sería –al igual que el bien jurídico– un "fenómeno natural que se encuentre en la esfera del ser", sino se definiría normativamente recién por la pretensión a su integridad que tengan los otros; ver von HIRSCH, GA 2002, p. 6 y s.; en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS, p. 16 y s. Para la doctrina y jurisprudencia estadounidenses, que no se limitan al "harm principle" en el sentido del estrecho marco originario de "harm" que le diera el pensador inglés Stuart Mill ("daño a terceros"), sino se remiten, de manera desordenada, a una serie de conceptos para abarcar otras conductas perturbadoras (p. ej. "molestias", "peligros", "inconveniencias", etc.), se ha recomendado tomar precisamente como modelo la teoría alemana de "bienes jurídicos" que ofrecería más garantías y posibilidades de crítica; al respecto, y con refs. de la jurisprudencia estadounidense, DUBBER, p. 500, nota 41, 516 y ss. Más refs. de recepción alemana a esta doctrina anglosajona en ROXIN, "Problemas actuales...", p. 24, nota 4; "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 54 y s. SEHER incluso propone una teoría de bienes jurídicos que concretaría el concepto con "principios" similares a los del Derecho anglosajón; ver p. 46 y ss.

[237] ROXIN, "Problemas actuales...", p. 24.

ni siquiera su relativización, así como la protección no tiene que darse necesariamente y siempre con el Derecho penal. Antes bien, como ya se vio arriba con el ejemplo de los delitos económicos, también es posible la aparición de una nueva área del Derecho sancionador con principios de dogmáticos propios (p. ej. la admisibilidad de la responsabilidad directa de la empresa). Pero este nuevo "Derecho sancionador" no debe ser empleado como instrumento para oponerse a los fines del Derecho penal tradicional, sino solamente para complementarlo allí donde este 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. También bajo esta concepción puede construirse una Política criminal garantista que busque un "Derecho penal mínimo" bajo una "protección máxima" de derechos sociales (bienes jurídicos colectivos)[238].

Por último, también se ha constatado que, pese a la antigüedad de la teoría de bienes jurídicos, todavía queda mucho camino por recorrer, pese a lo cual no hay motivo para resignarse ante los problemas que presenta la defensa de esta teoría[239]. Recién en los últimos años se ha retomado el trabajo de esclarecer una serie de puntos olvidados (p. ej. la naturaleza de los bienes jurídicos "colectivos", su "lesividad", etc.) y se está tendiendo a construir de manera definitiva y acabada una teoría de bienes jurídicos que represente "la roca dura del pensamiento liberal y, con ello, de la justicia"[240]. En esta tarea es imprescindible la coordinación con el Derecho constitucional para, a través de una "teoría de la discrecionalidad legislativa", tal como reclama Hassemer, la teoría de bienes jurídicos alcance verdadera importancia práctica.

Tiene, por ello, toda la razón el ilustre homenajeado cuando afirma: "En tanto que una *política criminal democrática* implica que la persona no puede ser objeto de manipulaciones, la selección de los objetos de protección ha de hacerse superando enmascaramientos ideológicos que puedan conducir a algo que encubra otra realidad, o que simplemente algo cuya protección es

---

[238] En este sentido lleva razón PORTILLA CONTRERAS que no ve contradicción entre el "Derecho penal mínimo" y un Derecho penal moderno; ver "La supuesta crisis...", p. 913 y s.

[239] ROXIN constata un "cierto cansancio del bien jurídico" en algunos autores partidarios de un concepto liberal de bien jurídico; "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 53, n. marg. 120.

[240] En palabras de SCHÜNEMANN, quien reclama con toda razón que esta tarea todavía está pendiente, ver "Das Rechtsgüterschutzprinzip...", p. 154.

incompatible con el carácter democrático del Estado. En el primer caso lo que se protege no es lo que se dice y en el segundo lo protegido no resulta deseable protegerlo"[241]. La indisolubilidad entre la "norma" y el "bien jurídico" debe seguir siendo la premisa de todo análisis jurídico-penal que pretenda, no solamente interpretar correctamente la norma, sino tener una orientación de carácter democrático para poder criticarla.

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: "Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas", Lima, 1997; "El Derecho de la libre competencia", Lima, 1997; "Derecho penal económico. Parte especial", Lima, 2000; "Diez años de Derecho penal económico peruano: un balance", Revista Peruana de Ciencias Penales, n° 11-12 (2002), p. 21 y ss. [en esta compilación: p. 603-660];; "Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano", 2da. edición, Lima, 2003; "¿Normativismo radical o normativismo moderado?", Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N° 5, 2004, p. 17 y ss. (también publicado en la "Revista Penal" de España, n° 16, julio 2005, p. 3 y ss.) [en esta compilación: 209-268].

ACHENBACH, Hans: "Zur aktuellen Lage des Wirtschaftsstrafrechts in Deutschland", GA 2004, p. 559 y ss.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael: "Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre las ciencias sociales y el Derecho penal", Actualidad Penal, 2001, España, p. 229 y ss.; "Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo LI (1998), Madrid, 2001, p. 365 y ss.

ÁLVAREZ GARCÍA, Javier: "Bien jurídico y Constitución", Cuadernos de Política Criminal, 1991, p. 5 y ss.

AMELUNG, Knut: "Auf der Rückseite der Strafnorm. Opfer und Normvertrauen in der strafrechtsdogmatischen Argumentation", Libro-Homenaje a Albin Eser, Múnich 2005, p. 3 y ss.; "Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz", en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (edits.), "Die Rechtsgutstheorie", Baden-Baden, 2003, p. 155 y ss.; "Rechtsgüterschutz und Sozialschädlichkeit", en: Jung/Müller-Dietz/Neumann (edits.), Baden-Baden 1991, p. 269 y ss.; "Rechtsgutsverletzung und Schutz der Gesellschaft", Fráncfort del Meno, 1972.

ARROYO ZAPATERO, Luis: "Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución", Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, número 1, 1987, p. 100 y ss.

BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 11ra. ed., Bielefeld, 2003.

[241] BUSTOS/HORMAZÁBAL, "Lecciones...", vol. I, p. 59 y s.

BINDING, Karl: "Die Normen und ihre Übertretungen", tomo I, Leipzig, 1890, 2da. ed.

BLOY, René: "Unrechtsgehalt und Strafbarkeit des grob unverständigen Versuchs", ZStW 113 (2001), p. 76 y ss.

BÖSE, Martin: "Grundrecht und Strafrecht als 'Zwangsrecht'", en: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (edits.), "Die Rechtsgutstheorie", Baden-Baden, 2003, p. 89 y ss.

BOTTKE, Wilfried: "Das Straftaterfordernis der Rechtsgutsverletzung", Libro-Homenaje a Ernst-Joachim Lampe, Berlín, 2003, p. 463 y ss.

BRAMONT-ARIAS, Luis: "Delitos contra la economía", Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1959, p. 235 y ss.

BRICOLA, Franco: "Teoria Generale del Reato", en: Novissimo Digesto Italiano, tomo XIX, UTET, Torino 1973.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Política criminal e injusto", en "Obras Completas", tomo I, Lima, 2004, p. 125 y ss. (primera publicación en: "Revue Internationale de Droit Pénal", 1978, número 1); "Perspectivas actuales del Derecho penal económico", Revista Peruana de Ciencias Penales, 1993, p. 65 y ss.; "Los bienes jurídicos colectivos", en: Bustos (comp.), "Control social y sistema penal", Barcelona, 1987, p. 157 y ss.; "Derecho penal. Parte General", Barcelona, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL, Hernán: "Lecciones de Derecho penal", Madrid, vol. 1 (1997) y vol. 2 (1999).

BOCK, Michael: "Ideen und Chimären im Strafrecht", ZStW 103 (1991), p. 636 y ss.

CANCIO MELIÁ, Manuel: "¿'Derecho penal' del enemigo?", en: Jakobs/ Cancio, "Derecho penal del enemigo", Madrid, 2003, p. 58 y ss.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos: "Derecho penal: concepto y principios constitucionales", Valencia, 1995.

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.

DUBBER, Markus Dirk: "Positive Generalprävention und Rechtsgutstheorie: Zwei zentrale Errungenschaften der deutschen Strafrechtswissenschaft aus amerikanischer Sicht", ZStW 117 (2005), p. 485 y ss.

DUTTGE, Gunnar: "Strafrechtliche Rätsel. Zur Bedeutung der Rechtsgutslehre für Einwilligung und Gesetzeskonkurrenz", Jura 1996, p. 15 y ss.

ESER, Albin: "Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen", en: Libro-Homenaje a Ernst-Joachim Mestmäcker, Baden-Baden, 1996, p. 1005 y ss. (traducido y publicado en "Temas de Derecho penal y procesal penal", p. 181 y ss., Lima, 1998).

FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: "Bien jurídico y sistema del delito", Montevideo, 2004.

FRISCH, Wolfgang: "An den Grenzen des Strafrechts", L.-H. a Stree y Wessels, Heidelberg, 1993, p. 69 y ss.; "Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurech-

nung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens", en: Hefendehl/Von Hirsch/Wohlers (edits.), "Die Rechtsgutstheorie", Baden-Baden, 2003, p. 215 y ss.

GALLAS, Wilhelm: "Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung", L. H. a Gleispach, Berlín-Leipzig, 1936, p. 50 y ss.; "Beiträge zur Verbrechenslehre", Berlín, 1968.

GARCÍA CAVERO, Percy: "Derecho penal económico. Parte general", Lima, 2003.

GRAUL, Eva: "Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumptionen im Strafrecht", Berlin, 1991.

GROPP, Walter: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 2da. ed., Berlín, 2001.

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.

HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco: "Introducción a la Criminología y al Derecho penal", Valencia, 1989.

HEFENDEHL, Roland: "Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm", en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (edits.), "Die Rechtsgutstheorie", Baden-Baden, 2003, p. 119 y ss.; "Die Materielisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur", GA 2002, p. 21 y ss.; "Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht", Colonia, 2002.

HERZOG, Felix: "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: "Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal", Madrid, 2003; "Bases para una teoría funcional del Derecho penal", Lima, 2000; "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken", ZStW 107 (1995), p. 843 y ss.;"Strafrecht. Allgemeiner Teil", Berlín, 2da. ed., 1993.

JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel: "Derecho penal del enemigo", Madrid, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich/ WEIGEND, Thomas: "Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil", 5ta. ed., Berlín, 1996.

JUNG, Heike: "Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs –ein Zwischenruf aus rechtsvergleichener Sicht–", ZStW 117 (2005), p. 937 ff.

KAHLO, Michael: "Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht", en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (edits.), "Die Rechtsgutstheorie", Baden-Baden, 2003, p. 26 y ss.

KARGL, Walter: recensión a "Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht" de Roland Hefendehl, ZStW 116 (2004), p. 762 y ss.; "Das Recht der Gesellschaft oder das Recht der Subjekte?", Goltdammer's Archiv 1999, p. 53 y ss.; "Rechtsgüterschutz

durch Rechtsschutz", en: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (editor), "Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts", Fráncfort del Meno, 1995, p. 53 y ss.; "Kommunikation kommuniziert?", Rechtstheorie 21 (1990), p. 352 y ss.

KINDHÄUSER, Urs: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo I, Baden-Baden, 2005.

KÖHLER, Michael: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", Berlín, 1997.

KREY, Volker: "Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo 1, Stuttgart, 2da. ed., 2004.

KUHLEN, Lothar: "Zum Strafrecht der Risikogesellschaft", GA 1994, p. 347 y ss.

LAGODNY, Otto: "Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik", en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (edits.), "Die Rechtsgutstheorie", Baden-Baden, 2003, p. 83 y ss.

LAMPE, Ernst-Joachim: "Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts", L. H. a Hans Joachim Hirsch, Berlín, 1999, p. 83 y ss.; "Zur funktionalen Begründung des Verbrechenssystems", L. H. a Claus Roxin, Berlín, 2001, p. 45 y ss.; "Gedankem zum materiellen Straftatbegriff", Libro-Homenaje a Rudolf Schmitt, Tubinga, 1992, p. 77 y ss.

LÜDERSSEN, Klaus: "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzinpiendenken", ZStW 107 (1995), p. 877 y ss.; "Das moderne Strafrecht", Strafverteidiger 2004, p. 97 y ss.

MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos: "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.; "Derecho penal económico. Parte general", Valencia, 1998.

MIR PUIG, Santiago: "Límites del normativismo en Derecho penal", en: "Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo", Madrid, 2005, p. 665 y ss.; "Derecho penal. Parte general", 7ma. ed., Barcelona, 2004; "Valoraciones, normas y antijuricidad penal", en: Libro-Homenaje a José Cerezo Mir, ed. Technos, 2003, p. 73 y ss.

MÜLLER-DIETZ, Heinz: "Verfassungsrechtliche Schutz- und Pönalisierungspflichten", en Libro conmemorativo a Heinz Zipf, Heidelberg, 1999, p. 123 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", 6ta. ed., Valencia, 2004.

OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio: "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, 1990, Madrid, p. 5 y ss.

OTTO, Harro: "Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Strafrechtslehre", Berlín, 7ma. ed. (2004).

POLAINO NAVARRETE, Miguel: "Instituciones de Derecho penal. Parte general", Lima, 2005.

POLAINO NAVARRETE, Miguel/POLAINO ORTS, Miguel: "Derecho penal. Modernas bases dogmáticas", Lima, 2004.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: "Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal", en: L. H. a Gonzalo Rodríguez Mourullo", Madrid, 2005, p. 853 y ss.; "La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del Derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos", en L. H. a Ruiz Antón, Valencia, 2004, p. 895 y ss.; "La influencia de las Ciencias sociales en el Derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales", en: Arroyo Z., Luis/ Neumann, Ulfrid/ Nieto M., Adán, "Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo", Cuenca 2003, p. 99 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.

RASSOW, Reinhard: "Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes", Zeitschrift für Gesetzbebung, 2005, p. 262 y ss.

ROXIN, Claus: "Strafrecht. Allgemeiner Teil" tomo I, Múnich, 2006, 4ta. ed. [las citas a la 3ra. ed. (Múnich, 1997) son destacadas de manera expresa]; tomo II, 1ra. ed., Múnich, 2003; "¿La protección de bienes jurídicos como misión del Derecho penal?", Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N°, 2005, p. 287 y ss. (publicado posteriormente, en su versión alemana en: Hefendehl (ed.), "Empirische und dogmatische Fundamente kriminalpolitischer Impetus", Múnich, 2005, p. 135 y ss.); "Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit", ZStW 116 (2004), p. 929 y ss. (también publicado en español en la Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 5, 2005, p. 307 y ss.); "Problemas actuales de dogmática penal", Lima 2004; "Dogmática penal y política criminal", Lima, 1998.

RUDOLPHI, Hans-Joachim: "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs", L. H. a R. M. Honig, Gotinga, 1970, p. 151 y ss.

SAX, Walter: "Grundsätze der Strafrechtspflege", in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (edits.), "Die Grundrechte", tomo III, volumen 2, 1959, p. 909 y ss.

SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst: "Strafgesetzbuch. Kommentar", Múnich, 26ª ed., 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd: "Brennpunkte des Strafrechts in der entwickelten Industriegesellschaft", en: Hefendehl (ed.), "Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus", Múnich, 2005, p. 349 y ss.; "Das Rechtsgüters-

chutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation", en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (edits.), "Die Rechtsgutstheorie", Baden-Baden, 2003, p. 133 y ss.; "Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende", GA 2001, p. 205 y ss.

SEHER, Gerhard: "Prinzipiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff", en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (edits.), "Die Rechtsgutstheorie", Baden-Baden, 2003, p. 39 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús: "Die Expansion des Strafrechts", Fráncfort del Meno, 2003 (publicación alemana de la 1ra. edición española); "Aproximación al Derecho penal contemporáneo", Barcelona, 1992.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev: "Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers", en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (edits.), "Die Rechtsgutstheorie", Baden-Baden, 2003, p. 65 y ss.

STRATENWERTH, Günter: "Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter", en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (edits.), "Die Rechtsgutstheorie", Baden-Baden, 2003, p. 255 y ss.; "'Wahres' Strafrecht?", L. H. a Lüderssen, Baden-Baden, 2002, p. 373 y ss.; "Zum Begriff des 'Rechtsgutes'", L. H. a Theodor Lenckner, Múnich, 1998, p. 377 y ss.; "Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?, ZStW 1993, p. 679 y ss.

STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar: "Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat", 5ta. ed., Colonia, 2005.

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: "Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten", Colonia, 2004; "Verfassung und Strafrecht", Heidelberg, 1991 (conferencia dictada para la "Juristische Studiengesellschaft" en Karlsruhe el 08.03.1990); "Poder económico y delito", Barcelona, 1985.

VON HIRSCH, Andrew: "Der Rechtsgutsbegriff und das 'Harm Principle'", GA 2002, p. 2 y ss.; "Der Rechtsgutsbegriff und das 'Harm Principle'", en: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (edits.), "Die Rechtsgutstheorie", Baden-Baden, 2003, p. 13 y ss.

VON HIRSCH, Andrew/WOHLERS, Wolfgang: "Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur –zu den Kriterien fairer Zurechnung", en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (edits.), "Die Rechtsgutstheorie", Baden-Baden, 2003, p. 196 y ss.

WELZEL, Hans: "Das deutsche Strafrecht", Berlín, 1969, 11ra. ed.

WOHLERS, Wolfgang: "Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur", GA 2002, p. 15 y ss.

WOLTER, Jürgen: "Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Strafrechtssystem", en: Schünemann/De Figueiredo (edits.), "Bausteine des europäischen Strafrechts", Múnich, 1995, p. 3 y ss.

ZUGALDÍA ESPINAR, José M.: "¿Qué queda en pie en el Derecho penal del principio 'mínima intervención, máximas garantías'?", CPC nº 79 (2003), p. 109 y ss.; "Seguridad ciudadana y Estado social de Derecho", en L. H. a Ruiz Antón, Valencia 2004, p. 1121 y ss.

Justificación y finalidad de la pena: ¿conceptos distintos o necesariamente vinculados?[*]

El Dr. José HURTADO POZO es el penalista peruano más influyente y conocido en la actualidad, tanto en nuestro país como en el extranjero. En los años setenta del siglo pasado, la publicación de su "Manual de Derecho penal. Parte general"[1] constituyó un hito en el Derecho penal peruano. Era uno de los más serios de aquellas épocas críticas en las que se disponía de escaso material bibliográfico (y menos aún de material serio) en nuestro medio para una buena formación jurídica (y penal) de los alumnos y para la orientación de los operadores del Derecho. En este sentido, su aporte más evidente ha sido la decisiva elevación del nivel dogmático-penal en el análisis de la ley penal peruana. Pero no debería descuidarse otro aporte que, en lo personal me parece tan o más importante: su énfasis en la recepción crítica de las leyes y dogmática penal, extranjeras (suiza, española, alemana, etc.) y en la consideración de la realidad nacional tanto en la política criminal como en la dogmática penal[2].

Como estudiante de Derecho causó en mí gran impresión y curiosidad cuando encontré que, al estudiar el tema de los "fines de la pena", él enfatizaba en distinguir entre "justificación" y "finalidad" de la pena, lo cual debería tener consecuencias para la discusión[3]: las teorías "absolutas" responderían al por-

---

[*] Se publicó en el LH a Hurtado Pozo, Lima, 2013, p. 39-103 y, meses antes en la RPCP N° 25 (2013), p. 17-84.

[1] La primera edición apareció en 1978 (Lima, Eddili); la 2da. edición en 1987 (Lima, Eddili); la 3ra. edición recién en 2005 (ed. Grijley). Últimamente ha aparecido una 4ta. edición, conjuntamente con su discípulo Víctor Prado Saldarriaga (dos tomos, ed. Idemsa, 2011).

[2] Al respecto resulta de lectura obligatoria para todo penalista peruano (y de lectura recomendada para cualquier penalista latinoamericano) su temprana obra: "La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú", ed. CEDYS, Lima, 1979.

[3] HURTADO POZO, "Manual", 2da. ed., p. 48. La cuestión ya había sido planteada en la primera edición (1978, p. 14), aunque yo no había tenido a la mano el ejemplar de la edición, en ese entonces (1982-83) ya agotada. En la tercera edición, HURTADO también resalta esta diferenciación, p. 39, n. marg. 93; igualmente en la cuarta edición, tomo

qué de la pena (sentido), mientras que las teorías "relativas" responderían al "para qué" de la pena (funciones), cosas que serían materialmente distintas[4]. Por otro lado, HURTADO POZO admitía, ya desde la primera edición, que la teoría dominante sería la "teoría unitaria"[5]; y en las ediciones más recientes, atendiendo al estado actual de la discusión en la doctrina y al renacimiento de las teorías absolutas a través de las propuestas del normativismo radical[6], ha enfatizado que pese a lo acertado de su observación, ambos conceptos (justificación y finalidad) deberían conjugarse en una teoría mixta tal como hace la doctrina dominante[7].

El presente trabajo, realizado en su honor, pretende, tras pasar breve revista al desarrollo y estado actual de las teorías de la pena, responder a la cuestión planteada por él en su manual: ¿se trata de dos cuestiones distintas y que merecen dos respuestas distintas o, en realidad, se puede ya ahora llevar a un denominador común la "justificación" y la "finalidad" de la pena?

I. Aclaraciones preliminares

Antes de exponer y discutir las teorías vigentes de la pena, conviene hacer algunas aclaraciones previas.

Una primera aclaración deberá hacerse en cuanto al término *"pena"*. Obviamente el término "pena", en lo semántico, solamente puede significar un "sufrimiento" por parte de quien se viere afectado por ella; es decir, una "lesión de intereses de una persona por una conducta desaprobada, y que es im-

---

I, p. 33, n. marg. 91. En las primeras dos ediciones, HURTADO POZO se remitía para esta observación a las contribuciones de Eduardo RABOSI ("Sobre la justificación del castigo"), LH a Jiménez de Asúa, Bs. As. 1970, p. 185 y ss.) y Alf ROSS ("Colpa, responsabilità e pena", Milano, 1972, p. 63 y ss.).

(4) En palabras de HURTADO POZO, "... se puede sostener que tanto las teorías absolutas como las teorías relativas responden, en realidad, a preguntas diferentes. Cuando se afirma que se castiga para evitar los delitos y proteger así los bienes jurídicos, se responde a la pregunta '¿cuál es el fin de la pena?'; mientras que cuando se dice que se sanciona porque el delincuente es culpable, se contesta a la pregunta '¿cómo se justifica jurídica y moralmente la pena?'..." ("Manual", 3ra. ed., n. marg. 93, p. 39; 4ta. ed., n. marg. 91, p. 33).

(5) HURTADO POZO, Manual, 1ra. ed., p. 14; 2da. ed., p. 48.

(6) HURTADO POZO, "Manual", 3ra. ed., n. marg. 102, p. 42 y s.; 4ta. ed., tomo I, n. marg. 100, p. 36 y s.

(7) Su conclusión es que no deberían oponerse de manera radical ambos criterios: "La pena, retributiva en el sentido de constituir la privación o restricción de derechos, debe ser destinada a lograr los fines de intimidación, resocialización, enmienda y reintegración del delincuente a la sociedad. Pero, como la represión y prevención no son siempre compatibles, resulta que la pena conforme a la responsabilidad del delincuente no es siempre la adecuada para cumplir los fines de prevención especial y la que permitiría alcanzar mejor este objetivo no es de manera necesaria la que corresponde a la responsabilidad del agente. Una política criminal eficaz exige, por tanto, un notable sentido de prudencia y proporcionalidad en el empleo de la pena" ("Manual", 3ra. ed., n. marg. 94, p. 39 y s.; 4ta. ed., n. marg. 92, p. 34).

puesta por una instancia facultada para hacerlo"[8]. Pero también la pena puede ser entendida como "retribución", es decir, como "castigo", "respuesta", etc., que recibe el sujeto por algo grave que ha cometido violando la ley penal; esto ocurre en la comunicación cotidiana donde la pregunta que se hace sobre quién ha sido condenado (o incluso tan solo detenido) es el "porqué" (razón, sentido, motivo) y no el "para qué" (finalidad), cuestión esta última que más bien suele estar prevista expresamente en la ley y enfatizada por los tribunales. Es decir, en la "pena" conjugarían, en realidad, tres cuestiones: la "esencia" (qué es la pena), la "justificación" de la pena (por qué motivo se impone) y la "finalidad" de la pena (para qué se impone)[9]. A partir de esta comprobación, en la doctrina se aclara que la discusión no debería tener que ver con este sentido cotidiano y semántico de la "pena", sino con la "legitimación" de la pena, o sea del papel que la "pena" (conceptualmente retributiva) jugaría en el orden judídico-estatal y en el funcionamiento de la administración de justicia. Para esto se necesita una "argumentación normativa" sobre la legitimación de la pena impuesta por el Estado[10], que es lo que se expondrá más adelante.

La segunda aclaración está dirigida a los orígenes de la discusión, pues se sugiere muchas veces la impresión de una "evolución de ideas" desde las más antiguas (primitivas) hasta las más recientes, modernas y acaso más plausibles; y que las teorías absolutas habrían sido las más "antiguas", mientras las más "modernas" serían las teorías relativas. Pero ya en la antigüedad PLATÓN, el gran filósofo griego, había distinguido entre el castigo y la prevención de las penas, lo cual se resume en la frase, que ha llegado hasta nosotros a través de una cita que hace SÉNECA de la afirmación de PROTÁGORAS: "Nam, ut Plato ait: 'nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur'" ("Pues como decía Platón: ninguna persona razonable pena por los pecados cometidos sino

---

[8] HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 103. En esto hay consenso en la doctrina; cfr. c. más refs. WEIGEND, LK, Einl., n. marg. 63; KÜHL, "Zu Missbilligungscharakter...", p. 153; RÖSSNER, p. 636 y s.; KUNZ, p. 363; KARGL, "Friede durch Vergeltung", p. 57 y s., 60; HERZBERG, p. 161; críticamente, LÜDERSSEN, "Freiheitsstrafe ohne Funktion", p. 48 y s.

[9] Cfr. JESCHECK/WEIGEND distinguen entre "justificación" (político-estatal, socialsicológica e individual-ética) de la pena y "esencia" (o naturaleza) de la pena; en HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 103; distinguiendo entre "esencia de la pena", "justificación de la pena" y "sentido de la pena", RÖSSNER, p. 637 y ss.; también NEUMANN, con su distinción tripartita, de "pena" como "institución", como "función" y como "finalidad", cfr. p. 438 y ss. Observa igualmente una mezcla de ambos aspectos en la discusión de las dos últimas décadas (las cuestión de *qué* significa pena con el *para qué*, con qué *finalidad*, según qué *criterios* el Estado puede imponer una pena), WEIGEND, en LK, Einl., n. marg. 62. ROXIN, para quien no basta con la "imposición del mal" y la "desaprobación ética-social" por no ser propio de la sanción penal (también las tendría cualquier otra sanción estatal), propone un concepto propio de "pena" que incluye también la finalidad del Derecho penal (protección de bienes jurídicos): "Pena es una imposición de mal por el Estado con motivo de una conducta reprochable, en gran medida socialmente dañosa" [trad. libre], cfr. "Strafe und Strafzwecke...", p. 601 y ss., 603. Anteriormente había rechazado la trascendencia de la diferenciación (que él consideraba inexacta) remitiéndose a HENKEL (1960, p. 9); cfr. "Strafrecht AT", tomo I, § 3, nota al pie 65.

[10] Cfr. HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 104.

para impedir los futuros")[11]. Luego, aunque se designe como "clásicas" a las teorías absolutas, estas no son más antiguas (y menos aún "anticuadas"). El término "clásico" viene siendo utilizado desde que estas teorías fueran formuladas por los filósofos idealistas alemanes Immanuel KANT y Georg Wilhelm HEGEL, pero en un contexto histórico en el cual el carácter "absoluto" de la pena constituía una protección para los condenados, un reconocimiento de su "dignidad" ante la instrumentalización (tratamiento como si fuera un "perro") por parte de los detentadores del poder[12]. En el caso de KANT, incluso es discutible que él hubiera defendido alguna vez una "teoría retributiva de la pena" como se le suele atribuir (ver abajo en V. 1).

Una tercera aclaración apunta a deslindar entre las "funciones manifiestas" que son las que aquí interesan con las llamadas "funciones latentes"[13]. Mientras que las funciones manifiestas se refieren a aquellas que la sociedad entiende o debería entender, desde una perspectiva interna, por la institución de la pena estatal, las últimas, desde una perspectiva externa, se refieren a prestaciones sociales que son buscadas fuera del entendimiento social, p. ej. la recogida legal de agresiones. Por cierto, según cada autor, las funciones latentes son diferentes. Para JAKOBS, p. ej., serían "latentes" (por contraposición a lo que para él es manifiesto: la estabilización de la norma) las tradicionales funciones preventivas[14] que para la doctrina dominante serían precisamente funciones manifiestas.

En cuarto lugar, aunque se trata de un tema estrechamente vinculado con la pena, se debe renunciar aquí a la discusión sobre la naturaleza de las "medidas de seguridad"[15]. Algo parecido rige para el tema de las "contravenciones"

---

[11] A esta cita se remite la doctrina penal; ver entre otros, ROXIN, c. más refs. "Strafrecht AT", tomo 1, n. marg. 11; HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 268, p. 140; KINDHÄUSER, "Strafrecht AT", § 2, n. marg. 9; FR.-CHR. SCHRÖDER, "Das Strafgesetz...", p. 165 y s.; JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 5. Un análisis minucioso de la doctrina de Protágoras, confrontándola con la de otros filósofos griegos hace DE SOUSA, p. 305 y ss.

[12] Cfr. HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 269 y ss, 272.

[13] Al respecto, HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 106. Utilizan estos términos en un sentido diferente, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 35 y ss. Para ellos, la función manifiesta sería la "oficial", la expresa declarada y pública que el poder necesita para legitimarse, para someterse al juicio de racionalidad (aquí entrarían todas las funciones conocidas); la función latente o real sería la que de verdad ocurriría.

[14] JAKOBS, "Das Selbstverständnis...", p. 50; también "Staatlicher Strafe...", p. 31, nota al pie 147.

[15] En la doctrina germana dominante, se considera que la fundamentación de una y otra debe estar desvinculada debido a que tuvieron un origen distinto y se aplican ante distintas circunstancias (la pena tras la comisión de un delito, para reprimirlo; la medida de seguridad, con miras hacia el futuro para prevenir delitos); JESCHECK/WEIGEND, "Lehrbuch...", § 9, n. marg. 1; MAURACH/ZIPF "Strafrecht AT", tomo 1, § 5, n. marg. 7. Pero para otros, ambas, como "consecuencias penales", estarían unidas en cuanto forman parte del "control social formal" y, por lo tanto, deben ser legitimadas conjuntas; cfr. p. ej. HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 297 y ss., esp. 300; para ROXIN ("Strafrecht AT", tomo I, n. marg. 63 y ss., esp. 68), ambas tendrían la misma finalidad preventiva dentro de una "concepción unitaria" de la pena y solamente se diferenciarían en la forma de cómo debe fundamentarse la limitación de su aplicación:

(equivalente en nuestros países a "faltas" más las "infracciones administrativas"), cuya naturaleza "penal" últimamente tiende a ser reconocida[16].

Finalmente, aunque evidente a veces, se pierde de vista en el fragor de la discusión[17], que el fin de la pena no puede ni debe estar desvinculado de la tarea o finalidad del Derecho penal mismo. Según la doctrina dominante (que yo considero la correcta), esta tarea consiste en la *protección de bienes jurídicos*[18]. Luego, la imposición efectiva de penas también deberá guardar vinculación con esta última finalidad; pero aquí la discusión está en la forma en que ellas actúan para dar cumplimiento a esta finalidad, lo cual también influirá en su configuración concreta. Así, una pena destinada a la "intimidación" de los demás será concebida de distinta manera (ya en cuanto al tipo de pena, la magnitud de su gravedad, la forma de su ejecución, etc.) que una pena limitada a "resocializar" al delincuente o una que quiera sobre todo "restituir" a la víctima.

II. Las teorías absolutas

Las teorías absolutas pueden resumirse, de manera más o menos neutral, con el concepto "retribución": todo daño debe acarrear la imposición de un daño al causante. Otros términos tienen un matiz más o menos religioso o ideológico partiendo de la idea de que todo bien debe ser pagado con el bien, y el mal, con un mal. Aunque, según la explicación que se quiera dar a la relación entre delito y pena se pueda diferir en los términos empleados (expiación,

---

la pena, a través de la "culpabilidad"; la medida de seguridad, mediante el principio de "proporcionalidad" o "ponderación de intereses" (pese a la peligrosidad no deberá imponerse una medida de seguridad cuando su gravedad sobrepasare la medida de la gravedad del hecho cometido y la que implicare la restricción de la libertad individual).

[16] Al respecto me he manifestado en otro trabajo al analizar el "Derecho penal administrativo" español y peruano y el "Derecho contravencional" alemán; ver c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Responsabilidad penal de los entes colectivos: estado actual y reflexiones preliminares", en URQUIZO/ABANTO/SALAZAR, Lima, 2011, voumen 1, p. 74 y s., 76 y ss.

[17] Como reclama con justicia ROXIN ("Strafrecht AT", tomo 1, § 3, n. marg. 1) y especialmente HASSEMER, últimamente (conjuntamente con NEUMANN y c. más refs.) en NK, vor § 1, n. marg. 108 y ss. Similar acentuación hacen STREE/KINZIG, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vor §§ 38 y ss., n. marg. 1. Igual importancia otorga a la vinculación entre la teoría de la pena y la teoría del Derecho penal, KAHLO (refiriéndose a la teoría de bienes jurídicos penales de Hassemer y, desde una perspectiva neoidealista, criticando su teoría de la prevención general), "Die Weisheit...", p. 388 y ss.; igualmente LÜDERSSEN, desde una posición minimalista, "Freiheitsstrafe ohne Funktion", p. 47.

[18] Pese a algunas tendencias doctrinarias y aunque existan ya algunas disposiciones legales que dan pie a pensar en normas destinadas a proteger representaciones referidas a valores y conductas sociales frente a manifestaciones culturales distintas, estas normas todavía se mueven dentro de la protección de bienes jurídicos; cfr. NEUMANN, "Institution, Zweck und Funktion...", p. 446 y s. Si bien últimamente en Alemania, con motivo de la sentencia del "caso del incesto" de 26-02-2008 (BVerfG en NJW 2008, p. 1137 y ss.), parece haber tenido lugar un triunfo doctrinario de los partidarios del "principio de proporcionalidad" en contra del concepto crítico de bien jurídico, su importancia para la política criminal (junto con los demás criterios como el de merecimiento y necesidad de pena) sigue vigente; al respecto, defendiendo el concepto del "bien jurídico", últimamente KÜHL, "Von der gerechten Strafe...", p. 447 y ss.; anteriormente, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", p. 41 y ss.; también "Acerca de la teoría de bienes jurídicos...", p. 3 y ss. [en esta compilación: p. 13 y ss.].

compensación, etc.), por sus resultados, todas las teorías apuntan a lo mismo: la aplicación al delincuente de un mal equivalente al que este hubiera causado.

Históricamente, la "retribución" (no la teoría de la retribución, sino su práctica efectiva) debe haber estado vinculada a los orígenes de las sociedades si se entiende que tras haber estado la "justicia" en manos privadas (el ofendido, su familia, su tribu), ella pasó luego a una instancia central, el Estado, quien la formalizó en un proceso neutral que asegurara la paz en la sociedad[19]. Es por eso –se dice– que esta "función" de la pena, resumida en la bíblica "ley del Talión" ha quedado tan arraigada en la mente de cualquier ciudadano, que en la vida cotidiana o en el discurso político no solamente predomina esta idea sino hasta resulta un sobreentendido[20].

En sentido moderno, se suele citar como uno de los padres de la "teoría retributiva de la pena" a KANT para quien el ser humano nunca debería ser hecho objeto de las intenciones de otro, y que exigía que primero debería ser encontrado punible antes de pensar en extraer de esta pena algún beneficio para él mismo o sus conciudadanos. Y culmina sus reflexiones con su famoso "ejemplo de la isla", ejemplo que ha sido tradicionalmente interpretado en el sentido de que la retribución de todo delito debería producirse aun cuando careciera de cualquier utilidad: incluso si los miembros de una comunidad que habitan una isla decidieran disolver su sociedad y esparcirse por el mundo, se deberá sancionar penalmente a los delincuentes que todavía estuvieran sin condena ("Metaphysik der Sitten", 1798, parte II, sección E 455)[21].

El otro padre del "retribucionismo" moderno, el filósofo alemán, HEGEL, argumentaba que a través de la pena se "deroga" la "voluntad especial" del infractor que, con la infracción jurídica, ha negado la "voluntad general" del ordenamiento jurídico; en suma: el delito sería la "negación del Derecho", y la pena sería la "negación de la negación" necesaria para "reinstaurar el Derecho" ("Grundlinien der Philosophie des Rechts", 1821, adición al § 97, § 99 y ss.)[22]. Y también él enfatizaba en la exclusión de finalidades ulteriores a los propios individuos en la aplicación de la pena.

---

[19] Cfr. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, § 3, n. marg. 2; también aunque críticamente viendo estas tendencias hasta la actualidad, LÜDERSSEN, "Muss Strafe sein?", p. 468.

[20] Cfr. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, § 3, n. marg. 2.

[21] Sin embargo, hay una reinterpretación distinta de las ideas de Kant que derrumban esta imagen que se tenía tradicionalmente de sus reflexiones; ver más abajo en V.1.

[22] Cfr. las referencias bibliográficas sobre estos dos autores y la interpretación de sus aportes en HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, nota al pie 218, p. 141.

Todas estas teorías han recibido el apelativo de "absolutas", porque no reconocían una finalidad ulterior a sí mismas, una utilidad; o sea eran "libres de finalidad".

También ha habido intentos de justificar el carácter retributivo de la pena de otra manera; p. ej. con el concepto de "expiación" (Sühne) en el sentido individual de que el autor interiorice la pena como compensación justa de su culpabilidad.

En contra de las teorías absolutas clásicas, se han hecho valer una serie de objeciones[23]. En primer lugar, la retribución no ofrecería ningún argumento de legitimación para el ejercicio del ius puniendi: ¿de dónde se arroga el Estado el derecho secular a intervenir masivamente en los derechos fundamentales de sus ciudadanos sin con ello perseguir finalidades sociales positivas?[24] El monopolio de la violencia estatal solamente podría legitimarse a partir de una "utilidad social" y esta no parece demostrable con la retribución, pues no puede decirse que "un mundo, en el cual (por parte de la víctima) se reacciona con ciertas lesiones adicionales (contra el autor) es ceteris paribus un mejor mundo que uno en el cual todo quede en la lesión (de la víctima) ya producida (y que por ello ya no se puede evitar)" [trad. libre][25], ni tampoco es humanamente comprensible o accesible que el mal causado desaparecería o se compensaría con otro mal[26]. En la "retribución" siempre estaría presente el "instinto de venganza" que no es compatible con las sociedades modernas; creer en la "retribución" equivale más bien a un "acto de fe", pues no es racionalmente explicable "cómo se puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal[27]. En el fondo, el retribucionismo en general y la filosofía kantiana en especial estarían fuertemente influenciados por la moral cristiana que hace predominar en la tierra el castigo por sobre el premio[28]. Esto es evidente en teorías de la "retribución" vinculadas con la moral o la religión. Y, cuando se habla de una "expiación" de culpabilidad individual, se trataría de algo (aunque deseable) que pocas veces ocurrirá en la realidad y que, por lo demás constituye un acto autónomo de la personalidad que no puede realizarse a través de una imposición[29]. Y precisamente esto no es posible, en un

---

[23] Ver las refs. en JESCHECK/WEIGEND, p. 71; ROXIN, Strafrecht AT, tomo 1, § 3, n. marg. 5.

[24] C. más refs. WEIGEND, LK, Einl., n. marg. 59.

[25] HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 104.

[26] Cfr. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, § 3, n. marg. 8; KINDHÄUSER, "Rechtstreue...", p. 730.

[27] Ver ROXIN, "Problemas básicos", p. 14 y s.

[28] De ahí que en el ejemplo de la isla se hable de penar hasta el último delincuente, pero no se exige premiar al último que lo hubiera merecido. Cfr. LÜDERSSEN, "Muß Strafe sein?", p. 479.

[29] Cfr. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, § 3, n. marg. 10.

estado social y democrático de Derecho, pues éste no puede legitimar el grave recorte de libertades individuales que implica la pena si no es a través de una finalidad social[30]. El Derecho penal de las sociedades modernas exige más bien un "utilitarismo" que le permita, incluso por razones de justicia (y en contra de lo que exigiría una pena "retribucionista), prescindir de la imposición de sanciones penales en muchos casos (principio de oportunidad, condena condicional, etc.)[31].

Se critica también que la "retribución" albergaría una argumentación circular, pues presupondría lo que habría primero que demostrar. Así, cuando se afirma que la pena debe aplicarse para no tratar desigualmente las conductas del autor y la víctima, no se habría demostrado primero que ambos sujetos son desiguales en relación con sus conductas y que esta desigualdad exigiría precisamente una reacción penal[32]. Incluso la argumentación basada en la retribución de "culpabilidad" caería en una petición de principio, pues la culpabilidad individual está vinculada a la existencia de una libertad de la voluntad, lo cual por sí solo no podría servir de base para las intervenciones estatales[33]. Además, la "retribución" no demuestra por qué la causación de un mal debería ser la consecuencia lógica del mal causado por el delincuente. Con la afirmación de KANT de que "... si fracasara la justicia, ya no valdría la pena de que vivieran los seres humanos en la tierra" [trad. libre], no se ha demostrado nada aún.

Finalmente se critica también las consecuencias de la pena retributiva en la etapa de la ejecución, pues ella no sería capaz de curar los daños de socialización de los delincuentes y no sería un medio idóneo para la lucha contra la criminalidad[34].

Durante mucho tiempo, la doctrina había prácticamente abandonado la teoría de la "retribución", sin que ello cambiara, en los hechos, la vigencia de la idea en un amplio sector de la población y hasta en las expresiones co-

---

[30] Cfr. ROXIN "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 48.

[31] ROXIN lo explica así: "Y es que si, tal como se ha expuesto en los párrafos anteriores, la tarea del Derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, para cumplir con esta tarea no puede valerse de una pena que prescinda expresamente de toda función social. La idea de la retribución exige también la pena allí donde ella no es necesaria por motivos de la protección de bienes jurídicos (...) pero entonces la pena ya no sirve a las tareas del Derecho penal y pierde su legitimación" [trad. libre], "Strafrecht AT", tomo 1, § 3, n. marg. 8. Más adelante (ibídem, n. marg. 60) dice: "Y es que la pena es una intervención estatal grave y como tal precisa una justificación jurídica que no puede consistir en una idea metafísica de compensación retributiva de culpabilidad sino solamente en su idoneidad y necesidad para cumplir con tareas estatales (en el caso concreto: un control de la criminalidad que garantice la seguridad)" [trad. libre].

[32] Crítica dirigida al neorretribucionismo por HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 104 al final.

[33] ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, § 3, n. marg. 8, al final; n. marg 56.

[34] ROXIN invoca como ejemplo el atraso del sistema carcelario alemán (basado antiguamente en la idea de la retribución) hasta antes de la reforma de 1977, "Strafrecht AT", tomo 1, § 3, n. marg. 9.

tidianas políticas, policiales y judiciales. Últimamente en la doctrina hay un resurgimiento de la "retribución" como explicación de la pena y del Derecho penal[35], sobre todo en el marco de la corriente "neoidealista" (teoría de la protección de derechos subjetivos) fundada por Ernst Amadeus WOLFF y seguida por KÖHLER, ZACYCK, KAHLO, etc. Esto se analiza más abajo en V.2. Y hasta detractores del retribucionismo resaltan, en cuanto esta teoría destaca la dignidad humana frente al poder, la "sabiduría de las teorías absolutas"[36].

III. Las teorías relativas[37]

1. La prevención general

La teoría de la prevención especial apunta a todos los demás ciudadanos, quienes, tras tomar conocimiento de las leyes penales y de su cumplimiento efectivo, evitarían caer en la delincuencia. Es decir, se sanciona penalmente con la finalidad de evitar que otros delincan. Esta concepción tiene carácter "comunicativo", pues presupone un "mensaje" contenido en la pena en el marco de un entendimiento social sobre criminalidad y crimen[38].

En doctrina se conocen básicamente dos formas de interpretar la prevención general. Cada una de ellas ha recibido denominaciones que, desde la perspectiva actual, implican además una evidente toma de posición: prevención general negativa y prevención general positiva.

La **prevención general negativa** es aquella que busca la "intimidación" a través del "castigo", con lo cual los ciudadanos se abstendrían de cometer delitos. Ya PLATÓN (y con él Protágoras) decía que se castiga para "disuadir"[39]. Ideas similares se manejaron con posterioridad. En algunos casos, se llegó a afirmar que la pena buscaba "el terror de los hombres" (BECCARIA) o que el efecto intimidante tenía que darse independientemente de la aplicación de la pena real, mediante el uso de solemnidades que causen impresión (BENTHAM). Posteriormente, la intimidación cambió de giro desde la intimidación en la

---

[35] Observación hecha por SCHÜNEMANN, "Aporien...", p. 327; PAWLIK, p. 228.

[36] Coinciden en acentuar este "mérito" de las teorías absolutas p. ej. los partidarios del funcionalismo radical JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 11 y ss., 31 y ss.; PAWLIK, "Kritik der präventionstheoretischen...", p. 213 y ss.;) y los seguidores de la teoría de derechos subjetivos (KÖHLER, "Strafrecht AT", p. 37 y ss.; ZACZYCK, "Zur Begründung...", p. 207 y ss. KAHLO, "Die Weisheit...", p. 383 y ss.). Más refs. en HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 272 (HASSEMER, líder de la prevención general positiva, ha acuñado esta expresión y reconocimento en su "Einführung in die Grundlagen des Strafrechts", 2da. ed., 1990, cfr. p. 323 y s.).

[37] La atribución de "relativas" proviene del latín "referre" que significa "referido a algo", es decir, que estas teorías vinculan la finalidad a algo distinto del objeto materia de su estudio.

[38] Cfr. HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 105.

[39] Cfr. FR.-CHR. SCHRÖDER, p. 165 (con la cita de Protágoras: "... para que los demás vean que el autor es penado").

ejecución de la pena hacia intimidación a través de la simple amenaza penal de la ley, amenaza dirigida como coacción psicológica sobre los ciudadanos[40]. Así, a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, Johann Anselm von FEUERBACH desarrolló su doctrina de la "teoría de la coerción sicológica" (psychologische Zwangstheorie)[41], según la cual la conminación penal inclinaría la balanza hacia la conducta correcta y deseada del sujeto a través de una "coerción síquica" en él, cuyo espíritu se encontraría siempre en una permanente lucha interna entre el deseo de satisfacer sus deseos cometiendo el delito o abstenerse de hacerlo. El potencial delincuente debe saber que la comisión de un delito traerá consigo un mal en contra de él que será mayor que el desagrado (Unlust) que le pueda causar el no poder satisfacer sus instintos cometiendo un delito. Es consecuencia lógica de esta teoría, puesto que presupone el conocimiento previo de la ley penal, la necesidad de garantizar este conocimiento previo de la forma más exacta posible; FEUERBACH fundamentó así no solo la prevención general negativa, sino también el principio de legalidad con la frase, por lo demás, hoy en día conocida y aceptada por todos: "nulla poena sine lege"[42]. Por otro lado, esta teoría también está vinculada con la imposición (el proceso penal) y el cumplimiento de la pena (la ejecución penal), porque de estas depende el éxito de la conminación penal, tal como el mismo Feuerbach también había reconocido[43].

Pero esta teoría ha tenido críticas decisivas que la hicieron caer relativamente pronto en descrédito. En primer lugar, la ya mencionada crítica de KANT y HEGEL sobre la "instrumentalización" de los ciudadanos, su tratamiento del ciudadano como si fuera objeto con finalidades ajenas a él, lo cual es incompatible con la dignidad humana[44]. Por otro lado, también, al proclamar una supuesta eficacia objetiva (reducción de la criminalidad a través de la "intimidación" en los demás ciudadanos), esta tendría que ser probada empíricamente, lo cual, sin embargo no deja de ser problemático[45]. Pero incluso si fuera posible esta intimidación, no tanto en la interrelación norma penal-sanción penal-proceso penal, sino dentro del proceso de socialización del individuo (control informal) mediante la creación de "inhibiciones", este efecto "simbólico" es muy cuestionable como criterio

---

(40) Cfr. c. más refs. FR.-CHR. SCHÖDER, "Das Strafgesetz...", p. 166.

(41) Cfr. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, § 3, n. marg. 22.

(42) Cfr. ROXIN, "Strafecht AT", tomo 1, § 5, n. marg. 22 y s.

(43) Cfr. ROXIN, Strafrecht AT, tomo 1, § 3, n. marg. 23.

(44) Cfr. entre otros, HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 282.

(45) Cfr., c. más refs. HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 283.

de política criminal desde la perspectiva de un Derecho penal protector de bienes jurídicos[46].

Aunque durante mucho tiempo se considerara superada la prevención general negativa, en realidad nunca ha sido abandonada, pues siempre se ha considerado que sería inmanente a la pena y característico de ella (para diferenciarla p. ej. de las sanciones contravencionales o administrativas) el "reproche social"[47]. En los años 70 del siglo XX, como consecuencia de la crisis de la resocialización, se retornó en los EEUU a la "intimidación" en el sentido de la prevención general negativa, o también bajo políticas auspiciadas por el "análisis económico del derecho" (más al respecto abajo en V). Pero con ello los problemas no han desaparecido. Por un lado, parecen insuperables las antiguas críticas conocidas ya desde KANT y HEGEL sobre la instrumentalización del condenado[48]. Por otro lado, el supuesto efecto intimidante de la amenaza penal, el proceso o la ejecución penales, ante terceros es muy limitado, porque para que funcione debería cumplir con dos requisitos simultáneamente (lo cual es poco probable): los terceros deben conocer la amenaza penal y su ejecución y, a través de ello, deberían motivarse a tener una conducta fiel al Derecho. Pero en la realidad, las personas no suelen conocer el Derecho y viven, más bien, siguiendo normas sociales que no se corresponden necesariamente con las penales, son motivados por distintos factores que no tienen que ver con el Derecho penal ni la pena estatal, y confían en no ser descubiertos al ejecutar una infracción[49].

Al caer en descrédito la prevención general negativa, buena parte de la doctrina ha buscado la finalidad de la pena en la llamada **prevención general positiva** que en la actualidad tiene gran aceptación[50]. Esta concepción ha tenido diversas formulaciones, pero lo principal es que se basa en la "función comunicativa de la pena" y engloba tres objetivos o efectos distintos[51]: el efecto de aprendizaje (ejercicio en fidelidad al Derecho), el efecto de confianza de los ciudadanos en la vigencia del Derecho, y el efecto pacificador en la

---

[46] Últimamente, con más refs., KUNZ, p. 353 y s. Sin embargo, frente a este simbolismo "malo" (Derecho penal que engaña a los ciudadanos aparentando mayor efectividad), existiría otro simbolismo, inmanente al Derecho penal, y que actúa frente a los ciudadanos con finalidades sociales; ibídem p. 354 y ss.

[47] Ver más abajo también en V.1, al analizar el neorretribucionismo.

[48] HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 282.

[49] Cfr. HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 283.

[50] ROXIN reconoce que esta teoría sería, en Alemania, "casi dominante". Allá se considera como su fundador a SCHMIDHÄUSER en su obra 1971, "Vom Sinn der Strafe", 2da. ed.; posteriormente también ver "Über Strafe und Generalprävention", en LH a E. A. Wolff, 1998, p. 443 y ss.

[51] Cfr. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 27.

conciencia jurídica general (función integradora) a través de la superación del conflicto con el infractor. Ahora bien, según la metodología de la corriente que la exponga, variará el mayor énfasis que se dé en una u otra función (incluso a veces marginando por completo las demás). Para buena parte de la doctrina, la función comunicativa de la pena se dirigirá a afirmar ante todos los individuos la validez (o vigencia) de valores fundamentales (bienes jurídicos) con lo cual se daría forma a un juicio ético-social entre ellos fortaleciendo su "fidelidad al Derecho"(52); para los funcionalistas radicales se trataría de "ejercitar el reconocimiento de la norma"(53) (esta última posición se analiza con más detalle abajo en IV). En ambos casos, no se trataría de crear miedo, sino de tranquilizar mediante una pena que restablece la vigencia de la norma afectada con la finalidad de posibilitar la convivencia pacífica de los ciudadanos en sociedad(54). Y en ambos casos, en el fondo, se produce un encuentro con la nueva corriente retribucionista que se fundamenta en la "realización de justicia" para (¡aquí está la "finalidad"!) reforzar a largo plazo las convicciones morales de la población(55).

La nueva orientación de la prevención general positiva en su forma "más madura" desarrollada básicamente por Winfried HASSEMER, que ha tenido gran resonancia en buena parte del Derecho penal español ("función motivadora de las normas penales") y latinoamericano, reuniría tres características básicas(56): "Las tareas de la pena (teoría de la pena) son determinadas (y no se quedan aisladas) a partir de las tareas del Derecho penal (teoría del Derecho penal); las tareas de la prevención general y de la prevención individual son consideradas conjuntamente (y no se desintegran en sus efectos en el delincuente descubierto, por un lado, y los propensos al delito por el otro); la prevención general recibe en adelante un sentido positivo en la tarea de estabilizar la norma (y no se orienta en la finalidad negativa de la intimidación)" [trad. libre]. En el marco de una teoría del "control social", el Derecho penal es considerado como parte del control social formal (en la familia, la escuela y el Derecho en general) que busca hacer posible la convivencia social a través de la protección de intereses humanos elementales antes de la lesión (bienes

(52) Cfr. HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 288.

(53) JAKOBS, "Strafrecht AT", sección primera, n. marg. 11, 14 y ss.; también "Das Strafrecht zwischen...", p. 843.

(54) JAKOBS, describiendo el delito como contradicción de la norma, se refiere a la necesidad de garantizar "orientación en la vida social" de los ciudadanos que interactúan en la sociedad; el delito perturbaría esto y la pena tendría que confirmar a los que confían en las normas que estas siguen teniendo vigencia; ver "Strafrecht AT", p. 6 y ss.

(55) Cfr. HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 288.

(56) Cfr., c. más refs., HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 288. En España ver, entre otros, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, "Derecho Penal PG", p. 61 y ss. En Perú.

jurídicos) y los que estuvieren en juego durante el proceso de superación y procesamiento del conflicto[57]. La finalidad preventiva general solamente podría alcanzarse cuando se consiguiera que el Derecho penal cumpla con su control social formal, para lo cual no debe ser ni demasiado permisivo ni demasiado represivo, sino cuando imponga la *"pena justa"* dentro del marco del control social formalizado[58]. Esta versión de la prevención general positiva no sería "absoluta" (en el sentido, p. ej., del normativismo radical de JAKOBS; ver abajo en V.2) porque exige al Derecho penal la persecución y realización de finalidades situadas en el mundo exterior (validez fáctica de normas) que es capaz de ser sociológicamente comprensible, pero tampoco sería una teoría relativa en sentido clásico, porque se referiría a un campo distinto, tendría un concepto distinto de efectividad y de legitimación de la pena[59].

La ventaja de esta teoría, en relación con las teorías retribucionistas, es la misma que la de la prevención especial, o sea que se vincula con una finalidad social a cargo del Estado: la prevención de delitos[60]. Pero, además, tiene dos ventajas más en relación con la prevención especial: puede explicar por qué es necesario imponer una pena pese a la inexistencia de un peligro de reincidencia (riesgo del efecto de imitación del delito), y no tiende a reemplazar la descripción típica del hecho por pronósticos de peligrosidad del autor concreto; al contrario, exige la existencia de disposiciones legales claras, precisas como objeto de la prohibición para la efectiva motivación de los ciudadanos[61]. En la población, esta teoría (al igual que la retribución) es muy popular. Las razones del éxito de esta teoría radicaría en su accesibilidad para los profanos: sicológicamente se puede justificar con facilidad que muchas personas solo debido a la amenaza penal sofrenan sus impulsos[62]. En la actualidad se ha reconocido

---

[57] Cfr. HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 159 y ss., 168, 289 y ss. Estas dos finalidades, en contraposición con la unilateralidad de la doctrina tradicional expresada en la "exclusiva protección de bienes jurídicos", se resumiría de la siguiente manera: "... la teoría de la prevención general positiva no solamente tiene la mirada puesta en la efectividad de la evitación de la criminalidad sino también en la justicia del procesamiento de la criminalidad" [trad. libre]; ibídem, n. marg. 293, al final.

[58] Cfr. HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 290 al final, 296. "La pena no estará justificada simplemente por el hecho de que consiguiere la resocialización y la intimidación, sino recién cuando no abandonare los caminos del control formalizado" [trad. libre]; ibídem, n. marg. 296, al final; igualmente STREE/KINZIG en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vor §§ 38 y ss., n. marg. 15: "La pena tan solo es capaz de alcanzar sus finalidades preventivo-generales y especiales en medida suficiente cuando sea justa... La desaprobación pública, que se expresa frente al autor con la pena, tan solo está justificada, y es sentida como justa por la generalidad y por el condenado, cuando este último la mereciera según el tipo y la magnitud de la pena con motivo de su conducta desviada..." [trad. libre].

[59] En este sentido argumentan, HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 295.

[60] Cfr. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 28.

[61] Cfr. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 29

[62] Encontrando coincidencias con las teorías de Freud, ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, § 3, n. marg. 24.

que la "prevención general" tiene tanto un aspecto negativo (la intimidación) como uno positivo (la motivación, refuerzo de la confianza en la fortaleza del ordenamiento jurídico). Aunque todavía se suele destacar solo el aspecto positivo, en realidad, ambos aspectos son inseparables, porque la "confianza en la fortaleza del ordenamiento jurídico" depende en parte de la fuerza intimidante de la pena(63).

Pese a las mejoras que presenta esta última versión mejorada de la prevención general, se sigue viendo expuesta a las mismas críticas que se hacen a la teoría de la "intimidación" (instrumentalización del individuo, falta de prueba empírica de la eficacia y tendencia a la desproporción de la pena)(64). Mientras que el primer punto parece haberse resuelto con la integración de la prevención especial como principio constitucional (además de que la estabilización normativa también beneficiaría al condenado como miembro de la sociedad), el aspecto de la prueba empírica todavía no ha sido resuelto aunque no parece ser tampoco un obstáculo serio(65). La realización de estudios criminológicos y estadísticas sobre la criminalidad debería ser posible(66), pero hasta ahora no se ha conseguido todavía vincular convincentemente la criminalización o descriminalización, así como tampoco la argumentación jurídico-penal de las resoluciones judiciales con los resultados que arrojaren estos estudios(67). Es más, la teoría presupone una serie de afirmaciones sin ninguna constatación empírica(68). Pero los defensores de esta teoría tampoco suelen considerar imprescindible la prueba empírica como presupuesto para una decisión norma-

---

(63) Así, ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, § 3, nota al pie 37 al final; JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 33.

(64) Resumidamente, WEIGEND, LK, Einl., n. marg. 59.

(65) Tradicionalmente se ha recurrido al argumento fácil de oponer a la crítica referida a la falta de prueba empírica de la eficacia de la prevención general, que precisamente los niveles de criminalidad vigentes demostrarían que la mayoría de la población se mantendría fiel al Derecho, cfr. "Strafrecht AT", tomo I, n. marg. 30.

(66) La jurisprudencia penal alemana ha aceptado la relevancia de estudios empíricos sobre el efecto preventivo general para la medición de la pena, ver ibídem, n. marg. 284, nota al pie 240. Ver refs. al respecto en HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 296, nota al pie, 252; también las referencias sobre literatura a favor y en contra en ROXIN ("Strafrecht AT", tomo I, n. marg. 30, nota al pie 41), quien sin embargo duda de la posibilidad de probar empíricamente la efectividad preventivo-general de la actividad punitiva; igualmente de manera escéptica, WEIGEND, c. más refs. sobre investigaciones empíricas, LK, Einl., n. marg. 59, nota al pie 142; desde su propia perspectiva, también JAKOBS niega la posibilidad de comprobación empírica, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus...", p. 845.

(67) Esta "autonomía" (más exacto: "desvinculación") del Derecho penal constituye un problema no resuelto aún, aunque sea decisivo para su legitimación en su tarea protectora de bienes jurídicos Al respecto me he manifestado críticamente en un trabajo anterior sobre la falta de una teoría penal constitucional que vincule la génesis de las normas penales a una verdadera protección de bienes jurídicos. Ver c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Acerca de la teoría de bienes jurídicos" p. 41 [en esta compilación: 50, 77 y ss.].

(68) RÖSSNER critica por ello (sobre todo en cuanto a la legitimación de la imposición de penas) que toda la discusión sobre los fines de la pena sería superficial y se movería en círculos, pues parte de una presunción básica: que los ordenamientos sociales no podrían existir sin el Derecho penal; cfr. p. 639 y s.

tiva, aunque sí es cierto que tal prueba empírica podría servir como criterio decisivo para excluir soluciones jurídicas que contradijeren los conocimientos empíricos seguros[69]. Además, en relación con la "prevención general negativa", esta teoría parece tan solo significar un cambio de formulación semántica. Sea que se hable de "motivación" o "fortalecimiento de la fidelidad al Derecho", ambos constituyen los efectos deseados, pero desde la perspectiva del ciudadano la pena implica también una "intimidación" dentro de este marco[70].

Finalmente, ante la objeción de la "tendencia a la desproporción" se suele responder recurriendo al límite externo, del "principio de culpabilidad". El problema de la desproporción radica en que no solo en la población, sino incluso en la jurisprudencia parece imposible erradicar la idea de la necesidad de conseguir, a través de la sanción penal (tanto como amenaza en la norma penal como en la condena y ejecución), la contención de la criminalidad. Es por eso que es usual que el lenguaje político exija conyunturalmente la agravación de penas frente a la mayor frecuencia de determinado tipo de criminalidad[71]. Y aquí el peligro es la mencionada deficiencia no superada de la prevención general, la cual no ha sido ni es capaz de proporcionar un parámetro para limitar la duración de la pena, duración que históricamente siempre ha llevado al abuso (político) del Derecho penal[72]. Esta duración sí es aportada por la teoría de la "retribución" a través de la vinculación (y limitación) de la pena a la medida de la culpabilidad del autor, lo cual también sirve al fin arriba mencionado de la sensación de justicia en la generalidad y redunda en el mismo efecto preventivo-general. Pero esta vinculación recién puede ser hecha coherentemente en el marco de una teoría de la unión, tal como se expone más abajo[73].

Frente a la prevención especial, la prevención general también tiene otra deficiencia notoria: como se concentra en los demás y no en el delincuente, no favorece impulsos para mejorar la ejecución penal[74].

---

[69] Al respecto, ampliamente, tomando como otros ejemplos la "medida de la pena basada en la culpabilidad", el supuesto efecto "preventivo general" y el "preventivo especial" de la pena, FRISCH, "Defizite empirischen Wissens...", p. 247 y ss.; 261. Este autor demuestra que, en el Derecho (y también en otras áreas), la falta de conocimiento empírico sobre determinado problema jurídico suele ser decidida con ayuda de conocimientos generales de la experiencia, reglas de la razón práctica y soluciones normativas.

[70] Cfr. HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 285; refiéndose especialmente a la versión de la prevención general positiva de Jakobs, KARGL, "Handlung und Ordnung", p. 568 y s.

[71] Cfr. c. refs. jurisprudenciales alemanas, HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 284.

[72] Cfr. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 32.

[73] Cfr. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 53, 61.

[74] ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 32.

Por último, esta teoría adolece de considerar suficientemente los intereses de la "víctima". Sobre este tema nos extenderemos más abajo en IV.4.

2. La prevención especial

A diferencia del caso anterior, aquí la prevención utilitarista va referida al delincuente concreto: la sanción busca prevenir los delitos de quien ha cometido aquello por lo cual se le está penando. Aquí también se han dado distintas tendencias a través de la historia bajo las finalidades de "enmienda", "defensa social" y "teleológica".

En la época de la Ilustración, esta teoría tuvo un gran desarrollo autónomo, mas luego fue desplazada por la teoría de la retribución. A finales del siglo XIX, sin embargo, surgió la "defensa social" sostenida por la escuela positiva italiana (Lombroso, Garofalo y Ferri). Según esta, para conseguir la disminución de los delitos, debe entenderse a estos como hecho natural, no como "abstracción jurídica" y por lo tanto deberá estudiarse al delincuente. Para esto último se apoya en la antropología, llegando a considerar al delincuente como un ser anormal, identificable incluso a través de determinadas características exteriores. Pero ha sido la teoría construida por Franz von LISZT desde finales del siglo XIX con su "Programa de Marburgo", la que sentó las bases de la prevención especial más difundida. Para él, debería seguirse una finalidad diferenciada de la pena en función del tipo de delincuente[75]:

1. Para delincuentes susceptibles y necesitados de corrección, debe darse la *corrección* (Besserung) para evitar su reincidencia.
2. Para aquellos que no necesiten corrección (autores ocasionales), se buscará la *intimidación* (Abschreckung).
3. Para los que no puedan ser corregidos ni intimidados (criminales habituales), deberá buscarse la *neutralización* (Unschädlichmachung).

Después de la Segunda Guerra Mundial, la "nueva defensa social" propugnada por Marc ANCEL ha dado nuevo impulso a la idea de "resocialización" a través del "tratamiento". Posteriormente, el auge disminuye ante la constatación de la falta de resultados (aumento constante de la criminalidad) y el elevado costo de los tratamientos. También coadyuvó a la crisis el hecho de la arbitrariedad y violencia coactiva inmanentes a la prevención especial.

El triunfo de la "resocialización" tuvo como contrapartida el descrédito de la prisión[76]. En la reforma penal alemana de los años 70 del siglo XX, la

---

[75] VON LISZT, "Der Zweckgedanke ...", p. 1 y ss. Por otro lado, él tampoco desconoció que la pena tendría como "efecto reflejo" un "refuerzo de los motivos sociales"; ibídem, p. 23, nota al pie 69.

[76] Cfr. BARATTA, p. 1 y s.

idea de la resocialización obtuvo una consagración práctica a la que siguió poco después un constante respaldo de la jurisprudencia que culminó con el famoso fallo constitucional del caso "Lebach" que reconociera expresamente la idea resocializadora, desde la perspectiva del individuo, como plasmación del principio constitucional de la "dignidad humana", y, desde la perspectiva de la sociedad, como un principio del deber social de asistencia, por lo cual, "... el condenado (debe) tener la oportunidad de reintegrarse en la sociedad tras cumplir su pena..."[77]. De esto se deriva que tanto la pena de "cadena perpetua" debe poder ser suspendida (derecho a la resocialización)[78], como también el cumplimiento de la pena de prisión debe reunir ciertos requisitos vinculados con la "resocialización" y la reintegración futura[79]. Más adelante incluso se admitió la resocialización como "derecho" del condenado[80]. Todo esto ha influido en la jurisprudencia penal hasta ahora y el Tribunal Federal alemán (BGH) usualmente enfatiza en que la pena no debe tender solamente a "compensar la culpabilidad", sino también debe cumplir una función social de prevención[81].

Sin embargo, años más tarde se ha producido un amargo desengaño, porque no se llegó a cumplir con las grandes expectativas puestas en ella. Efectivamente, se ha reconocido que los efectos positivos buscados en los condenados no han podido ser probados ni desmentidos, pero perviven los temores sobre los efectos más bien desocializadores de la prisión[82]. Las críticas más fuertes a la resocialización se plantearon en el Derecho anglosajón y escandinavo, donde, tras reconocer el fracaso de medidas preventivo-especiales en la prisión y bajo la divisa "nothing works" (nada sirve o nada funciona), se ha retornado a ideas basadas en el retribucionismo y la prevención especial: "intimidación" (deterrance) o pena según el merecimiento ("neoclasicismo")[83]. En el resto de Europa, la situación cambió radicalmente en los años 90 del siglo XX a partir de una serie de sonados casos de delitos violentos, sobre todo contra niños[84]; en Alemania, esto ha llevado a admitir la idea del "Estado fuerte" y

---

[77] Tribunal Constitucional Alemán (TCA), tomo 35, p. 202 y ss., 235 y s.

[78] TCA, tomo 45, p. 187, 239.

[79] TCA, tomo 98, p. 169, 201.

[80] TCA, tomo 45, p. 183 y ss., 239.

[81] Ver c. refs. jurisp. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, § 3, n. marg. 14.

[82] Cfr. c. más refs. HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 275; ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, § 3, n. marg. 13 y ss., esp. 20.

[83] Ver refs. en HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 276; ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, § 3, n. marg. 18.

[84] Cfr. HAFFKE, p. 370 y s.

dar una legislación "nerviosa" en los últimos años que ha recortado paulatinamente los derechos ciudadanos. Se afirma por ello que se habría recaído "en la vieja ética penal de la exclusión, encerrar de por vida, expulsar y de repudio social"[85]. No obstante, en Alemania se han realizado investigaciones empíricas referidas a la criminalidad liviana y mediana que muestran bajos niveles de reincidencia, aunque la doctrina toma con cuidado la fuerza explicativa de estos datos[86]. Por cierto que estas cifras son de valor relativo por diferentes razones: se basan en investigaciones empíricas de los años 70 y 80 del siglo pasado, la no-reincidencia registrada del sujeto puede deberse a diferentes factores (p. ej. la elevada cifra oscura de la criminalidad), la reincidencia de los sujetos que sufrieron condena efectiva podría deberse al proceso selectivo de la aplicación de la pena (la prisión efectiva se aplica precisamente a los que tienen un pronóstico criminal más desfavorable), etc.[87]. Aun así, esto demostraría que la tesis pesimista del "nothing works" no sería acertada y más bien los programas de tratamiento sí podrían ayudar a reducir las cuotas de reincidencia bajo ciertos presupuestos[88]: elaboración de programas claramente estructurados y con fundamentos sólidos, tener en cuenta las capacidades específicas del delincuente, estar en una relación adecuada con el riesgo de que pueda partir del autor, contrarrestar los factores que impiden la reinserción del autor, etc.

También existen otros peligros inmanentes a ella que no han podido ser superados aún. No se puede definir, p. ej. hacia dónde debería tender la "resocialización" y tampoco parece sostenible que la prisión y las demás penas usualmente previstas en los códigos penales sirvan para resocializar, por lo menos en lo que respecta a determinado tipo de delincuentes (p. ej. los de delitos imprudentes o incluso delitos graves sin peligro de reincidencia)[89]. Por otro lado, queda pendiente de solución la cuestión de su limitación temporal; con el pretexto de la "resocialización" se puede llegar a la restricción desproporcionada o indefinida de libertades individuales[90]. Y por último también es cuestionable la legitimidad del Estado para "educar" y "tratar" (cu-

---

[85] HAFFKE, p. 371.

[86] La falta de reincidencia fue muy significativa en casos de pena de multa (84 %) o se aplicó alguna forma de suspensión de la ejecución de la pena (entre 74 y 59 %), mientras que las cuotas de reincidencia de aquellos que sufrieron una privación efectiva de la libertad fueron significativamente elevadas (más del 70 %). Cfr., c. más refs. DÖLLING, "Zur spezialpräventiven Aufgabe...", p. 605.

[87] DÖLLING también reconoce esto; cfr. "Zur spezialpräventiven Aufgabe...", p. 606.

[88] DÖLLING, "Zur spezialpräventiven Aufgabe...", p. 606; LAMPE, "Strafphilosophie...", p. 266; también exige dar valor a lo empírico antes de valorar y condenar, HAFFKE, p. 371.

[89] ROXIN, quien pone incluso el ejemplo extremo de criminales nazis que han vivido tras la guerra sin problemas en la sociedad alemana; cfr. "Strafrecht AT", tomo 1, § 3, n. marg. 19.

[90] Cfr. las críticas de ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, § 3, n. marg. 16.

rar) a sujetos adultos, sobre todo si se hace en contra de la voluntad de estos (atentado contra la dignidad humana), tal como reclamaban ya Kant y Hegel ("instrumentalización")[91].

Al igual que en la prevención general, aquí también se han tratado de evadir las críticas mediante adiciones de adjetivos al concepto. Se ha intentado distinguir así entre "prevención especial negativa" (neutralización, incapacitación) y "prevención especial positiva" (resocialización). Pero también se ha argumentado materialmente para hacer frente a las críticas. Así, contra la supuesta falta de legitimidad de las medidas resocializadoras, se puede responder con razón que el Estado, ante un delito, no solamente debe dirigir su mirada al pasado (el delito cometido) sino también, en interés de la víctima, de los demás ciudadanos e incluso del propio condenado, debe preocuparse por que este no cometa nuevas infracciones[92]. Ciertamente, no se puede obligar a los sujetos a que guarden fidelidad al Derecho, sino buscar su cooperación en el marco de los límites trazados por la dignidad humana, el principio de la compensación justa de culpabilidad y la proporcionalidad[93]. Entonces, no debe abandonarse el ideal resocializador, pero debe rodeársele de garantías y enmarcarse dentro de una concepción humanitaria para que, con una actitud más modesta, por lo menos no desocialice al individuo ni lo lleve a adoptar valores repudiables, para que ofrezca una variedad de programas resocializadores teniendo en cuenta la variedad de la personalidad de los condenados, y elimine poco a poco las coerciones[94]. Lo menos que se puede exigir a esta prevención especial es que, además de rodear al delincuente de las condiciones mínimas para su subsistencia decorosa en prisión, se le ofrezca la posibilidad de elegir libremente un "tratamiento" que no imponga concepciones éticas o morales determinadas, sino únicamente valores propios de todo Estado social y democrático de Derecho infringidos por el delito específico que este delincuente ha cometido[95]. Este es el entendimiento actual que se da a la "prevención especial" para adecuarla a los principios constitucionales: un derecho

---

[91] Cfr. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, § 3, n. marg. 17.

[92] Cfr. DÖLLING, "Zur spezialpräventiven Aufgabe...", p. 607 y ss.

[93] Cfr. DÖLLING, "Zur spezialpräventiven Aufgabe...", p. 607; LAMPE, "Strafphilosophie...", p. 266 y s. De manera especialmente clara dice el primer autor: "El Estado debe ofrecer al autor medidas de resocialización y 'confrontarlo' con esta oferta. Si el autor rechazara esta oferta, deberá tolerar que la comunidad jurídica adopte medidas de protección contra él, pues a cualquiera se le puede exigir que respete los bienes jurídicos de los demás y de la generalidad (...) Se trata (...) de, bajo un diálogo con el autor como sujeto, procesar con él las actitudes y formas de conducta que necesita para una vida que guarde fidelidad al Derecho" [trad. libre], ibídem, p. 608.

[94] HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 280.

[95] Cfr. sobre las distintas concepciones para una "resocialización en libertad", HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 278.

fundamental a la resocialización por parte de los ciudadanos (que hubieran delinquido), pero no una potestad estatal para "mejorar" a estos[96]. Y por ello también se soluciona el problema de la duración de la medida resocializadora haciendo intervenir como límite al principio de culpabilidad[97].

La idea de resocialización ha tenido mucha acogida y la sigue teniendo hasta nuestros días pues, como ninguna otra, tiende a cumplir con las tareas sociales del Derecho penal de proteger al individuo y a la sociedad al mismo tiempo que ayuda al autor en vez de excluirlo de la sociedad[98]. Entonces, ella no debe ser abandonada sin más porque, por un lado, forma parte de las obligaciones del Estado y la sociedad para sus ciudadanos, el asistirlos tras su fracaso social manifestado en el delito, y porque también constituye un principio de rango constitucional[99]. Nuevas investigaciones muestran la tendencia a reavivar la esperanza de que la prevención especial sí pueda funcionar dentro de un marco más modesto[100].

Últimamente, un sector radical de la doctrina ha reactivado la idea de la "resocialización", pero desvinculándola, consecuentemente, de la "pena"[101]. Esto deriva en la corriente minimalista y abolicionista a la que se dedicará un espacio más adelante (V.3).

IV. Las teorías mixtas

Debido a las deficiencias acotadas de las teorías preventivo-general y preventivo-especial, se ha buscado continuamente rescatar sus aspectos positivos e integrarlos bajo una sola concepción. Sin embargo, al principio se partió de la idea dominante de la "retribución" para complementarla, en un papel secundario, con los fines preventivos (*teoría retributiva de la unión*), lo cual en el fondo no implicaba realmente abandonar la teoría de la retribución y sus de-

---

[96] TCA, tomo 45, p. 187 y ss., 239, por un lado, y TCA, tomo 22, p. 219. Al respecto ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, 14, 17, 38; CALLIES, p. 113 y ss.

[97] Cfr. CALLIES, p. 115

[98] Cfr. CALLIES, 112 y ss., 118; DÖLLING, "Zur spezialpräventiven Aufgabe...", p. 604 y ss.; también desde su perspectiva unitaria, ROXIN, "Strafrecht AT", § 3, n. marg. 15

[99] Cfr. HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 280; DÖLLING, "Zur spezialpräventiven Aufgabe...", p. 602 y ss., 609; WEIGEND en LK, Einl, n. marg. 68. Rango constitucional que ha sido continuamente ratificado por el Tribunal Constitucional alemán como, entre otras, en las resoluciones publicadas en la colección (BVerfG) tomo 35, p. 203 y ss., 235 y s.; y tomo 98, p. 169 y ss., 200 y s.

[100] C. más refs. ver ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, § 3, n. marg. 20; DÖLLING, "Zur spezialpräventiven...", p. 604 y ss., 609.

[101] P. ej. LÜDERSSEN, "Freiheitsstrafe ohne Funktion", p. 49 y ss.; CALLIES, p. 112 y ss.

fectos criticables[102]. Después, solamente se intentó colocar todas las teorías (*teoría aditiva de la unión*), una al lado de la otra, de manera equivalente[103], con lo cual, en realidad, se multiplicaban los aspectos negativos de cada una de ellas pues, al faltar un fundamento teórico para hacer que se complementen y limiten mutuamente, se destruía la lógica propia de cada teoría, adicionando así sus defectos en el ámbito de aplicación de la pena[104].

Claus ROXIN propone, a finales de los años 60, una concepción unificadora plausible desde una perspectiva político-criminal que busca la legitimación del Derecho penal en los tres momentos distintos en que interviene: la amenaza, la imposición y la ejecución de las penas. Para él, el punto de partida solo podrá ser la prevención, pues solamente ella (en sus dos vertientes) puede justificar la existencia de normas penales emitidas por un Estado social y democrático de Derecho (*teoría preventiva de la unión*), pero tendrán que encontrar su limitación en la dignidad humana del individuo que hubiera delinquido, o sea en su culpabilidad. En resumen, la teoría unificadora de Roxin dice lo siguiente[105]:

1 Al momento de vincular una conducta determinada con una sanción penal, esta *amenaza de pena* tendría, exclusivamente, una *función preventivo-general* con el objetivo de tutelar bienes jurídicos[106].

2. En la fase de la *imposición y medición de la pena*, deberán considerarse por igual la *prevención general* y la *prevención especial*[107]. La imposición de la sanción penal deberá buscar tanto el mantenimiento de la paz social como también las posibilidades de resocialización del condenado. En caso de que el sujeto no sea accesible a la resocialización, dado que esta no puede ser impuesta en contra de su voluntad, la prevención general será suficiente para legitimar la imposición de la pena[108]; y en caso de que surgiera un conflicto entre prevención general y prevención especial en la etapa de la imposición de la pena, tendrá preferencia esta última finalidad, debido a su rango constitucional y a que la prevención especial,

---

[102] Cfr. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 33.

[103] Así ha procedido hasta ahora la jurisprudencia germana, de manera ecléctica, para evitar tomar partido por alguna de las teorías; ver las refs., en ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 34.

[104] Ver la crítica de ROXIN en "Problemas básicos", p. 19 y s.; "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 35.

[105] Cfr. ROXIN en "Problemas básicos", p. 11 y ss., y "Dogmática penal", p. 32 y ss., 174 y ss.; "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 37 y ss.

[106] ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 42.

[107] ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 42.

[108] ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 39.

si no llevara a una pena exageradamente reducida, no se opondrá a la prevención general, mientras que esta última sí podría anular los efectos de aquella[109]. En algunos casos, no siempre la pena podrá ni deberá tender a la resocialización; cuando esta no sea necesaria, el juez podrá imponer la pena por motivos *preventivo-generales*; y cuando no sea necesario ni lo uno ni lo otro, incluso podrá exonerar de pena.

Pero aquí debe ponerse un límite acudiendo a un elemento de la teoría retributiva: el *principio de culpabilidad*; en cuanto la culpabilidad del autor debe servir de medida para el "límite" máximo de la pena que se vaya a imponer[110]. El límite solo rige hacia arriba; nada impide que la pena que se va a imponer quede por debajo del grado de culpabilidad del autor teniendo en cuenta fines preventivos[111]. P. ej., el legislador puede prever casos en los cuales, por razones de *prevención especial* (posibles efectos negativos de la pena para la resocialización), la pena efectiva pueda quedar por debajo de la culpabilidad. De esta manera, también se armonizaría con la "sensación de justicia" que exige la generalidad: nadie debe ser penado con mayor severidad de la que se merece; y "lo merecido" solamente puede ser una pena correspondiente a la culpabilidad[112]. Así se evitaría también la crítica de la instrumentalización del individuo con fines ulteriores; una pena "merecida" también tendrá fines (sea una retribución o una prevención general) distintos de los que pueda perseguir el propio delincuente, pero el merecimiento de la pena justifica la intervención estatal, intervención que tampoco ha encontrado un sustituto en ningún ordenamiento jurídico vigente[113].

---

[109] ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 41.

[110] ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 51 y ss. ROXIN reconoce que aunque el Tribunal Constitucional alemán hubiera reconocido rango constitucional al principio de culpabilidad, para la "medida de la pena" parece basarse más bien en el principio de "proporcionalidad"; ibídem n. marg. 52. Aún así, él considera que también para la medida de la pena el principio de culpabilidad sería irrenunciable: "Desde el punto de vista político criminal, la vinculación de la magnitud de la pena a la medida de la culpabilidad constituye el medio más liberal y, por sicología social, el más cómodo para limitar el poder punitivo estatal que se hubiera encontrado hasta ahora" [trad. libre]; ibídem, n. marg. 53. Sobre teorías aisladas que prefieren el "principio de proporcionalidad" como límite, ver las críticas de ROXIN (proporcionalidad solamente prohíbe excesos en la aplicación de fines preventivos; no se refiere al hecho pasado concreto) en *ibídem*, n. marg. 58.

[111] ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 54. Con su función de "límite" el principio de culpabilidad escapa a la crítica referida a la imposibilidad de probar el libre albedrío, pues su admisibilidad en el Derecho penal tan solo constituiría una "imposición normativa, una regla social de juego que... solamente dispone que la persona deba ser **tratada** por el estado, en principio como libre y capaz de responsabilidad" [trad. libre, resaltado en el original]; ibídem, n. marg. 55.

[112] ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 53.

[113] ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 57.

3. Por último, durante la *ejecución de la pena*, solamente se justificaría la "prevención especial" en el sentido de *resocialización*, pero enmarcada dentro del marco previo de protección de bienes jurídicos y de respeto al principio de culpabilidad. La "culpabilidad" funcionaría aquí como medida de la pena, es decir, como limitación de la duración de la "pena preventiva"[114]. Pero tampoco aquí deberá olvidarse la prevención general a fin de que la conminación penal no pierda por completo su función motivadora[115].

Por otro lado, se refuerza la posición de la teoría de la unión con un argumento de lege lata: la propia ley penal suele reconocer tanto la finalidad preventiva de la pena como el límite de la "culpabilidad" (o "responsabilidad penal"). En Alemania, esto está previsto en el art. 46, primer párrafo del StGB ("La culpabilidad del autor será la base para la medición de la pena. Deberán considerarse los efectos que pueda tener la pena para la vida futura del autor en la sociedad")[116]; en Perú, incluso se encuentra como principio rector en el "Título Preliminar", artículos VIII ("La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho..."[117]) y artículo IX ("La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora...").

En la doctrina, el sistema de Roxin tiene tanto seguidores como críticos. Estos últimos observan lo siguiente[118]:

1. A toda la concepción penal de Roxin, y en especial a su teoría de la pena, se le suele reprochar *pérdida de cientificidad* por propugnar un sistema abierto, y falta de fundamentación consistente[119]. Con esto, constituiría

---

[114] ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, § 3, n. marg. 7, 51 ff. En este contexto resaltan (más) la importancia del "principio de culpabilidad" en el entendimiento de la pena STREE/KINZIG (en Schönke/Schröder, vor § 38 y ss., n. marg. 8, al final): "No solamente la secuencia en la cual son colocados la culpabilidad y la tarea preventivo-especial dentro del art. 46, primer párrafo, sino también la absoluta preminencia que tiene el principio de culpabilidad hace que la tarea preventivo-especial de la resocialización del autor solamente pueda ser realizada dentro del marco de una pena apropiada a la culpabilidad. Por ello, si se necesitara más para resocializar al autor, este plus sólo podrá buscarse dentro de instituciones jurídicas situadas fuera de la pena" [trad. libre]. Similar en este último sentido, KÜHL, "Von der gerechten Strafe...", p. 438 y s.

[115] ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 42.

[116] Al respecto, STREE/KINZIG en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vor §§ 38 y ss., n. marg. 8., § 46, n. marg. 1 y ss.; WEIGEND, LK, Einl., n. marg. 60, al final. En la jurisprudencia alemana se pueden apreciar esfuerzos por combinar las distintas teorías, sobre todo en función de la base legal del art. 46, párrafo 1 StGB (que considera tanto a la culpabilidad como límite y la resocialización como finalidad de la pena), pero estos esfuerzos no siempre han sido impecables. Ver al respecto arriba la ya mencionada jurisprudencia germana ecléctica (teoría "aditiva" de la unión) en ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 34; más refs. sobre la crítica y contracrítica a la práctica jurisprudencial, en WEIGEND, LK, Einl., n. marg. 61.

[117] Si bien una modificación posterior de la Ley N° 28730 de 13-05-2006 ha relativizado este límite al exceptuar la vigencia del principio en caso de "reincidencia" y "habitualidad".

[118] Entre otros, HASSEMER/NEUMANN (que favorecen la prevención general positiva), vor § 1, n. marg. 287. Ver la recepción y respuesta a las críticas más generales en ROXIN, "Problemas actuales...", p. 58 y ss.

[119] HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 286.

una fuente de inseguridades y propiciaría la arbitrariedad. Además, como las finalidades de política criminal son diferentes según las sociedades, se tendería así a un *nacionalismo jurídico*. También se critica que la introducción de estas finalidades llevaría a la *confusión de las categorías* y, en última instancia, a *meras imputaciones* como las que se dieron en las etapas más antiguas del Derecho penal.

En defensa de las tesis de ROXIN se puede decir que, desde que se concibe el Derecho penal como sistema abierto a consideraciones de política criminal, se deben reelaborar los conceptos con profundidad. Pero aunque ello no deje de parecer arbitrario en el momento de transición en el cual vivimos, no tiene por qué llegar a un resultado arbitrario. Es más, no es nada arbitrario hacer perder su "neutralidad" al Derecho penal y ponerlo al servicio de la sociedad y del individuo mediante su limitación con base en garantías de política criminal; lo arbitrario sería no hacerlo.

2. LAMPE critica la "exclusividad" y "preeminencia" de las finalidades político-criminales que ROXIN sostiene. Según aquel, estas finalidades solamente podrían "completar" un esquema sistemático basado primordialmente en una ontología social y personal, y fundado científicamente en las funciones que la "pena" tenga en la vida social[120]. La preeminencia de la "función preventiva" podría fundamentar una utilidad racional desde los fines perseguidos, pero no la defensa de la pena desde la racionalidad valorativa y por ello tampoco podría –en contra de lo que afirma ROXIN– imponerse en la sociedad[121]. Y LAMPE tampoco encuentra explicación de por qué el "principio de culpabilidad" debería tener una función limitadora de la pena[122]. La alternativa que él ofrece es, sin embargo, poco convincente: no otorgar preeminencia a ninguna de las funciones y dejar al legislador y al juez que ponderen y combinen todas ellas para obtener un resultado óptimo[123]. Además, en contra de lo que asegura LAMPE[124], su propuesta llevaría a un vaivén inseguro entre los distintos fines

---

[120] LAMPE, "Zur funktionalen Begründung...", p. 47, 51.

[121] Siguiendo en esto a Schünemann, ver LAMPE, "Zur funktionalen Begründung...", p. 51.

[122] Pues no podría fundamentarse en un "carácter liberal" (ello es propio de todo aquello que limite la pena) ni tampoco en el "merecimiento de pena" (de esto también se derivaría la prevención). Ver LAMPE, "Zur funktionalen Begründung...", p. 52 y s. Independientemente de que lo primero sea cierto o siquiera necesario que se discuta, la última crítica se dirige a lo esencial, y allí Lampe no acierta, pues la "prevención" no se deriva del "merecimiento de pena", sino de la "necesidad" de pena.

[123] LAMPE, "Zur funktionalen Begründung...", p. 52 y s.

[124] LAMPE, "Zur funktionalen Begründung...", p. 52. Más adelante, el autor aclara su "método interpretativo según las consecuencias" de la siguiente manera: el juez estaría obligado a interpretar "restrictivamente" el tipo cuando le parezcan inapropiadas las implicancias político-criminales de las consecuencias jurídicas del tipo penal

de la pena en el cual no puede bastar un "método unificador" para dar seguridad si previamente se concede tanta libertad a los operadores del Derecho[125].

3. Por su parte, STRATENWERTH dirige su crítica, en general a todo "funcionalismo" que recurra a "funciones preventivas" para fundamentar la pena[126]. Según él, todo tipo de "prevención" no puede ser confrontado con resultados empíricos, porque nuestro conocimiento sobre los efectos de la pena serían muy limitados y ello no permitiría deducciones serias; todo lo que se diga al respecto no pasaría de ser una mera afirmación.

   Pero esta crítica desatiende la diferencia entre los planos del "ser" y del "deber ser", pues el Estado, en su libertad de configuración, sí puede legítimamente otorgar funciones normativas a la pena aspirando a que estas se cumplan, con lo cual permite también el control del cumplimiento de estas aspiraciones; otra cosa sería que, con la pena, ni siquiera se buscare una finalidad social. Por lo demás, en el Derecho penal existen otros ámbitos donde se ha impuesto desde hace tiempo y de manera indiscutible una solución "funcionalista" en el sentido propugnado por ROXIN; p. ej. en la "amnistía, el "indulto" o en la aplicación del "principio de oportunidad"[127]. Es así que la propuesta de ROXIN (siguiendo la línea de toda su construcción dogmática de la teoría del delito) sí respeta la distinción entre "ser" y "deber ser", o sea, sin abandonar la realidad social, otorga al Derecho penal una serie de finalidades preventivas controlables y construye, sobre esa base, una teoría del delito imbuida de estas finalidades y, por lo tanto, abierta a valoraciones para la solución de casos prácticos. Para él, al igual que para la doctrina aún dominante, el "ser" no puede sustituir al "deber ser"; éste último limitaría al primero mediante criterios valorativos y principios como, entre otros, el de "lesividad" (protección de bienes jurídicos) y el de las "finalidades preventivas"[128].

---

para el ámbito marginal comprendido por el tenor legal; y sería obligatoria una interpretación "extensiva" hasta los límites de la analogía cuando los objetivos político-criminales del legislador lo exijan. Ver ibídem, p. 54. De manera similar, procede DÖLLING quien, partiendo de la prevención especial y siguiendo en gran medida las propuestas de Lampe, trata de tomar en cuenta otras funciones de la pena según los distintos casos que se presentaren, llegando, p. ej., a admitir incluso que se pueda ir por encima de la medida de la prevención especial si así lo exigieran las funciones de compensación y reforzamiento del Derecho; cfr. "Zur spezialpreventiven Aufgabe...", p. 608.

[125] ROXIN observa que, en el fondo, LAMPE tampoco defendería una tesis muy lejana de la que él propone; cfr. "Strafrecht A. T.", tomo I, § 3, n. marg. 37, nota 56.

[126] STRATENWERTH, p. 9 y ss.

[127] LAMPE, "Zur funktionalen Begründung...", p. 53 y s.

[128] ROXIN entiende su teoría como una continuación y reformulación de las concepciones neokantianas y neohegelianas, aparecidas entre las dos guerras mundiales, las cuales no habían sido suficientemente desarrolladas

Por otro lado, en contra de la crítica a la "resocialización" se puede oponer el argumento de que su realización práctica tiene recién pocos años de vigencia, aparte de que no siempre ha sido puesta en práctica de manera correcta; y por lo demás, en una teoría mixta, en tal caso, siempre queda el efecto preventivo general para cubrir el vacío de prevención que dejaría el fracaso de la resocialización[129]. Finalmente, sí existen datos empíricos sobre la eficacia de las políticas preventivas, que pueden servir para reforzarlas (no para fundamentarlas), tal como ya se vio arriba (ver en III. 1, nota al pie 66 y III.2, nota al pie 86).

4. En todo caso podría criticarse que ROXIN no haya incluido la perspectiva de la *víctima* en su concepto de "responsabilidad penal". Esto se analiza más abajo en IV.4.

La teoría preventiva de la unión es prácticamente la dominante en la actualidad [130] o por lo menos se puede decir que tiene igual grado de difusión que la teoría de la prevención general positiva en la versión defendida por HASSEMER. En el fondo, apenas si se alcanza a ver alguna diferencia entre la primera y la segunda, pues también esta última reconoce la vigencia del principio resocializador, así como los efectos limitadores (hacia arriba) de la culpabilidad del sujeto (Derecho penal de la culpabilidad)[131], aunque como principio constitucional externo.

V. Tendencias recientes

En el breve marco que supone un artículo, no es posible tratar con detalle todas las tendencias de las últimas décadas. Debido a su difusión (y no a su mayor corrección) se van a analizar en adelante tres corrientes que juegan un papel importante en la discusión: la concepción idealista ("neorretribucionismo"), el normativismo radical de JAKOBS (o una peculiar "prevención general positiva") y la "victimodogmática". Aunque también es interesante, no se va a tratar la perspectiva económica de la pena ("análisis económico del

---

en los sistemas neoclásicos y habían sido desnaturalizadas en la época nazi. "La continuación consiste sobre todo en reemplazar la algo vaga orientación neokantiana en valores culturales por un parámetro de sistematización específicamente jurídico penal: las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena". Ver "Strafrecht AT", § 7, n. marg. 26 y ss., esp. n. marg. 27.

[129] Cfr. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 40.

[130] A favor de esta teoría, DE SOUSA, p. 317 y ss., JESCHECK/WEIGEND, p. 75 y ss., esp. nota al pie 73.

[131] Cfr. p. ej. STREE/KINZIG, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vor §§ 38 y ss., n. marg. 17 y ss. En este sentido también DE SOUSA para quien, en la disputa con la "prevención general positiva" de Hassemer, se trataría de una discusión meramente terminológica, p. 320.

Derecho")[132], pues aunque ocasionalmente es argumentada en la discusión, no tiene la difusión y aceptación de las tres primeras. Fiel a su modelo humano del "homo economicus" que actuaría reflexivamente tratando siempre de maximizar sus propios beneficios, entiende al delito como una "ineficiencia", ante la cual, para conseguir "eficiencia" se tendría que incidir en este homo economicus para hacer que se decida por conductas no delictivas incluso en contra de su objetivo maximizador de ventajas. La forma de conseguirlo sería a través de una política criminal que conciba la pena (junto al proceso penal y la ejecución penal) de tal manera que el sujeto, tras una evaluación de costos y beneficios, llegue a la conclusión de que lo más ventajoso para él sería la abstención del delito (política de "el crimen no paga")[133]. Pero la premisa del modelo humano como "homo economicus" es criticable por resultar una ficción insostenible, así como tampoco el análisis económico del Derecho propone realmente una teoría propia de la pena, sino refuerza más bien las posiciones preventivo-generales[134]. En todo caso, solamente es admisible el análisis económico, no como teoría explicativa con pretensión de universalidad (como se sostenía al principio), sino recién dentro de un marco constitucional previo[135], y aún así la fuerza explicativa de sus reflexiones y propuestas deberían limitarse al campo donde los sujetos tienden a actuar reflexiva y egoístamente tratando de maximizar sus beneficios: en el Derecho penal económico (donde efectivamente podría funcionar la "intimidación")[136].

1. El neorretribucionismo y la "justicia" como fin de la pena

Aunque la idea de la "justicia" también pueda formar parte de otras teorías[137], en el marco de la concepción más amplia del neoidealismo, fundada

---

[132] Al respecto consúltese últimamente, SCHMIDTCHEN, "Prävention und Menschenwürde", p. 245 y ss.

[133] Al respecto, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", p. 98 y ss.

[134] Esta también es la conclusión de LÜDERSSEN; c. más refs. "Freiheitsstrafe ohne Funktion", p. 49; resaltando las coincidencias con el trasfondo económico de la prevención general positiva, CALLIES, p. 108. Ver también las críticas en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", p. 102 y ss.

[135] Así también procede SCHMIDTCHEN para hacer concordar su teoría económica de la pena en el sentido preventivo general con la dignidad humana; cfr. p. 266 y ss.

[136] HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 283, al final; ya antes, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, Derecho penal económico, p. 98 y ss.

[137] Como la posición peculiar de LAMPE, cuya concepción busca la relación entre "pena" y "Derecho penal": la "pena" debería ser concebida como respuesta justa al injusto del delincuente, para lo cual debe ser deducida a partir del injusto penal; cfr. "Strafphilosopie...", p. 47 y ss., 246 y ss. Un análisis crítico de las tesis de Lampe puede verse en KÜHL, "Der Zusammenhang...", p. 439 y ss. También HERZBERG recurre al concepto de "justicia", como necesidad social y general del ser humano, para admitir el contenido de "retribución" de la pena aplicable a sujetos determinados por la causalidad de sus actos, pero "responsable" penalmente por la "inobservancia de un deber jurídico", cfr. p. 161, 174 y ss., 187.

por Ernst Amadeus WOLFF, se han producido recientemente los más interesantes desarrollos hasta formar una corriente de opinión muy extendida en Alemania[138].

Para hacer frente a la "circularidad" que se ha criticado a la idea de retribución en sentido tradicional, se recurre recientemente al concepto superior de **"justicia"** como presupuesto del desarrollo de la libertad de los individuos dentro de la sociedad[139], lo cual es por cierto concretado de distintas formas[140]. Por lo demás, el término "justicia" no solamente es empleado por la doctrina y, especialmente por la jurisprudencia, sino también forma parte del lenguaje cotidiano de los ciudadanos; en todos los casos se suele vincular la "pena" con la "justicia"[141].

Así, KÜHL propone partir de la "pena" (a diferencia de las teorías tradicionales que suelen partir de los hechos) para elaborar una teoría sobre sus fines[142]. Luego encuentra que ella reuniría tres elementos interrelacionados[143]: imposición de un mal compensador de la culpabilidad, desaprobación ético-social y relación de justicia. La imposición del mal es inmanente al concepto de "pena": por más que se quiera revestir de prevención (incluso como oferta de tratamiento socioterapéutico) a la condena, esta siempre será pena en el sentido de limitación de la libertad de movimiento; en cambio, si el contenido de la "pena" tan solo consistiera en efectos preventivos dirigidos al autor o a la sociedad, no se estaría dentro del Derecho penal, sino de un "Derecho de prevención"[144]. Pero este mal va unido a una "desaprobación ético-social", la cual según el propio Tribunal Constitucional alemán debería

---

[138] Su trabajo más fructífero, y al que se remiten todos sus seguidores es "Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen", p. 137 y ss. Ya antes, había expuesto sus ideas en la ponencia "Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität", ZStW 97 (1985), p. 786 y ss.

[139] Entre otros p. ej. KÜHL, "Von der gerechten Strafe...", p. 433 y ss.; ZACZYK, "Zur Begründung...", p. 207 y ss. Una exposición resumida de esta corriente ofrece WEIGEND, c. más refs., en LK, Einl., n. marg. 65.

[140] P. ej. Unos destacan más el efecto "compensador", "retributivo" de la pena (KAHLO, "Die Weisheit...", p. 418 y ss.); otros más bien el efecto "expresivo", "desaprobador" de esta (KUNZ, p. 363). Para otros, ambos aspectos no serían separables: NEUMANN, p. 438; KÜHL, para quien, compensación, desaprobación y justicia estarían estrechamente interrelacionados, "Von der gerechten Strafe...", p. 441 y s.

[141] Cfr. KÜHL, con ejemplos jurisprudenciales, "Von der gerechten Strafe...", p. 434 y ss.

[142] Porque "recién cuando se hubiere comprendido qué es lo especial de la sanción 'pena', se podrá preguntar razonablemente qué hechos podrían encajar en tal sanción" [trad. libre]; ver KÜHL, "Von der gerechten Strafe...", p. 433.

[143] KÜHL, "Von der gerechten Strafe...", p. 437 y ss.

[144] "Sólo se puede hablar razonablemente de pena cuando se trate de una reacción a un hecho anterior (y culpable), reacción que ocurre porque el hecho ha sido realizado (de manera culpable)" [trad. libre]; KÜHL, "Von der gerechten Strafe...", p. 438.

ser entendida como la "esencia de la pena"[145]. Esta desaprobación (y en esto hay coincidencia con la prevención general positiva) iría más lejos del mero "reproche", pues llevaría consigo un "significado" dirigido también a la víctima y a la generalidad: el significado de reforzamiento del Derecho (o sea, una "reprimenda al autor")[146]. Por último, la "justicia de la pena" alude a la relación apropiada entre el delito cometido y la gravedad del mal que se va a aplicar[147].

KAHLO, quien se refiere a una compensación de culpabilidad por el hecho (Tatschuldausgleich), entiende que las teorías preventivas no partirían de un basamento filosófico consistente cuando abandonan la subjetividad de KANT y prefieren el pensamiento "postmetafísico" de HABERMAS[148]. Él considera que las ideas de Kant seguirían vigentes, aunque necesitarían ser reinterpretadas para la sociedad moderna. En este sentido, acoge el pensamiento filosófico neokantista de Dieter HENRICH y su concepto de "libertad del sujeto moral y de Derecho"[149]. A partir de aquí podrían derivarse principios prepositivos (derivados de la razón, no contingentes) rectores del Derecho. En primer lugar, el principio de la "dignidad" de los individuos como sujetos de Derecho, el principio de "legalidad" y el de "culpabilidad". Los sujetos tienen derecho a una libre subjetividad, la cual, dentro de un Estado de Derecho no solamente sería un principio de la constitución de éste y la idea directriz que le otorga sentido, sino también la clave para una "teoría crítica de los bienes jurídicos penales". Los sujetos (personas) viven en sociedad realizando una "práctica social de reconocimiento mutuo", pero no es tolerable que ataquen (mediante lesión o puesta en peligro) las condiciones elementales de existencia de la autonomía general en la sociedad de los sujetos autónomos de Derecho[150]. Estas condiciones elementales serían los bienes jurídicos penales, entre los cuales no solamente existirían bienes jurídicos de la persona ("formas de liber-

---

[145] Cfr., c. ej. jurisp., KÜHL, "Von der gerechten Strafe...", p. 442 y s. El adjetivo "ético-social" implicaría que la desaprobación no solamente es hecha por el Derecho, sino también por la moral; ibídem, p. 444. Al respecto, críticamente y citando más jurisprudencia constitucional, ROXIN, "Strafe und Strafzwecke...", p. 601 y ss.

[146] "Y es que con la pena desaprobadora lo que importa es decirle al autor que él ha extendido su libertad injustificadamente en desmedro de la libertad de otros, cuyos bienes jurídicos ha puesto en peligro o lesionado" [trad. libre]; KÜHL, "Zum Missbilligungscharakter ...", p. 159.

[147] Cfr. KÜHL, "Von der gerenten Strafe...", p. 444 y ss.

[148] Cfr. KAHLO, "Die Weisheit...", p. 397 y ss., esp. 400 y ss.

[149] Ver un detallado análisis de las tesis de Henrich, c. más refs. KAHLO, "Die Weisheit...", p. 403 y ss. Los trabajos de Henrich estarían destinados a hacer una "reformulación actualizada de la filosofía de la Ilustración del idealismo alemán, especialmente del proyecto kantiano de la Ilustración bajo la forma de una crítica básica y metafísica" [trad. libre]; ibídem, p. 403 y s.

[150] KAHLO, "Die Weisheit...", p. 409, 420

tad de cada uno"), sino también colectivos siempre que se demostrare que las instituciones y espacios de vida que se protejan con ellos sean irrenunciables para la libertad individual(151). Por otro lado, esta teoría no estaría únicamente orientada al pasado, aunque parte de él para fundamentar la imposición justa de una pena. El sujeto que ha delinquido ha tomado una decisión libre y culpable negando la máxima de acción incorporada en el Derecho (penal) o por lo menos reclama para su propia práctica una excepción a esta regla. Con ello este sujeto se colocaría por encima del sujeto-víctima, situación que no acaba con la consumación o terminación del hecho, sino continúa en relación con la víctima y la sociedad(152). Por ello, la pena como compensación de culpabilidad por el hecho tendría un "sentido inmanente": "Por más cierto que sea que el delito lesiona y niega permanentemente la validez general de determinadas relaciones jurídicas (que también hubieran sido concretadas como bienes jurídicos penales), también es cierto que el delito necesita –con miras a la necesaria y reparadora finalidad de reinstaurar estas relaciones– que, a partir del hecho concreto y según su contenido, se dé una respuesta de la comunidad jurídica bajo la forma de imponer coercitivamente un desmedro en el estatus de los derechos fundamentales del autor" [trad. libre](153). Por lo demás, la "medida de la pena" deberá deducirse a partir de la medida del hecho culpable, pero no bajo la idea del "talión", sino considerando también las circunstancias que rodean al sujeto(154).

Walter KARGL retoma la idea de la "justicia", porque sería la única fácticamente constatable; las teorías preventivas se referirían a hechos futuros, no verificables. Esa sería la única naturaleza de la pena y su "función específica" sería la de evitar la justicia privada y, con ello, estabilizar a la sociedad. Para él, las teorías tradicionales de la pena confundirían "medios" con "objetivos" (o entre lo "posible" y lo "permitido" o entre "describir y "fundamentar")(155): la teoría retributiva se referiría al "objeto", mientras que las preventivas a los objetivos; él quiere buscar una tercera vía. Para él, el "medio" de la pena sería innegablemente la "retribución", pero la finalidad principal no sería la prevención general o especial (en el sentido más amplio de estabilización de la norma), sino la "autopreservación del Estado mediante limitación de la violencia testimoniada a través de la retribución"(156). Por otra parte, toda "pena"

---

(151) Cfr. KAHLO, "Die Weisheit...", p. 410 y s., 420.

(152) Cfr. KAHLO, "Die Weisheit...", p. 418, 420 y s.

(153) Cfr. KAHLO, "Die Weisheit...", p. 418, 421.

(154) Cfr. KAHLO, "Die Weisheit ...", p. 418 y s., 421.

(155) KARGL, "Integrationsprävention", p. 371.

(156) Cfr. KARGL, "Friede durch Vergeltung", p. 62 y ss.,76.

supone la "aplicación de un mal", lo cual va indesligablemente unido a la "desaprobación de la conducta"; y en esto no puede bastar con lo último, pues "se desconocería la constitución comunicativa del carácter del mal, también en el ámbito de las sanciones para la criminalidad ligera y mediana, si se debiera confiar que con el hecho de la desaprobación se libraría uno del estigma de la pena" [trad. libre](157). Además, si bien la "pena tiene carácter reactivo", el mal se aplica a alguien que ha hecho algo, con esto no se ha dicho todavía nada ni sobre el "contenido" de esta pena-mal ni sobre su "configuración" de contenido(158). Y tampoco se ha dicho nada sobre la "finalidad" de esta imposición del mal. Esta no puede ser ni prevención especial (déficits: duración indeterminada de la medida e impunidad de la criminalidad grave) ni prevención general en el sentido de intimidación (atentaría contra el principio de reciprocidad por tender a la extralimitación de la pena)(159). Además, ambas finalidades, en sus diversas acepciones (formación de consciencia normativa, capacidad moral de juicio, contramotivación a través del miedo, etc.), cuentan entre muchas otras opciones sociales distintas del Derecho penal. Por eso, los ciudadanos individuales no pueden ser los destinatarios primarios de las leyes penales, sino la autoridad, la cual "mediante su vinculación a la ley responde al problema de la autoayuda" (autojusticia); la norma penal promete persecución penal estatal, mientras que "la sanción refuerza no solamente la validez de mandatos y prohibiciones sino la vigencia de la exclusión de la autoayuda"(160). La finalidad última de la pena estatal sería, entonces, la "contención de la violencia que reacciona a la violencia"(161).

El funcionalista radical, y discípulo de Jakobs, Michael PAWLIK ha propuesto recientemente una teoría retributiva basada en la idea de "justicia compensadora" particularmente desarrollada por Hegel(162). En el Derecho penal no se trataría de penar para evitar los delitos futuros (punitur sed ne peccetur), sino por el delito ya cometido y sólo por este (punitur quia peccatum est)(163). Como en cualquier causación de daños (con consecuencias civiles), el que lo hubiera provocado está obligado, mediante un hacer positivo, a reparar-

---

(157) KARGL, "Friede durch Vergeltung", p. 60.

(158) KARGL, "Friede durch Vergeltung", p. 63.

(159) Cfr. KARGL, "Friede durch Vergeltung", p. 64 y ss.

(160) KARGL, "Friede durch Vergeltung", p. 74, 76 y s.

(161) KARGL, remitiéndose finalmente a Schmidhäuser quien defendía una tesis similar, cfr. "Friede durch Vergeltung", p. 75.

(162) Entre otras publicaciones, ver "Kritik der präventionstheoretischen Strafbegründungen", p. 213 y ss., 228 y ss.; "Strafe oder Gefahrenbekämpfung?", p. 357 y ss., 371 y ss.

(163) PAWLIK, "Strafe oder Gefahrenbekämpfung?", p. 371.

lo, a restituirlo. Trasladando esto al Derecho penal, debe constatarse que no se trata aquí de una compensación privada de daños. El Derecho penal desprivatiza el conflicto entre autor y lesionado debido a que de por medio estaría un "ordenamiento garantizador de la libertad" (Daseinsordnung von Freiheit): los ciudadanos tendrían deberes frente a la sociedad como contraprestación por la paz y la libertad que ésta les hace posible. Al cometer un delito, ellos infringirían este deber y deberían luego soportar que, por esta violación del deber de lealtad, a costa de ellos y mediante una pena, se reafirme la indisolubilidad de la interrelación entre disfrute de libertades y deber de lealtad(164). En suma, el delito significaría "violar un deber ciudadano de contribuir en la preservación del ordenamiento garantizador de la libertad" y la pena implicaría, para el delincuente, como corresponsable de la constitución de esta libertad en la sociedad, "tener que soportar que los propios bienes sean empleados para demostrar el carácter destructor de la libertad que tiene tal conducta", o sea que la pena no tendría que entenderse negativamente (como aplicación de un mal), sino de manera positiva como "obligar al autor a restituir la relación jurídica que él ha lesionado"(165).

Por cierto que PAWLIK no se queda en la retribución como consecuencia del delito, sino también admite la resocialización como derecho del ciudadano que ha delinquido para poder cumplir con su deber primario de prestar lealtad activa en el futuro, además de dejar abierta la posibilidad de medidas sustitutorias de la pena (incluida la reparación civil) o incluso renunciar a la pena. Por ello y porque la "demostración pública" tiene efectos preventivo-generales, afirma ROXIN que la teoría de PAWLIK se habría acercado mucho a las teorías preventivas(166) e incluso parece haberse acercado más aún a la teoría preventiva de la unión al exigir la limitación de los fines preventivos a través del principio de culpabilidad(167).

El acercamiento con las teorías preventivas es más manifiesto aún en Ulfrid NEUMANN. Para él está claro que la pena significa conceptualmente aplicación de un mal con el significado de una "desaprobación", que tiene la función social de "estabilizar normas", y la finalidad de controlar las graves lesiones a bienes jurídicos, o sea prevenir delitos(168). Pero en esto no puede haber exclusividad de una sola teoría preventiva, sino todas ellas deberían enmarcarse dentro de una "teoría del Derecho penal" que prevea la importancia para el Estado de Derecho

(164) PAWLIK, c. más refs., "Strafe oder Gefahrenbekämpfung?", p. 371 y ss.

(165) PAWLIK, "Strafe oder Gefahrenbekämpfung?", p. 372 y s.

(166) ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 50.

(167) Observación de ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 50, nota al pie 86.

(168) NEUMANN, p. 437 y ss., 447.

de los principios limitadores de la pena[169]. Y si se trata de la "justificación de la pena", en ese caso tan sólo puede actuar el criterio del "merecimiento de la pena", o sea de la "justicia" de la imposición de la pena, lo cual no equivaldría a la retribución en sentido tradicional[170]: se trataría de la pena como "realización de justicia terrena", pues dejar sin pena al delincuente equivaldría a tratarlo de igual manera que al ciudadano fiel al Derecho (violación del principio constitucional de igualdad). Y esto sería injusto porque el delincuente se arrogaría de manera irregular oportunidades a través de aquellos cuyos intereses lesiona. En suma, entran en relación puntos de vista sociales del reparto justo de bienes: por un lado, el bien positivo de la oportunidad a imponer sus propios intereses mediante un delito; por otro lado, el bien negativo de arriesgar la lesión de los propios intereses mediante el sufrimiento de una pena ("compensación")[171].

Esta persistencia de la "retribución" no solamente se ve amparada por el gran apoyo que tiene en la ciudadanía y (junto con la "intimidación") su uso y abuso frecuente en el discurso político, sino también en la innegable realidad del elemento coactivo de la pena. Aunque se vea esta "coacción" (recorte de libertades del ciudadano) como mero "reflejo" de la imposición de medidas preventivas (p. ej. resocializadoras)[172], por lo menos nadie niega (ni es capaz de explicar convincentemente su ubicación dentro del sistema que propugnan) el carácter de reproche ético-social de la pena[173].

Frente a este recurso a la idea de "justicia" se ha argumentado que su materialización dogmática sería prácticamente imposible[174]. Pero también se ha observado que la nueva argumentación basada en la "justicia", a través de la funcionalización del concepto, se habría acercado notablemente a la prevención general positiva: la realización de la justicia estaría destinada a promover el respeto general a la ley, reforzar la sensación de la propia responsabilidad o profundizar las convicciones morales en la sociedad[175]. De esta manera sí se

---

[169] NEUMANN, p. 447; ya antes, p. 19 y ss.

[170] NEUMANN, p. 448 y ss.

[171] NEUMANN, p. 449 y s.

[172] Así, ROXIN, quien niega una "naturaleza" (Wesen) retributiva a la pena, "pues las instituciones jurídicas no tienen una "naturaleza independiente de sus finalidades, sino esta 'naturaleza' está determinada por el objetivo que se quiera alcanzar con ella" [trad. libre]; "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 45.

[173] Entre otros, que no defienden tesis retribucionistas, ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 46; JESCHECK/WEIGEND, p. 65 y s.; STREE/KINZIG, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vor § 38 y ss., n. marg. 1

[174] Según ROXIN: "El Estado, como organización humana, ni es capaz ni está facultado para realizar la idea metafísica de la justicia. La voluntad de los ciudadanos lo obligan a garantizar la vida humana conjunta en paz y libertad; él está limitado a cumplir con esta protección..." [trad. libre], "Strafrecht AT", § 3, n. marg. 8, 46 y s., refs. en la nota al pie 70; similar HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 104.

[175] Cfr. HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 273.

puede legitimar el ius puniendi, pues se busca una finalidad social, aunque se pierde el carácter absoluto de la teoría[176].

En cuanto a las usuales críticas contra el "retribucionismo" y "neorretribucionismo" (falta de legitimación, descuido de necesidades sociales, automatismo en la ejecución de penas, promoción de sentimientos primitivos como la "venganza", etc.), se puede decir lo siguiente:

En primer lugar, tal como han aclarado los neorretribucionistas (¡y no solamente ellos!), las supuestas ideas retribucionistas de KANT (a quien se suelen ellos remitir en la construcción de su teoría) habrían sido mal entendidas por haberse analizado fuera de su contexto. A finales del siglo XVIII (exactamente en 1797), cuando todavía no regía el principio de legalidad y solía ser frecuente la aplicación de penas infamantes y otras que hoy nos resultan inaceptables (p. ej. la pena de muerte), KANT habría dirigido su prohibición de instrumentalización a los jueces (se refiere expresamente a la "pena judicial") los cuales precisamente por su sujeción a la ley (o a la "justicia" entendida en el sentido de institución como creación social) debían ejecutar hasta la última condena en caso de que la sociedad se disolviera[177]. Y por otro lado, en esta misma cita frecuente, KANT ya decía literalmente que la "pena judicial" debería verificarse "antes" de pensar "luego", en finalidades preventivas para el condenado (prevención especial) o sus conciudadanos (prevención general)[178]. Es más, KANT, en otros pasajes de su obra, enfatiza que la "retribución" (o la "venganza") solamente estaría en manos de Dios; y da a entender más adelante que el "derecho de retribución" (ius talionis) serviría solamente como límite a la "pena judicial", cuyo tipo y magnitud por lo demás se vería limitada por la "dignidad humana"[179].

Por su parte, tampoco el representante paradigmático de la prevención especial, Franz VON LISZT, había descartado por completo la idea de la "retribución". Así, al final de sus reflexiones él se había preguntado si quizá sería "imaginable otra forma en la cual pueda probar su eficacia (...) que no se oponga en lo básico a la idea de la finalidad"[180]. A lo cual él mismo responde que la única forma fructífera de pena retributiva sería la "pena protectora"

---

[176] La denominación de "absolutas" para estas teorías proviene del latín "absolutus", que significa "separado", "desprendido" de algo, o sea, sin referirse a ninguna finalidad ulterior.

[177] Dirigiendo duras críticas a Ulrich Klug, como representante de la interpretación errónea de las tesis de Kant, ver ilustrativa y contundentemente, HRUSCHKA, p. 494 y ss. 501 y ss.

[178] Cfr. HRUSCHKA, p. 494 y ss.; KÜHL ("Von der gerechten Strafe...", p. 439); KAHLO, "Die Weisheit...", p. 385 y s.

[179] Cfr. HRUSCHKA, p. 499, 500.

[180] VON LISZT, "Der Zweckgedanke...", p. 43.

(Schutzstrafe), o sea, la razón de la discusión radicaría en una interpretación errónea: "Sólo se puede hablar de retribución frente a un hecho concreto, y este hecho es inseparable de la persona del autor"; es decir, en el momento de condenar al autor, se trata del hecho cometido en concreto por éste, a diferencia de cuando se determina la pena de los delitos(181). Por ello, no habría realmente contradicción entre el "quia pecatum est" y el "ne peccetur" bajo una correcta concepción de la pena retributiva: "La pena es prevención a través de represión o (...) represión a través de prevención"(182). En el marco de su crítica general al alejamiento de la ciencia penal de la realidad bajo un dominio del doctrinarismo y conceptos abstractos, VON LISZT exigía una "reforma" para emprender "la investigación del delito como fenómeno ético-social, y de la pena como función social"(183).

En segundo lugar, debe reconocerse que no todo es negativo en la teoría de la "retribución". Si bien es criticable que una sociedad moderna tenga que recurrir a la "venganza" para lograr la armonía social, el "antiutilitarismo" que predica esta teoría tiene un trasfondo humanista que sigue teniendo eco aún hoy en día, aunque de forma menos radical y en otro contexto(184). Efectivamente, la idea de rechazar que el individuo pueda convertirse en objeto de una finalidad ulterior ha merecido amplio reconocimiento incluso dentro del Derecho procesal penal. Pero también dentro del Derecho penal material, la "retribución" proporciona la "justa medida" para la imposición de sanciones, pues se reconoce ampliamente que la pena no puede rebasar la culpabilidad del sujeto(185). Y aunque la "retribución" también tenga alguna finalidad innegable (el restablecimiento del orden social), esta no implica una "instrumentalización" del individuo más allá del hecho por él causado, peligro que sí es propio de las teorías funcionalistas preventivas.

En tercer lugar, en la actualidad casi no se observan diferencias decisivas entre la prevención general positiva enriquecida con la "retribución" a través del criterio del "merecimiento", y la retribución que reconoce finalidades preventivas, las cuales además pueden converger armoniosamente dentro de una

---

(181) VON LISZT, "Der Zweckgedanke...", p. 43 y s.

(182) VON LISZT, "Der Zweckgedanke...", p. 45.

(183) VON LISZT, "Der Zweckgedanke...", p. 47.

(184) Cfr. ROXIN quien alaba la función liberal, protectora de la libertad de este límite puesto por la retribución, "Strafrecht AT", tomo 1, § 3, n. marg. 7.

(185) La retribución como "medida de la pena" forma parte de la teoría unificadora postulada por ROXIN (ver más arriba en III.3). También HASSEMER/NEUMANN, quienes le niegan papel alguno al momento de la decisión sobre la legitimación de la pena (el "si"), la reconocen para el momento de la aplicación institucional de la pena (el "como"), vor § 1, n. marg. 107.

teoría preventiva de la unión como la propuesta por ROXIN. Por eso se suele hablar de una "convergencia" de las posiciones retributivas y preventivas (legitimación de dos vías de la pena estatal): "Como institución estatal, el Derecho penal (y su imposición) es necesario para preservar la pacífica vida común, impidiendo infracciones al Derecho o en todo caso minimizándolas y desplazándolas a un nivel subterráneo; como gravamen del delincuente individual, la pena se justifica con la idea de la justicia, según la cual la lesión del Derecho se ve compensada con la aplicación a aquél de una desventaja jurídica sensible" [trad. libre](186).

Esta convergencia se observa también cuando se afirma –como hace últimamente ROXIN– que la pena tiene por naturaleza el imponer un "mal" (por el Estado) que contiene "desaprobación social" por un hecho en gran medida "dañoso socialmente"(187). Si se mira bien no hay mayores diferencias con las tesis neorretribucionistas. Con esta definición, ROXIN ha dado, respuesta a dos preguntas (naturaleza y motivo)(188), mientras que los neorretribucionistas suelen dar por presupuesto el motivo, el porqué de la pena (atentado contra bienes jurídicos) en sus definiciones. Si la definición roxiniana pretende, con entendibles fines político-criminales (control crítico de la legislación penal), introducir en la definición de pena, además del "qué" (significa la pena), el "porqué" (de su imposición) sin responder aún al "para qué", está dando respuesta con ello a algo más. Y si, como quieren los neorretribucionistas, primero habría que definir la "naturaleza" de la pena, no puede hacerse otra cosa que proceder desde la perspectiva de quien la sufre y quien la impone, y en este sentido solamente puede tratarse de un "recorte de libertades" o "mal" para quien la sufre, y "desaprobación social" expresada por quien la impone. Esta naturaleza de la pena está desligada (conscientemente) de la motivación (grave atentado contra bienes jurídicos importantes). Recién a continuación se puede indagar sobre las finalidades de la pena(189); y si la finalidad es preventiva, esta prevención tendrá que estar destinada a evitar precisamente aquello que el delincuente ha provocado, o sea, un atentado grave contra bienes jurídicos. Pero la finalidad también deberá tener en cuenta los intereses del delincuente y de la víctima(190).

---

(186) WEIGEND, en LK, Einl., n. marg. 66.

(187) ROXIN, " Strafrecht und Strafzwecke...", p. 601 y ss., 603.

(188) ROXIN mismo señala que su definición incluiría la motivación (Anlass) de la pena, lo cual no responde aún a la "finalidad" de la misma; "Strafrecht und Strafzwecke...", p. 605.

(189) Así procede luego Roxin; cfr. "Strafrecht und Strafzwecke...", p. 605 y ss.

(190) Pero aquí ROXIN solamente recuerda a la generalidad (prevención general) y al delincuente (prevención especial), olvidando a la víctima; cfr. "Strafrecht und Strafzwecke...", p. 601 y ss. En su definición comprimida de la finalidad de la pena ("prevención limitada a la culpabilidad") parece expresarse este olvido; cfr. p. 616.

Por último, el "automatismo" criticado a la retribución (la comprobación de culpabilidad *siempre* llevaría a la aplicación de una pena en la misma proporción) tampoco es así en el neorretribucionismo porque, también para sus representantes la "culpabilidad" solo sería la medida máxima y puede tender hacia abajo por razones preventivas, tal como por lo demás lo define la propia ley (alemana)[191].

2. La posición normativista radical

Como es conocido, desde hace algunas décadas el normativismo radical fundado por GÜNTER JAKOBS ha reavivado notablemente la discusión dogmática con sus propuestas originales y polémicas. Trasladando concepciones sociológicas al Derecho penal (sociedad basada en la comunicación de personas con base en normas que deben mantener vigencia), hace un giro radical en el entendimiento de muchos conceptos penales: la protección de la vigencia de las normas (en vez de bienes jurídicos) como tarea del Derecho penal, la distinción entre individuos y personas (e incluso "enemigos") y, entre otras cosas más, su entendimiento peculiar sobre la "función de la pena". Para JAKOBS, ella tendría que estar dirigida a *reafirmar la vigencia de la norma* y, con ello, la identidad social. Con la "pena" se caracterizaría al delito como tal; con esto se lograría reafirmar la configuración normativa concreta de la sociedad para evitar una "erosión general"[192], es decir, se lograría así mantener esta identidad social en el plano de la comunicación, reafirmando normas mediante procedimientos previstos como reacción a su infracción. Cualquier otra finalidad social no constituiría más que "esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual"[193]. La pena, entonces, se dirigiría a la "persona" que hubiera infringido la norma y que, con ello, hubiera afirmado una realidad distinta que la sociedad no quiere aceptar[194]. Pero, el hecho de haber cometido el delito (negado la norma) no eliminaría la cualidad de "persona"

---

[191] El art. 46, primer párrafo, StGB es interpretado por ROXIN de la siguiente manera: "La culpabilidad del autor sigue siendo aún la 'base de la medición de la pena' cuando la pena nunca pueda ser impuesta sin culpabilidad y más allá de su medida, pero pueda ser atenuada en casos concretos hasta los límites de lo indispensable por prevención general" [trad. libre]; "Strafe und Strafzwecke...", p. 615.

[192] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 63; "Sobre la normativización...", p. 47 y s., 71; "Der Zweck der Vergeltung...", p. 266; rescatando expresamente similares ideas de Hegel en este sentido, "Staatliche Strafe...", p. 25 y ss.

[193] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 21 y s. De manera enfática dice: "... la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo". Y más adelante: "... la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias [todo tipo de finalidades preventivas]: significa una autocomprobación"; ver ibídem, p. 21.

[194] JAKOBS aclara una confusión terminológica muy común: el delincuente no "lesiona" la "vigencia de la norma", pues en el plano "abstracto" no puede conseguir esto: tal lesión solamente existiría cuando nadie respetara la norma. Pero el delincuente sí crea una "tendencia hacia la lesión"; es esta tendencia la que sería contrarrestada con la imposición de la pena para que la "norma" siga siendo "real"; ver JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 28.

del infractor. Esta cualidad sería otorgada por la sociedad y no por él mismo; y la sociedad insiste en la atribución de tal cualidad; por lo tanto, la conducta del infractor seguiría siendo una "contradicción" y no "naturaleza" (que no incumbe al Derecho), y esa contradicción que "comunica" significado se vería rechazada (marginada) mediante una "pena" con la cual se manifiesta que la realidad pretendida con la comunicación del infractor no es reconocida, no es válida, y la norma sigue teniendo vigencia(195).

Ahora bien, para JAKOBS no bastaría tampoco con la mera atribución de responsabilidad al infractor, la atribución de "competencia" por la "defraudación de expectativas normativas"; para que quede marginado el significado de hecho del delito (la "infracción de la norma"), la pena también tendría que ejecutarse a través de la *violencia*, pues solamente así podría privarse al infractor de la norma de los medios de interacción. Esto tendría que ser así, pues el infractor no solamente habría expresado algo en el plano normativo-simbólico (negación de la norma), sino también lo habría configurado en el mundo externo (ha matado, lesionado, etc.); para dar respuesta adecuada a esto, el Derecho penal tendría que actuar también en los dos planos. Así, afirma el autor alemán, por un lado, en lo "normativo", la generalidad deberá ser confirmada en su actitud de fidelidad al ordenamiento mediante "aprendizaje de fidelidad", el cual se logra comunicativamente a través de la pena que califica el hecho del "autor" como delito; por otro lado, en lo "cognitivo", deberá causarse un "dolor" al infractor para que todos entiendan que la conducta infractora ha constituido una empresa fracasada, que dicha conducta no debe servir de orientación(196). Es por eso que, siguiendo su teoría, JAKOBS puede afirmar que la "pena" tendría como destinatarios tanto al "autor" como, y sobre todo, a todas las "personas fieles al Derecho"(197) y que el autor, con la ejecución de la pena contra él, prestaría una "indemnización" en sentido amplio(198).

JAKOBS considera que las teorías tradicionales de la "pena" no son exactas en cuanto atribuyen "funciones" al Derecho penal. Sus mayores críticas se dirigen a las "teorías de la unión"(199), pues considera que pretenden "unificar" lo

---

(195) Cfr. JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 67. Ulteriormente Jakobs ha distinguido aquí la situación de aquel que "permanentemente" infringe la norma y se "autoexcluye" de la comunicación normativa: este sería el "enemigo", cuyo tratamiento ya no entraría dentro del Derecho penal; al respecto ver c. referencias, críticamente, ABANTO VÁSQUEZ, "El llamado Derecho penal del enemigo..." [en esta compilación: p. 269 y ss.].

(196) Cfr. JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 75; "Sobre la normativización...", p. 48 y ss., 71 y s.; "Staatliche Strafe...", p. 28 y ss.

(197) JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 31.

(198) JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 32.

(199) JAKOBS, "Sobre la teoría de la pena", en: "Bases para una teoría funcional...", p. 61 y s.; "Staatliche Strafe...", p. 33, nota 149.

que por definición es antagónico, pretenderían combinar mediante "adición" "legitimaciones" (retribución de la culpabilidad) con "fines" (prevención). Lo cierto sería que la "retribución" excluiría por completo cualquier "prevención especial" desde que aquella presupone un "responsable", mientras que esta última precisamente se dirige a un sujeto que necesitaría un tratamiento (y por lo tanto, es tratado como un "objeto"). Incluso si (como expone, entre otros, Roxin) se empleara la "retribución" de la culpabilidad solamente para "limitar" y no "legitimar" la pena, existiría una contradicción: no se puede limitar algo que tiene distinta naturaleza; la "retribución" no podría servir como limitadora de penas "preventivas" (en el sentido de "educación", "intimidación", etc.). Por lo demás, también existiría el problema práctico de la constatación empírica, pues las estadísticas de la "reincidencia" demostrarían que las penas privativas de libertad, aparte de "asegurar" a los que están encerrados en las cárceles, no habrían tenido un efecto preventivo-especial (limitado por la culpabilidad) relevante. La explicación estaría en la naturaleza distinta de ambas "finalidades": la "retribución" implica una reacción a una perturbación social mientras que la "prevención especial" incide en la "motivación" y la intensidad de esta, que ha llevado a la comisión del delito. Pero el Derecho penal no estaría en condiciones de incidir en esta "motivación", pues, para que tenga éxito, llevaría en muchos casos a superar la medida de la culpabilidad(200).

Tampoco ha escapado a sus críticas la teoría de la "prevención especial". Esta teoría perdería legitimidad desde el principio: si el sujeto necesitara "tratamiento", "reeducación, etc., se estaría reconociendo que el sujeto no era "persona" cuando cometió el delito o, mejor dicho, que era una "persona deficitaria"; pero tampoco podría explicar la legitimidad de las "medidas de seguridad" (no reeducativas) a los "autores incorregibles" (201). Desde la perspectiva estricta de separación entre Derecho y moral, entre "violación del derecho" y la "actitud interna deficitaria", no se podría dar una solución correcta a esta problemática; se tendría que admitir que, en algunos casos, las "actitudes internas" expresadas exteriormente de alguna manera legitimarían la exclusión del carácter de "persona" y para dar paso a un tratamiento con "medidas de seguridad"(202), lo cual llevaría a admitir así un "Derecho penal del enemigo".

En realidad, sostiene JAKOBS, con el entendimiento funcional de la pena se afirmaría una *autosuficiencia del sistema jurídico*, pues no sería exacto exigir que el Derecho penal cumpla "funciones", ya que, desde que con la pena se

---

(200) C. ej. JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 62 y s.

(201) JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 36 y s., 37 y ss., respectivamente.

(202) Cfr. JAKOBS, quien recurre ilustrativamente a la discusión entre Feuerbach y Grolmann, y, con algunas salvedades, da la razón a este último; ver "Staatliche Strafe...", p. 38 y ss., 40.

contrarresta la "realidad" que el infractor de la norma pretende imponer, con ello ya se reafirmaría la "realidad de la norma", o sea su vigencia; luego: "... la sanción no tiene un fin, sino constituye en sí misma la obtención de una sanción, (es decir) la constatación de la realidad de la sociedad sin cambios"(203). Si alguna "prevención" existe en su teoría sería la de evitar la "erosión de la configuración normativa de la sociedad", pero no la comisión futura de delitos(204); algo que –como él mismo observa– podría ser llamado "prevención general positiva", pero que, en todo caso, no debe confundirse con las tesis tradicionales, pues se agotaría en sí misma y, por ello, no necesitaría ninguna corroboración empírica. La "prevención de delitos" sería, más bien, en primer lugar tarea de la Policía(205).

JAKOBS reconoce, por otro lado, que su teoría podría tener alguna coincidencia con la "teoría absoluta" y la "prevención general positiva". La teoría de la *prevención general positiva* en su versión más difundida(206) señala que la función del Derecho penal consistiría en mantener la vigencia de la norma para confirmar la confianza de los ciudadanos en ella y tomarla como esquema de orientación. La coincidencia con la (nueva) teoría de la pena de JAKOBS estaría en la "vigencia de la norma", pero mientras que aquella "prevención general positiva" tiene el ingrediente sicológico de la "repercusión síquica" (la motivación, la orientación), JAKOBS postula que lo único que interesaría sería la "comunicación" expresada en la pena; el alcanzar el proceso síquico de la "confirmación de la norma" mediante la pena pública puede desearse, pero no formaría parte del concepto de pena: la pena sería un fin en sí misma y se agotaría con "la permanencia de la realidad normativa sin modificaciones"(207). En cuanto a la "teoría absoluta", si bien JAKOBS mismo se basa en gran medida en Hegel, uno de los más conocidos representantes de la "retribución", enfatiza que existiría una diferencia decisiva, por lo menos con el entendimiento tradicional de la teoría absoluta: la retribución afirmaría que a todo quebrantamiento de la norma debería seguir la reacción penal; en cambio, en la tesis funcionalista, la reacción penal solamente entraría a tallar cuando el quebran-

(203) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 70.

(204) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 64; "Staatliche Strafe...", p. 31.

(205) JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 31.

(206) JAKOBS también ha reconocido coincidencias con la "prevención general negativa", pues tanto en ésta como en su versión de la "prevención general positiva" podría ser que la "intimidación", desde la perspectiva de los que se orienten en el rol del autor, juegue algún papel en la realidad. La "fidelidad a la norma" podría ser consecuencia del miedo o de la comprensión, pero, al tomar por base la responsabilidad del autor por su hecho en la medida en que compense el peligro para la validez de la norma, se atenuarían los efectos de la pena (que en la prevención general negativa resultan desproporcionados); "Staatliche Strafe...", p. 32 y ss.

(207) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 75.

tamiento de la norma perturbare la vigencia de la norma; si no existiera tal riesgo, no habría razón para una sanción; si el riesgo fuera reducido, la sanción debería ser leve[208].

Para el caso de los "inimputables", que no tienen carácter de "personas", pero también para quienes voluntariamente quieran estar al margen del ordenamiento normativo (los "enemigos"), como contra ellos no es posible aplicar "comunicativamente" una "pena", aunque siga siendo necesario proteger la vigencia de las normas (evitar ulteriores infracciones), solamente sería posible aplicar *medidas de seguridad* basadas en la idea de la "prevención especial"[209]. Aquí no se trataría ya de "sujetos competentes", de "personas", sino de "individuos peligrosos" (enemigos). A estos no sería posible dirigir "expectativas normativas" y, por tanto, al ser excluidos del ámbito de las personas, se cuentan dentro de los enemigos que constituyen "focos de peligro" y contra los cuales debe llevarse a cabo una "custodia de seguridad"[210].

Por otro lado, JAKOBS aclara que su teoría de la pena, al igual que la teoría absoluta de Hegel, por sí misma no sirve para determinar la "medida de la pena", pues ella solamente se quedaría en el nivel abstracto para afirmar que debe suspenderse la comunicación del infractor sin que pueda decir cómo concretamente debe hacerse esto; para dar una "medida de la pena" se necesitarían datos adicionales sobre el "peso" de un derecho o una expectativa para la persona[211]. Tampoco una teoría "retributiva" como la de Kant, en contra de la creencia general, sería capaz de proporcionar algún criterio para definir la medida de la pena, pues la supuesta "proporcionalidad" entre el mal inferido (a la víctima) y el de la pena retributiva (al delincuente) no consideraría el "daño social" que es distinto del daño individual causado por el delincuente; y para considerar estos otros perjuicios, siempre será necesario tomar en cuenta los intereses y finalidades de los miembros de la sociedad[212]. En cambio, el "concepto moderno y funcional de culpabilidad" (el que él defiende) sí tendría en cuenta esta diferenciación decisiva pues, por un lado, otorgaría una finalidad a la "retribución de la culpabilidad" (Schuldvergeltung); y, por otro lado, determinaría la culpabilidad, desde el principio, según su idoneidad para alcanzar dicho objetivo. En pocas palabras: se trataría de la "culpabilidad"

---

[208] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 70 y s. Una exposición más detallada sobre las coincidencias y diferencias con la doctrina de Hegel puede verse en "Der Zweck der Vergeltung...", p. 251 y ss., 266 y ss., y, especialmente en "Staatliche Strafe...", p. 24 y ss.

[209] JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 54, 57 y ss.

[210] JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 58 y s.

[211] JAKOBS, "Der Zweck der Vergeltung...", p. 266, 267 y s.; "Staatliche Strafe...", p. 27, 31 y s.

[212] JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 16 y s.

como "la necesidad de estabilizar la validez de normas a través de la pena" y la medida de la pena como "lo necesario para conseguir tal estabilización"[213].

En concreto, para determinar la "medida de pena", JAKOBS propone los criterios (externos) de orientación en la fijación la "gravedad social" del hecho cometido: 1. El peso de la norma infringida y de la medida de su infracción, 2. El grado actual de aseguramiento cognitivo de dicha norma, y 3. La responsabilidad del autor por su motivación hacia el hecho que ha cometido (o sea si la motivación es de su plena o parcial competencia)[214]. Este último criterio establecería el límite máximo de la pena: esta no puede ir más allá de lo que el autor se "merece" en función de su "responsabilidad"; quedan fuera de consideración finalidades externas a las derivadas de la propia conducta del autor[215].

Los postulados de JAKOBS han sido duramente criticados desde los distintos sectores de la doctrina y con argumentos muy variados. Sobre sus principios metodológicos y las consecuencias de ellos para la dogmática penal, en general, ya se ha expuesto en otro lugar[216]. Aquí solamente se analizará críticamente su teoría de la pena.

a) La construcción meramente normativo-funcional de la finalidad de la pena (y en general de todas las categorías jurídicas) prescinde de un *control externo* o de su validación a través de una constatación empírica. JAKOBS afirma que ella no sería necesaria y que tampoco las teorías tradicionales habrían cumplido con demostrar la utilidad social de la pena. Esto último no deja de ser cierto ni criticable a la doctrina dominante, pero de esto no puede deducirse la posición totalmente contraria: que este control externo, la constatación empírica del cumplimiento de los fines de la pena buscados, no sean necesarios. Precisamente el reconocimiento de lo ontológico y de valores como base del Derecho tiene la finalidad de

---

[213] JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 17.

[214] JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 32.

[215] Coincidiendo en esto, en gran medida con Kant, y recogiendo su crítica a la "prevención general negativa" (prohibición de tratar a la persona como a un objeto sujeto a finalidades), JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 34, 35 y s.

[216] Sobre esto debo remitir a anteriores trabajos, con más refs.: "Normativismo radical o normativismo moderado", Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Peruanas N° 5 (2004), pp. 17-82 (también en la Revista Penal, España, N° 16, 2005, pp. 3-35); "El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico", Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 18 (2006), pp. 17-65 (con una "Nota adicional posterior" se publicó también en la Revista de Derecho Penal N° 2007-2, pp. 747-810, Buenos Aires); "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", Revista Penal (España), N° 18 (2006), pp. 3-44 (también publicado en el Libro-Homenaje a Juan Bustos Ramírez, Lima, 2007, pp. 1-72, y en la Revista de Derecho Penal, 2006-2, Buenos Aires, pp. 703-800. Últimamente ROXIN ha dedicado un trabajo que dedica especial atención crítica a las teorías de Jakobs: "Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland", GA 2011, pp. 678-695, esp. p. 688 y ss.

no dejar desamparado al ciudadano frente a la posible manipulación (históricamente experimentada) del Derecho. La finalidad preventiva debe quedar abierta a una constatación empírica, aunque en la práctica ella no se hubiera cumplido. El peligro de una teoría tan abstracta y formal es inmanente a la posición de JAKOBS, quien no se cansa de afirmar que su concepción no haría valoraciones (lo cual correspondería a la Política criminal), sino tan solo "descripciones de la realidad". Pero esto no es posible ya por el hecho de que el intérprete de la ley siempre tendrá que recurrir a un razonamiento teleológico y valorativo. Ante este "conservadurismo" de Jakobs (protección de la vigencia del sistema normativo por él "descrito"), el peligro inmanente a toda su concepción es el sacrificio del "individuo" frente al interés primordial de "estabilizar el sistema"; algo que precisamente se manifiesta con claridad en la "culpabilidad" y la "fijación de la pena".

Y en su concepción particular de la "prevención general positiva", como JAKOBS mismo ha aclarado, se prescindiría por completo de toda "finalidad" ulterior (social) de la pena, o, si se quiere, su única finalidad sería la *estabilización de la norma*, es decir, con ella se marginalizaría la afirmación que hace el delincuente con su hecho ("la norma no vale") mediante una contraafirmación objetivada en la pena ("la norma sí vale")[217]. Al principio se había criticado a JAKOBS que el criterio rector de la "estabilización del sistema" (delito sería todo lo que atenta contra esto) sería de difícil, si no de imposible constatación empírica[218]. Ahora esta crítica ya no lo alcanza (ni la de su identificación con la prevención general negativa), pues, como él mismo admite, el fenómeno de la "confirmación de la identidad" logrado por el Derecho penal no puede aprehenderse empíricamente; ni tampoco interesaría esto: la vigencia perturbada de la norma se reestablecería solamente en el plano de la comunicación[219].

Pero con el desapego del Derecho penal de todo tipo de empirismo, pasaría a ser colocado "... en el cielo conceptual de simples significados (...) y se ve expuesto a todas las críticas que se hacen contra las teorías retribu-

---

[217] GÜNTHER, "Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe", p. 205; SCHÜNEMANN, "La relación entre ontologismo...", p. 646 y s. La crítica se dirige fundamentalmente a la última versión del funcionalismo radical de Jakobs (antes postulaba la "prevención general positiva") que, según la observada por SCHÜNEMANN (ver ibídem, p. 645), empezó a regir desde 1992.

[218] Así, SILVA SÁNCHEZ, quien destacaba inicialmente la "potencialidad reaccionaria" de la teoría de Jakobs; ver "Aproximación...", p. 70. Pero en últimas publicaciones se ha acercado a esta postura de Jakobs; ver desde la publicación de su libro "Die Expansion des Strafrechts" (2003) hasta su reciente artículo "Herausforderungen eines expandierenden Strafrechts", p. 307 y ss.

[219] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 21.

tivas idealistas[220]. Esta afirmación por sí misma no puede ser suficiente pues falta aclarar la forma como se va a conseguir esta reafirmación de vigencia (o como se la quiera llamar) en la colectividad, algo que es básico para la legitimación de la teoría de los fines de la pena[221]. Además, no puede ser tan "cerrado" como pretenden sus defensores; el propio JAKOBS no puede evitar recurrir a criterios "valorativos" para concretar el "fin" de "estabilización del sistema jurídico". Así, ya la finalidad de proteger la "vigencia de las expectativas" de seguridad de los ciudadanos frente a eventuales" lesiones de sus intereses" implica una cierta concreción, aunque todavía no se precisan los "medios". Por cierto que resulta dudoso que estos "medios" puedan ser encontrados alguna vez y que la teoría funcionalista radical no pase de proporcionar meras "consideraciones de plausibilidad" sobre los efectos reales de la prevención general positiva[222].

Esta nueva posición de JAKOBS sobre la "función de la pena" contiene elementos conocidos también en la concepción penal dominante. Así, cuando se habla de un carácter "simbólico-expresivo" de la pena, los autores coinciden en afirmar que la pena *también* tendría una función "estabilizadora" de normas (aparte de atender a la víctima y reprochar al delincuente), pues se dirigiría igualmente a la generalidad a la cual comunicaría que la conducta constituye un injusto y no un accidente, que esta conducta no es aceptada y que la responsabilidad por ello no recae ni en la víctima ni en la generalidad[223]. Y tampoco esta "prevención general positiva" es nueva, pues presenta notables coincidencias con la "teoría de la anomia" de Durkheim, la cual también entendía que ante una "conducta desviada" como el "delito" se debía reforzar la consciencia colectiva mediante una desaprobación simbólica, ceremonial y pública[224]. Pero su *pretensión de exclusividad* como única función sí es peligrosa. LÜDERSSEN ha destacado acertadamente que se trata de un "cambio de paradigma" cuando la delincuencia es definida como "desobediencia" contra la norma estatal (en vez de afecciones a bienes jurídicos), pues a ello va ligado un distinto entendimiento del Estado: la persona es definida a través de su relación y tarea dentro de la sociedad, del Estado (prioridad del

---

[220] C. más refs. sobre la crítica, ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 31, nota al pie 45.

[221] Cfr. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, § 3, n. marg. 31; también criticando por eso la "tautología" y "circularidad" de la teoría de Jakobs, BOCK, p. 654 y s.

[222] BOCK, p. 655 y s.

[223] GÜNTHER, quien cita expresamente a Jakobs, p. 218 y s.

[224] Observación de BOCK, p. 636.

Estado)[225]. Debido a su apego extremo a HEGEL, se ha criticado que en realidad la teoría de la pena de JAKOBS no sería original, pues coincidiría en gran medida con el retribucionismo (prevención mediante retribución justa) y no sería más que una "teoría retributiva encubierta"[226].

Desde su publicación "Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck" (2004), JAKOBS parece haberse acercado nuevamente a las teorías preventivas tradicionales al explicar que la pena no solamente tendría un significado ideal (reafirmación de la norma en el nivel comunicativo), sino también uno real (garantía social); lo primero sería el "fin" de la pena y lo segundo su "significado"[227]. En efecto, parece haber aquí un reconocimiento algo tardío de la necesaria conexión que debe existir entre el "mundo" normativo, con su propia realidad también normativa referida a relaciones institucionales[228], y el "mundo" de los ciudadanos para quienes existe esta construcción normativa. Desde esta última perspectiva, la pragmática, no basta con conocer la semántica de la pena que devela las reglas sobre cómo funcionan las instituciones sociales, sino se necesita una verificación empírica sobre la medida en la que realmente es efectiva la "estabilización normativa", para lo cual se tienen que develar las relaciones sociales y sicológicas y determinar también si para esto es necesaria la aplicación de una pena en el sentido de "lesión de intereses" o "mal"[229].

b) La *prevención general positiva* que para Jakobs busca preservar la "vigencia de la norma" lleva a sustituir la "culpabilidad" con la atribución[230]. Esta idea de preservación de la "vigencia de la norma" atribuida a JAKOBS, lleva a la aplicación también funcionalista de la prevención como "atribución" a cambio de la "culpabilidad". Pero una concepción tal sería muy peligrosa, pues, si se quieren limitar los peligros de la prevención general

---

[225] LÜDERSSEN, "Muss Strafe sein?", p. 470.

[226] Ver las refs. en ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 31.

[227] Cfr. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 31, al final. JAKOBS ha afirmado en la mencionada publicación que parte de la doctrina que defiende la prevención general positiva y él mismo, en sus publicaciones anteriores, había descuidado el "aspecto cognitivo" de la validez normativa al "degradar, aunque sea en forma parcial, los efectos sicosociales (...) a efectos secundarios"; "Staatliche Strafe...", nota al pie 147, al final.

[228] Y donde, efectivamente, no se necesita (ni es posible) una verificación empírica: "si la pena, de manera institucional, consiste en una desaprobación con una dirigida lesión de intereses frente a una conducta que infringe la norma, entonces en la punición radica al mismo tiempo una confirmación de la vinculabilidad de la norma lesionada", NEUMANN, p. 444.

[229] Cfr. NEUMANN, p. 445 y s.

[230] JAKOBS, describiendo el delito como contradicción de la norma, se refiere a la necesidad de garantizar "orientación en la vida social" de los ciudadanos que interactúan en la sociedad; el delito perturbaría esto y la pena tendría que confirmar a los que confían en las normas que estas siguen teniendo vigencia; ver "Strafrecht AT", p. 6 y ss.

(la extralimitación en las penas), no se puede prescindir del "principio de culpabilidad" tal como ha insistido continuamente ROXIN[231].

La concepción de la *culpabilidad* de JAKOBS es inaceptable por varios motivos. En primer lugar, no convence su afirmación de que la "culpabilidad" en el sentido de la "retribución", no sea capaz de proporcionar una *medida de la pena*, que esta recién pueda obtenerse a través de finalidades externas (preventivas); esta afirmación no demuestra, en todo caso, que el "principio de culpabilidad" sea innecesario y que, obligatoriamente, se tenga que admitir un "concepto funcional de culpabilidad" en el sentido de "práctica en la fidelidad de la norma"[232]. Tal afirmación parece contener, más bien, una confusión. Y es que, tal como hace la doctrina penal alemana desde mediados de los 70, debe distinguirse la culpabilidad como "fundamentadora de la pena" (principio de culpabilidad), de la culpabilidad como criterio de "medición de la pena"; esta última función puede discutirse en cuanto a sus alcances[233]. La crítica de JAKOBS apunta a esta última función, pero descuida la primera[234] aparte de que tampoco el funcionalismo radical pueda por sí mismo garantizar una "medida" de pena justa si solamente se basara en el criterio empíricamente indemostrable de lo "necesario" para mantener la "fidelidad normativa"[235]. En segundo lugar, precisamente esta función de "principio" de determinación del "si" de la pena que cumple el "principio de culpabilidad", lo hace irrenunciable para el Derecho penal pues, gracias a él se tiene una garantía ante las posibilidades de abuso, arbitrariedad, de instrumentalización (incluso con fines sociales) del ciudadano[236]. Por eso se afirma categóricamente que el "principio de culpabilidad" está al mismo nivel que el principio constitucional de la "dignidad humana": el ser humano no debe ser instrumentalizado para servir a intereses sociales de estabilización[237]. La "culpabilidad" tiene que poner un límite a toda política criminal y al derecho positivo así sean es-

---

(231) Ver c. más ref., "Strafrecht AT", § 3, n. marg. 48 y ss. 51 y ss.; "Dogmática penal y política criminal", p. 171 y ss.

(232) BOCK, p. 638 y s.

(233) Enfatiza en esta distinción, c. más ref., ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 747, especialmente criticando la tesis de Jakobs, § 19, n. marg. 33 y ss

(234) Por eso BOCK dice de la crítica de Jakobs a la teoría tradicional de la culpabilidad (para identificarla luego con la "prevención general positiva") que implicaría una "batalla aparente en escenarios secundarios"; p. 639.

(235) Cfr. BOCK, p. 656.

(236) Ver ROXIN c. más ref., "Strafrecht AT", § 3, n. marg. 48 y ss. 51 y ss.; "Dogmática penal y política criminal", p. 171 y ss.

(237) ROXIN, c. más ref., "Strafrecht AT", tomo I, § 19, n. marg. 36 y ss., 51 y ss.; igualmente el mismo autor en "El principio de culpabilidad...", p. 171 y ss., y "Problemas actuales...", p. 66; BOCK, p. 642.

tos entendidos en el sentido de que pretendan solamente una "práctica de reconocimiento normativo". Es más, este principio exige que la ley, en el fondo, solamente tenga un "carácter declarativo" y que no sobrepase el entendimiento material que se tenga de la culpabilidad (una "consciencia del injusto anterior a lo positivo", un "mínimo ético", etc.)[238]. El que la ley vigente, a veces, no respete este principio, es un asunto diferente y no afecta al análisis sistemático-funcional[239].

c) Por otro lado, SCHÜNEMANN critica el error metodológico de deducir de la "lesión a la norma", automáticamente, la "sanción penal específica" dado que la gran mayoría de lesiones a la norma quedan impunes[240]. La base misma de la dogmática penal postulada por JAKOBS se manifiesta aquí en toda su crudeza: la pena no tendría un fin sino que ella constituiría ya por sí misma el alcance de un fin (método de "reducción medio-fin desde el fin"). Ante esto SCHÜNEMANN opone que "... en una justicia que alcanza su fin mediante su mera existencia no hay lugar para una política criminal en el sentido de acreditación y control a través de persecución de fines demostrable empíricamente"[241].

d) Tampoco satisface la concepción de JAKOBS en lo atinente a la relación entre "pena" y "medida de pena". Según él, como la infracción de la norma (y con ello la negación de las condiciones de la vida en común) y la consecuencia jurídica ocurrirían en el mundo normativo, no sería tarea del Derecho penal la "dirección de conductas"; la "pena" solamente podría tener la tarea de "negar" el "significado" dado a la norma vigente que el delincuente haya expresado con su conducta. Pero, como ya se dijo, esta concepción contiene el peligro de la "desproporcionalidad" de la pena, peligro que no puede ser rebatido con los argumentos de JAKOBS de que frecuentemente no existiría el peligro de que se imite la infracción de la norma y que la medida de la pena tendría que orientarse considerando la "negación de personalidad objetivada en el hecho". Al primer argumento se puede contestar que la determinación de si existe o no un "riesgo de imitación" sería arbitraria y llevaría a comtradicciones valorativas en cuanto a la gravedad de los distintos delitos (p. ej., los homicidios tendrían una menor pena que los hurtos); y al segundo argumento se puede reprochar una grave incongruencia: no es compatible con la

---

[238] BOCK, p. 646 y s.

[239] Cfr. BOCK, p. 646 y s.

[240] SCHÜNEMANN, "La relación entre ontologismo...", p. 647.

[241] SCHÜNEMANN, "La relación entre ontologismo...", p. 648.

definición normativa de "persona" la posibilidad de graduar la "negación de personalidad"; se necesitarían parámetros cuantitativos externos, pero no se sabe cuál sería el origen de estos[242].

e) La única "finalidad" admitida por Jakobs, la *estabilización de la confianza en el ordenamiento*, es un concepto arbitrario y contraproducente para los propios fines funcionalistas. Por un lado, este concepto (o finalidad) no es accesible a una medición empírica (¿cómo medir que se ha conseguido el mínimo de estabilización?) y queda en manos del libre arbitrio del legislador o del juez; por otro lado, si se divulgara entre la población que la punibilidad no dependería de la actitud con la que se actúe sino de factores externos a los ciudadanos, el resultado será precisamente una falta de estabilización de la confianza en el ordenamiento[243]. En la práctica judicial, sería, por ejemplo, impensable e incomprensible para el afectado que el juez fundamente su resolución afirmando que, aunque no tiene pruebas de que el sujeto hubiera actuado "queriendo" el resultado producido, se le va a imponer una pena para reforzar la confianza de los ciudadanos en la validez normativa[244]. Y es que el problema de aplicación práctica de este concepto funcionalista radica precisamente en su naturaleza, o sea en su carácter "latente". Desde que deja de ser "latente", pierde eficacia; es decir, para que "funcione" la pena como reafirmación en la vigencia del ordenamiento normativo, este objetivo –si fuera el único– tendría que permanecer "oculto" a los ciudadanos, pues si ellos lo conocieran, precisamente dejarían de actuar en el sentido que se quiere[245]. La racionalidad de los ciudadanos es diferente a la de un Derecho penal funcional; a los primeros les interesan sus propios objetivos y valores, entienden un código moral que está mejor representado por la "culpabilidad" entendida como pena justa derivada de haber haber hecho algo "malo" (con dolo o con imprudencia), y no como pena dirigida a mantener la fidelidad normativa en los ciudadanos[246].

Últimamente algunos autores aceptan la "relación con la realidad" de la "función estabilizadora de la norma", pero afirman que sí sería accesible a la comprobación empírica[247], en contra de lo que sostiene JAKOBS.

---

[242] Ver la crítica de KARGL, "Das Recht der Gesellschaft...", p. 65.

[243] ROXIN, "Strafrecht. AT", § 19, n. marg. 35.

[244] BOCK, p. 651; c. más refs., WEIGEND en LK, Einl., n. marg. 65, al final, nota al pie 170.

[245] Cfr. BOCK, quien analiza el problema de la "latencia", p. 649 y ss.

[246] Cfr. BOCK, p. 652 y s.

[247] Ver refs. en NEUMANN, p. 443.

f) El entendimiento jakobsiano de la "prevención general positiva" pone de manifiesto el *riesgo de irracionalización* derivado de la aplicación de métodos sociológicos al Derecho penal. Al considerar al Derecho penal como un medio más de "control social", también se quiere equiparar funcionalmente las llamadas "funciones latentes" (efectos que también sirven a la estabilidad social, pero no son perseguidas o asumidas conscientemente; p. ej. la venganza) con las "funciones manifiestas" (las perseguidas conscientemente y aceptadas por la generalidad) de la pena. Pero esto va en contra del garantismo más elemental, pues supone sustituir la legitimación derivada de un consenso real por la producción estratégica de un consenso ficticio(248).

3. Minimalismo, abolicionismo, víctimo-dogmática

Estrechamente vinculado con las recientes tendencias que resaltan el *papel de la víctima* en el Derecho penal, existe desde varias décadas una corriente que pretende reducir el Derecho penal a su mínima expresión (Derecho penal mínimo) o incluso eliminarlo (abolicionismo). También hay tendencias moderadas que, aunque no postulan la inmediata desaparición de las penas privativas de libertad, confían en su futura desaparición, siguiendo la tendencia observada de su paulatina limitación (en Europa)(249).

No sin razón se critica que en el desarrollo que llevara históricamente a transformar la justicia privada en justicia pública, y en la cual el Estado arrebató a las víctimas la aplicación de la pena en aras de conseguir la "paz social", el Derecho penal ha ido poco a poco marginando a estas hasta solo dejarles el interés de la reparación civil. Es más, el Derecho penal y el procesal penal actúan no pocas veces incluso en contra de los intereses de la víctima y hasta causándole nuevos perjuicios, p. ej., al obligarla a revivir procesos traumáticos en los procesos penales por violación, secuestro, etc. (victimización secundaria). Y la relación que antes era víctima-victimario ha pasado a ser una entre Estado (Derecho penal)-victimario, excluyendo a la víctima. En realidad, ya en el fundamento mismo del Derecho penal, desde una perspectiva penal basada en la Constitución, deberían tener cabida no solamente los intereses del "delincuente" ("Magna Charta" del delincuente) y los de la sociedad ("bienes jurídicos"), sino también los de las "víctimas"(250). Con una visión crítica de las "teorías de la pena", se sostiene que las dos grandes corrientes, "retribu-

---

(248) LÜDERSSEN observa, sin embargo, que los juristas nunca habrían respetado este esquema interpretativo de la sociología; "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus...", p. 877.

(249) Ver las refs. HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 279, nota 230.

(250) Cfr. ALONSO RIMO, "El fundamento del Derecho penal...", p. 124.

cionismo" y "prevención" (general y especial) coincidirían en que habrían todas ellas olvidado a la víctima: la primera al buscar con la pena solamente la reafirmación del Derecho, y la segunda al dirigirse directamente a generalidad (prevención general) o indirectamente a través del condenado (prevención especial)(251).

Es por eso que, a diferencia de tendencias radicales que buscan la privatización de la justicia penal ("abolicionismo")(252), las corrientes moderadas de un "Derecho penal protector de las víctimas" exigen tan solo, dentro del mismo Derecho penal y haciendo un paralelismo con la consideración de los intereses de los delincuentes, que *también* se tenga en cuenta los intereses de las víctimas allí donde estos se vieren afectados incluso si, para ello en algunos pocos casos se tuviera que postergar la finalidad preventivo-general de la pena(253); es decir, el garantismo de la justicia penal debería referirse (y así se debe plasmar en las leyes penales, procesales penales y de ejecución) al "ciudadano" entendido no solo como el "agresor", sino también como la "víctima"(254). El basamento constitucional de estas corrientes estaría en el mandato constitucional del Estado social y democrático de Derecho, cuyas garantías deben incluir también a la víctima, la cual, ante el fracaso de la protección manifestada con el delito, no debería sufrir una "victimización secundaria" a través del propio Derecho penal(255). Si no se debe abandonar a la víctima a su suerte y se le restituye (aunque sea parcialmente) el papel que le correspondió antes de la monopolización de la justicia penal por parte del Estado, no cabe duda de que el concepto de "compensación" tiene que entrar de todas maneras dentro de la pena. En el campo de los fines de la pena, se habla por eso de una "solidarización" con la víctima en coincidencia con la

---

(251) Cfr. HÖRNLE critica por esto que todas las teorías vigentes tendrían un carácter "colectivista" en contra de un necesario "individualismo normativo"; "Die Rolle des Opfers...", p. 951 y s.; también ESER, "Welches Strafrecht...", p. 196 y ss..

(252) Estas teorías no pueden ser tratadas aquí. Hay muchas corrientes al respecto y mayormente apuntan a eliminar la pena de prisión más que a eliminar todo tipo de "pena". Resumidamente puede consultarse una de las mejores fundadas en LÜDERSSEN, "Muss Strafe sein?", p. 468 y ss. Para él, la dogmática penal no habría aportado hasta ahora ninguna legitimación para el ejercicio del ius puniendi estatal. Las bases filosóficas mismas partirían de conceptos que no se corresponderían con la realidad de lo que en la práctica significa la imposición y la ejecución de las penas. También, desde la perspectiva de la "criminología crítica", ver BARATTA y su "programa" de diez puntos para una política de desmontaje de la prisión, p. 1 y ss., 7 y ss.

(253) Cfr. c. más refs. y haciendo un resumen de todas las tendencias actuales que incluyen a la víctima en sus postulados, ALONSO RIMO, "El fundamento del Derecho penal...", p. 125 y ss., 129 y ss. Relaciona la protección de la "necesidad de la víctima a obtener satisfacción", apoyándose en la exigencia de resultado en la estructura de la ley penal, FR.-CHR. SCHRÖDER, "Das Strafgesetz...", 165 y ss., 178; en esta línea también, desde la perspectiva más bien procesal y en contra de la "civilización" propuesta por LÜDERSSEN, *Krauß*, p. 274 y ss.,

(254) ALONSO RIMO, "El fundamento del Derecho penal...", p. 138.

(255) Cfr. ALONSO RIMO, "El fundamento del Derecho penal...", p. 126 y s., 139 y ss.

función comunicativa de la pena que también tienen las teorías relativas[256]. El contenido de "solidarización" con la víctima que se expresaría a través de la imposición de la pena para ayudarla en su "reintegración" ("superación del trauma") sería consecuencia (parte del costo) de la monopolización de la justicia penal por parte del Estado[257].

Ahora bien, una corriente como esta, si fuera entendida de manera aislada, con pretensiones de universalidad, se vería expuesta a la crítica de que con esta privatización de la pena, vía el Derecho penal, se introduciría la "venganza" como elemento de la pena, se atentaría contra el principio de mínima intervención y contra la finalidad preventiva: si la pena fuera considerada como "derecho de la víctima", su imposición tendría que ser obligatoria siempre incluso si no existiera necesidad preventivo-general o especial[258]. Es más, una orientación unilateral en la víctima (en desmedro p. ej. de los intereses del agresor) justificaría el abuso político que se suele hacer del Derecho penal exigiendo mayor punición y menos garantías para los agresores, tal como se manifiesta en las tendencias políticamente exitosas (pero dudosa en su efectividad y menos aún en su respeto a garantías constitucionales) de la llamada política criminal del "law and order" y que se basa en la óptica de las "víctimas potenciales" (que en realidad es otra forma de denominar a la sociedad en general) y no en la víctima real[259]. Por otro lado, en contra de la crítica en el sentido de que la inclusión material de la víctima real, individual en el Derecho penal atentaría contra la "división de trabajo" entre Derecho privado (Derecho civil) y Derecho público (Derecho penal), donde el primero se encarga precisamente de restituir financieramente a la víctima, se dice no sin razón que esto no bastaría ante un delito: no se pueden reducir los intereses de la víctima de un delito a una suma de dinero, pues esto dejaría de lado el aspecto emocional de la víctima[260]. Este "aspecto emocional" que suele ser equiparado al "deseo de venganza" de la víctima y que, en un sentido más positivo, puede ser descrito como una "necesidad de retribución frente a personas que han violado reglas sociales" es una realidad que ha sido comprobada empíricamente[261].

---

[256] Cfr. HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 105, al final.

[257] Ver las refs. en GÜNTHER, "Die symbolisch-expressive...", p. 218 y s. Ver refs. sobre esta corriente, así como críticas en ALONSO RIMO, "El fundamento del Derecho penal", p. 131 y s.

[258] ALONSO RIMO, c. más refs. críticas, "El fundamento del Derecho penal", p. 131 y s.

[259] HÖRNLE, "Die Rolle des Opfers...", p. 950, 953, columna derecha; deslindando también con estas tendencias, ALONSO RIMO, "El fundamento del Derecho penal...", p. 135, 141 y s.

[260] Cfr. desarrollando este último aspecto, HÖRNLE, "Die Rolle des Opfers...", p. 953, columna derecha, y ss.

[261] C. más refs. HÖRNLE, "Die Rolle des Opfers...", p. 954, columna izquierda; RÖSSNER, con datos empíricos de las ciencias neurológicas, p. 645 y s.

El problema está en cómo reaccionar (penalmente) ante este conocimiento. En vez de rechazar estas reacciones como "primitivas" con la consecuencia de descartar las necesidades de la víctima, debería tenérselas en cuenta de una forma "controlada", destacando a través de la imposición de pena los intereses dignos de protección. Esto se conseguiría con la "desaprobación" contenida en la pena más un "mal" impuesto al delincuente (mayormente un pago de dinero, pero también la prisión)[262].

En la dogmática penal, existen propuestas para incluir a la "víctima" dentro del concepto mismo del delito y de los fines de la pena[263].

Entre los abolicionistas, KLAUS LÜDERSSEN defiende una postura "moderada" que, partiendo de la doctrina dominante de la teoría de bienes jurídicos y de la actual función preventiva de la pena, quiere llegar a reemplazarla paulatinamente. Su crítica a la doctrina dominante se basa sobre todo en que el contenido retribucionista todavía seguiría vigente en la teoría mixta como medida de la pena. Por otro lado, las teorías basadas en el argumento de la "justicia" estarían aún impregnadas de elementos teológicos (pena como castigo en contraposición a premio por el rendimiento) y serían en realidad impracticables, porque estarían necesariamente vinculadas con un concepto imposible de definir o probar en la práctica: el "carácter apropiado de la respuesta penal" (Angemessenheit der strafrechtlichen Reaktion), el cual por lo demás sería innecesario en una sociedad moderna[264]. Para él, tanto la retribución como la prevención general serían inconstitucionales, porque atentarían contra la prohibición de no atentar contra el "núcleo esencial de los derechos fundamentales" (art. 19, párrafo 2 de la Constitución alemana), algo que tampoco sería subasanable con el "principio de proporcionalidad", pues este presupone que la restricción de derechos (en este caso la pena y, en concreto, la privativa de libertad) sea apropiada para conseguir los fines perseguidos (contener la criminalidad) y no generar conflictos[265]. Si se quiere seriamente resocializar, no se debería aplicar una "pena" que por definición supone la "aplicación de un mal", sino buscar alternativas a la pena.

Por cierto que este autor reconoce que por ahora el reemplazo de la pena solamente es practicable en áreas menos "duras" del Derecho penal como en el

---

[262] HÖRNLE, "Die Rolle des Opfers...", p. 955 y s.

[263] Defendiendo la inclusión de la víctima en el concepto mismo de "bien jurídico", y de la reparación del daño dentro de la definición de la "pena", *Eser*, en "Temas", p. 180 y ss., 210 y ss.; últimamente, HÖRNLE, "Die Rolle des Opfers...", p. 950 y ss.; ALONSO RIMO, "El fundamento del Derecho penal...", p. 123 y ss.

[264] Cfr. LÜDERSSEN, "Muss Strafe sein?", pp. 467, 475, 480.

[265] Cfr. LÜDERSSEN ("Freiheitsstrafe ohne Funktion", p. 48 y ss). Igualmente, CALLIES, quien favorece únicamente la prevención especial, p. 108 y ss., 118.

Derecho penal económico, donde actualmente la justicia alemana (abrumada por cierto por la complejidad de los casos) suele terminar anticipadamente los procesos mediante "transacciones procesales" con los procesados (miembros de empresas) y las víctimas, y donde estas últimas precisamente recurrirían al proceso penal más para reforzar su pretensión civil que para conseguir una condena[266]. El argumento de que esto se debería a que se habrían criminalizado excesivamente conductas que no tenían basamento material (serían p. ej. tan solo infracciones administrativas), no es aceptada por LÜDERSSEN, porque la "dañosidad social" sí suele ser admitida sin problemas por la sociedad como base para la punibilidad de estas conductas (p. ej., en los casos actuales producto de la crisis financiera)[267]. El que se llegue a transacciones procesales en casos como estos sería (en la actualidad) una solución razonable que, por lo demás, contradice claramente los argumentos de las teorías retributivas y preventivo-especiales[268]. Estos casos, y casos similares demostrarían que, más allá del predominio de principios vigentes que desemboca en un mero ejercicio de poder, debería partirse de las "consecuencias", de la "racionalidad de objetivos" para reemplazar la "pretensión punitiva pública" por las "relaciones de reconocimiento que surgen a partir de muchas competencias; la intervención estatal en algunos casos y la regulación social-privada en otros (compensación autor-víctima, mediación)[269]. El Derecho penal, protector de bienes jurídicos frente a lesiones, debería partir de los intereses de las *víctimas* para buscar las soluciones más adecuadas[270]; debería cambiar el punto de partida, lo cual equivaldría también a desvincular al sujeto del imperativo categórico, aún influenciado por la moral cristiana (el sujeto solamente sería libre cuando pudiera decidirse moralmente)[271]. Por cierto que él considera que la "reparación civil" como "pena" solamente constituiría una "mejor consecución de la indemnización por daños y perjuicios" en camino a la abolición del Derecho penal[272]. Para reemplazar el Derecho penal se precisaría de toda

---

[266] Cfr. LÜDERSSEN, "Muss Strafe sein?", p. 471 y s.

[267] LÜDERSSEN, "Muss Strafe sein?", p. 472.

[268] "Und das wäre auch nicht Ausdruck der Schwäche eines Staates, der sich zu einer eindeutigen 'Negation der Negation' nicht entschließen kann, sondern die bare Vernunft in einer komplexen, durch mannigfache Ursachen und Motive bestimmten Gesellschaft im Allgemeinen und in besonderen Situationen" [trad. libre], LÜDERSSEN, "Muß Strafe sein?", p. 472.

[269] Cfr. LÜDERSSEN, ibídem, p. 473.

[270] Cfr. LÜDERSSEN, ibídem, p. 471, 472 y s.

[271] Cfr. LÜDERSSEN, "Muß Strafe sein?", p. 476 y s., 479. También CALLIES propone un cambio de perspectiva: partir de la relación jurídica entre ciudadanos y Estado, y no de la "pena" y sus "fines", o sea, el Derecho Penal debería partir de una teoría de las normas penales" (en el sentido de un "Derecho penal del diálogo") y no de una "teoría de la pena"; cfr. c. más refs. p. 99, 101 y ss.

[272] Cfr. LÜDERSSEN, "Freiheitsstrafe ohne Funktion", p. 58.

una serie de alternativas jurídicas que lleven a una reducción de lo penalmente relevante[273].

Una posición extremadamente privatizadora, aunque dentro del Derecho penal, es la defendida por K. GÜNTHER[274] para quien la pena, estaría estrictamente reducida a su *significado simbólico expresivo*, lo cual se traduciría en la práctica en que su imposición consistiría en la declaración pública de que el delito habría constituido un injusto de responsabilidad individual por parte del infractor y que no es aceptado por la generalidad; no habría necesidad de imponer un mal ulterior al autor, bastaría con la "desaprobación" expresada en la declaración de culpabilidad de la sentencia. O sea, la "pena" sería esta "desaprobación". Pero se ha criticado con razón que con esto se estaría exigiendo demasiado al "reproche", pues este no puede reemplazar por completo a la ejecución de la pena y solamente sería realizable en algunos pocos casos de criminalidad menor[275]. Desde la propia perspectiva neorretribucionista, se sostiene que, en los casos graves, con esta "pena" solamente se cubriría una parte del injusto cometido (el principio de justicia de la igualdad entre hecho y pena): el delincuente no solamente ha negado el Derecho (que se cubriría con la desaprobación), sino también ha lesionado la libertad de otro (para lo cual faltaría la imposición del mal)[276]. Además, no se puede decir que por el hecho de que en la punición exista un reproche social, la pena deba contener retribución o la imposición de un mal, porque de la desaprobación de la conducta también se puede deducir la finalidad resocializadora de evitar futuros delitos[277]. En la doctrina se defienden posiciones similares aunque menos radicales que la de GÜNTHER; sin llegar a su "desaprobación sin imposición de mal" también se ha propuesto una "desaprobación bajo reserva de aplicar un mal" y una "desaprobación con la aplicación de un mal mínimo aunque no bagatelizado"[278]. En defensa de la tesis de Günther y de tesis similares, se ha argumentado que no se trata de exculpar al delincuente, de liberarlo de su responsabilidad, sino de "entender" su acción[279]. Recién cuando hubiera "identi-

---

[273] Véanse las alternativas al Derecho penal (entre ellas, p. ej. los "ahorros" de esfuerzos "desperdiciados" en temas complejos como la materia económica) ofrecidas por LÜDERSSEN en "Freiheitsstrafe ohne Funktion", p. 59 y ss.

[274] GÜNTHER, "Die symbolisch-expressive...", p. 205 y ss., 218 y s.

[275] ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, § 3, n. marg. 46; KÜHL, "Zum Mißbillingungscharakter...", p. 160.

[276] Cfr. KÜHL, "Zum Missbilligungscharakter...", p. 160; KARGL, "Friede durch Vergeltung", p. 60 y s.; HÖRNLE, "Die Rolle des Opfers...", p. 956, columna izquierda. Para esta última, si como ella defiende, la pena debe, además de reproche dirigido al autor, debe expresar condolencia y solidaridad para con la víctima, también necesitará una "cuantificación" del significado expresivo, o sea una "determinada medida" de reproche y condolencia; ibídem.

[277] Cfr. ROXIN, Strafrecht AT, tomo 1, § 3, n. marg. 46 al final.

[278] Al respecto, KÜHL, "Zum Missbilligungscharakter der Strafe", p. 159 y ss.

[279] Cfr. HAFFKE, p. 357, 363 y ss.

dad" entre el entendimiento de las razones y causas que motivaron al autor (conocimiento de la "biografía" del autor) y las razones para el perdón operaría la tesis de Günther(280). Este "entender" sería además necesario porque "sofoca la necesidad de venganza bajo el ropaje de la pena y promueve el esfuerzo por dar respuestas racionales a la conducta desviada" [trad. libre](281). Este "entender" tampoco se opondría al "principio de culpabilidad"; no habría una antinomia entre el enfoque preventivo-especial que, antes de emitir una valoración (condena) quiere indagar minuciosamente sobre las causas y razones que llevaron al sujeto a delinquir, y las necesidades de la víctima y la sociedad(282).

Por otro lado, de la consideración de la "víctima" en el garantismo constitucional y penal no tiene por qué derivarse el descuido de los intereses del "agresor" y de la "generalidad". Se trata de "derechos de la víctima" (no de mera "solidaridad con ella") que se encuentran en el fundamento mismo del Derecho penal(283). Este desarrollo, que otros prefieren incluir dentro de lo que denominan "desformalización del Derecho penal"(284) es reciente y todavía no hay seguridad al respecto. Por lo menos no parece desacertado exigir un cierto control y posibilidades de corrección de las medidas adoptadas, así como de la renuncia del legislador a cumplir con sus tareas en cumplimiento del principio de legalidad(285).

En la doctrina dominante todavía se impone el escepticismo sobre la llamada *tercera vía* que recientemente ha encontrado basamento legal en Alemania con el nuevo art. 46a (posibilidad de compensación a la víctima mediante una reparación de daños) debido al "peligro" que implicaría la "desformalización" del proceso penal para víctimas "poco competentes en lo social"(286). La reparación como "tercera vía" encuentra su legitimación en el principio

---

(280) HAFFKE lo resume así: "El sofisma que radica en la frase citada, 'Entender todo quiere decir perdonar todo' se hace evidende después de lo expuesto: Entre el entender y el perdonar se ubica una premisa que no es descubierta por la frase y que, cuando se la hace transparente, dice que las razones del entender no son idénticas con las razones del perdonar. Esta premisa es falsa por lo cual también es falsa la conclusión que se obtiene con su ayuda: es un sofisma exculpatorio" [trad. libre]; ver c. más refs., p. 363 y s.

(281) HAFFKE, p. 357.

(282) Cfr. HAFFKE, p. 367 y ss.

(283) Cfr. HÖRNLE, "Die Rolle des Opfers...", p. 956, columna derecha; ALONSO RIMO, "El fundamento del Derecho penal...", p. 139.

(284) HASSEMER/NEUMANN (vor § 1, n. marg. 348 y ss.) ven procesos de "desformalización" en los siguientes ámbitos: 1.- Tendencias de protección a las víctimas, 2.- Reparación, 3.- Introducción de elementos cuasi contractuales en el proceso penal, y 4.- Fuga del legislador en la indeterminación (conceptos vagos, cláusulas generales, traslado de la materia prohibida en distintos ámbitos del Derecho penal).

(285) Cfr. HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 356.

(286) Así, pese a destacar también lo positivo de la descriminalización en el ámbito de la criminalidad de minucia, HASSEMER/NEUMANN, vor § 1, n. marg. 315.

de subsidiariedad y no se opone a la teoría de la unión, porque contribuye al efecto resocializador de la pena y a restaurar la paz social[287], pero, como dice ROXIN, esto no deja de ser más programa que realidad debido a que falta una configuración legal más apropiada[288]. Salvo algunas voces radicales, los más moderados reconocen que no se trata de volver a la época previa al triunfo del ius puniendi estatal e implantar la justicia privada, por un lado, y que, de todos modos todavía falta desarrollar cómo se debería proceder en el caso del núcleo "duro" del Derecho penal, el cual aparte de necesitar una previa delimitación, tendría que pasar todavía por un periodo de transición[289].

La privatización del Derecho penal descuida, sin embargo, un aspecto esencial del Derecho penal: su simbolismo. No solamente se trata de restituir a la víctima con una pena. Si solamente se tratara de restitución, efectivamente podría desformalizarse el proceso. El Derecho penal, a través de su protección de bienes jurídicos, también está cumpliendo la función de reafirmar el respeto a los bienes jurídicos (o la vigencia de las normas que conforman estos). El delito contiene, aparte del daño material (que podría no existir en algunos delitos como el cohecho), un daño ideal (negación de vigencia de un bien jurídico), así como la "pena" no solamente implica un "daño real" (recorte de libertades para el condenado) más una "compensación material" a la víctima (reparación civil), sino también una "compensación ideal del daño" (reafirmación de vigencia)[290].

VI. Resumen y perspectivas

El estado actual de la discusión puede ser resumido en el sentido de que tras varios años de discusión no se ha llegado aún a una teoría que haya convencido definitivamente a la doctrina. Pero no por ello debe abandonarse la tarea de buscar una concepción de la pena (y del Derecho penal), debido a su importancia para la evaluación del sistema penal imperante y de cualquier propuesta de reforma[291].

Por ahora, hay consenso en el sentido de que toda "pena" necesariamente contiene un elemento típico de ella: la "desaprobación" o el "reproche"

---

[287] ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 73.

[288] ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 74 y s.

[289] Así, la posición de LÜDERSSEN, "Muss Strafe sein?", p. 472 y ss., 480.

[290] Cfr. en este sentido, c. más refs. KUNZ, p. 363. Como acertadamente enfatiza: "El simbolismo de la pena remite normativamente a lo que debe ser en un 'buen ordenamiento' indefinido, el cual tan solo toma forma separando al delito y al delicuente, gracias al carácter abierto puede ser admitido por todos, y con ello obtiene la vinculación de todos" [trad. libre], ibídem, p. 365.

[291] Comp. ROXIN, "Problemas básicos", p. 20.

ético-social[292]. Precisamente una "pena" como expresión de "desaprobación ético-social" ante la conducta de un sujeto que ha infringido normas vitales para la pacífica coexistencia de los ciudadanos, es una característica propia del Derecho penal que lo distingue de otras ramas del Derecho[293].

Y en la actualidad, prácticamente una mayoría abrumadora reconoce que el Estado tan solo puede operar (y legitimarse a sí mismo) a partir del cumplimiento de finalidades preventivas[294].

Tras todo esto se tiene lo siguiente: El *sentido* o la *naturaleza* de la pena (y al mismo tiempo su *medida*) solamente puede ser absoluto[295]. Aquí conjugan distintas ideas y perspectivas: en concreto, desde el condenado y la víctima (o sus deudos), la pena sigue significando un "castigo" (para algunos quizá incluso "expiación", etc.); desde la perspectiva de los demás (incluyendo también a la víctima y sus deudos), se trata de la "justicia" o si se quiere "estabilización de la norma"; desde la perspectiva del propio Estado, encargado por el sistema jurídico de realizar la justicia, con la (administración de la) aplicación de la pena se trata de dar cumplimiento a aquella finalidad que legitima su monopolización el ius puniendi: la evitación futura de infracciones (sea incidiendo en el infractor, sea incidiendo en los demás ciudadanos). Este aspecto no es accesible a la comprobación empírica. Pero tampoco aquí debe olvidarse a la "víctima". Nada obsta para que ella quede incluida también en la ecuación, pues las garantías constitucionales y penales tienen que considerarla también a ella. Y no puede funcionar una finalidad preventiva si la víctima no ha quedado satisfecha (no "neutralizada"). Por otro lado, es innegable que cuando se habla de *función* se puede entender una referencia a cualquiera de estos planos, aunque usual y tradicionalmente se ha referido al efecto social de la pena. Y como su aplicación está en manos del ente encargado de garantizar la paz social,

---

[292] Cfr. entre otros JESCHECK/WEIGEND, "Lehrbuch...", p. 65; ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 46; RÖSSNER, p. 638 y s. Ampliamente, KÜHL, "Zum Missbilligungscharakter...", p. 149 y ss.

[293] Hay pleno consenso en afirmar que, por más posible o deseable que sea un Derecho protector de bienes (o normas) sin desvaloración ético-social (o sin coerciones), no sería correcto denominarlo "Derecho penal"; cfr. entre otros, KÜHL, "Zum Missbilligungscharakter...", p. 153; "Der Zusammenhang...", p. 439 y ss. En igual sentido, como característica indesligable del Derecho penal, STREE/KINZIG (en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vor §§ 38 y ss., n. marg. 18, al final) se refieren a la "culpabilidad del autor"; ESER ("Welches Strafrecht...", p. 202) se refiere a la "desaprobación especial". En ese sentido también, la crítica de ROXIN (quien se remite a Volk) a la antigua jurisprudencia constitucional alemana (BVerfGE tomo 22, p. 132) que solamente manifiesta el elemento "aplicación de un mal" de la pena, pues esto no es específico del Derecho penal sino de cualquier otra sanción estatal; cfr. "Strafe und Strafzwecke...", p. 601.

[294] P. ej. HASSEMER/NEUMANN, NK, vor § 1, n. marg. 2745 y ss.; ROXIN, Strafrecht AT, tomo I, n. marg. 37, JESCHECK/WEIGEND, p. 67 y ss. STREE/KINZIG en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vor §§ 38 y ss., n. marg. 2, etc.

[295] ROXIN sigue dudando de que la "esencia" de la pena esté vinculada con la retribución. Aunque la pena implique una intervención coercitiva del Estado y un gravamen para el condenado, con lo cual es innegable un elemento represivo, no es que la pena tenga un carácter retributivo, sino de un elemento final de la prevención general, cuya finalidad de evitar delitos se vería de otro modo contradicha; cfr. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 3, n. marg. 45.

solamente puede ser preventiva, sea en el sentido de buscar la resocialización del condenado o también en el de motivar a los ciudadanos a guardar fidelidad a las normas. Estas finalidades deben ser accesibles a la verificación empírica para poder controlar el legítimo ejercicio del ius puniendi estatal.

Sin embargo, en una sociedad moderna, donde lo que interesa no es el "castigo" por sí mismo, es posible conjugar ambos términos en el sentido de una "prevención a través de una retribución apropiada"(296). También los que exigen retribución buscan una finalidad: la "justicia" con miras a preservar la paz social o la autoafirmación del Estado. Por otro lado, las investigaciones empíricas parecen confirmar los presupuestos de ambas teorías: la necesidad del ser humano social de regirse por normas, que estas sean respetadas, y que en caso de infracción, el infractor sufra consecuencias ("sentido de justicia")(297). Entonces, la única diferencia teórica no resuelta sería el punto de partida: ¿se debe partir de la retribución para luego embuirla de finalidades preventivas (neorretribucionismo) o de la finalidad preventiva para luego limitarla a través de elementos de la retribución (prevención general positiva, teoría preventiva de la unión)? Y, ¿es esto realmente decisivo? Me parece que el punto de partida sí es importante, pero analizar aquí el problema y sus consecuencias extenderían mucho más una contribución que ya es por sí misma extensa.

Constatando, eso sí, la vigencia de la diferenciación resaltada por HURTADO POZO en las tendencias más actuales de la "teoría de la pena" (y del Derecho penal), termino mi contribución esperando haber hecho honor a la gran labor científica del homenajeado, deseándole muchos años más de salud y fructífera producción.

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: "Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas", Lima, 1997; "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", Revista Penal (España), N° 18 (2006), pp. 3-44 [en esta compilación: p. 13-87].

(296) Cfr. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, § 3, nota al pie 4; HASSEMER/NEUMANN, acercan ambos conceptos, vor § 1, n. marg. 273; LÜDERSSEN refiere que ya Beling, en contra de la doctrina entonces dominante (y todavía vigente) que presuponía la irreconciabilidad de las dos vertientes, con motivo de la reforma penal alemana a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, había defendido la tesis de que precisamente la "retribución justa" alcanzaría el efecto preventivo incluyendo a la resocialización; cfr. "Muss Strafe sein?", p. 473 y s. Incluso von Liszt –como ya se vio arriba– reconocía esta estrecha vinculación: "La pena es prevención a través de represión o (...) represión a través de prevención", "Der Zweckgedanke...", p. 43 y s. 45.

(297) RÖSSNER expone diversas concepciones extrapenales como la concepción antropológica de la "constancia formal" en la vida común de las personas (aprendizaje de normas sociales y la pena contra la negación del delito), p. 640 y ss., así como datos empíricos sobre la función estabilizadora de la sanción para conservar la estructura normativa de la comunidad (p. 642 y ss.) y datos de las ciencias neurológicas que confirman la necesidad de "justicia" en las personas, lo cual insinúa la necesidad de la sanción para asegurar el cumplimiento de los principios de justicia recíproca en la sociedad (p. 645 y s.).

ALONSO RIMO, Alberto: "El fundamento del Derecho penal y la víctima del delito: una perspectiva integradora", LH a Tomás Vives Antón, tomo I, Valencia (España), 2009, pp. 123-143.

BARATTA, Alessandro: "Resozialisierung oder soziale Kontrolle? Für ein kritisches Verständnis der sozialen 'Reintegration'", LH Heinz Müller-Dietz, Múnich, 2001, pp. 1-17.

BOCK, Michael: "Ideen und Chimären im Strafrecht", ZStW 103 (1991), p. 636 y ss.

CALLIES, Rolf-Peter: "Die Strafzwecke und ihre Funktion", LH a Heinz Müller-Dietz, Múnich, 2001, pp. 99-118.

DE SOUSA E BRITO, José: "Strafzwecke im Rechtsstaat", LH Hassemer, Heidelberg, 2010, pp. 305-320.

DÖLLING, Dieter: "Zur spezialpräventiven Aufgabe des Strafrechts", LH a Ernst-Joachim Lampe, Berlín, 2003, pp. 597-609; "Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion?", ZStW 102 (1990), pp. 1-20.

ESER, Albin: "Welches Strafrecht braucht und verträgt der Mensch?", LH Klaus Lüderssen, Baden-Baden, 2002, pp. 195-204; "Temas de Derecho penal y procesal penal", Lima, 1998.

FRISCH, Wolfgang: "Defizite empirischen Wissens und ihre Bewältigung im Strafrecht", LH a Manfred Maiwald, Berlín, 2010, pp. 239-261.

GÜNTHER, Klaus: "Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe", LH Klaus Lüderssen, Baden-Baden, 2002, pp. 205-219.

HASSEMER, Winfried/ NEUMANN, Ulfrid, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (coords.), "Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar", tomo 1, 3ra. ed., Baden-Baden, 2010; "Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen?", LH Klaus Lüderssen, Baden-Baden, 2002, pp. 221-240.

HAFFKE, Bernhard: "Verstehen und Strafen", LH Hassemer, Heidelberg, 2010, pp. 355-372.

HERZBERG, Rolf D.: "Überlegungen zum ethischen und strafrechtlichen Schuldbegriff", LH Hans Achenbach, Heidelberg, 2011, pp. 157-187.

HÖRNLE, Tatjana: "Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht", JZ 2006, pp. 950-958.

HRUSCHKA, Joachim: "Die 'Verabschiedung' Kants durch Ulrich Klug im Jahre 1968: Einige Korrekturen", ZStW 122 (2010), pp. 493-503.

HURTADO POZO, José: "Derecho penal, parte general", 1ra. ed. (Lima, 1978), 2da. ed. (Lima, 1987), 3ra. ed. (Lima, 2005), 4ta. ed. (conjuntamente con Víctor Prado Saldarriaga, Lima, 2011).

JAKOBS, Günther: "Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck", Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G390, Padeborn, 2004; "Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal", Madrid, 2003; "Der Zweck

der Vergeltung. Eine Untersuchung anhand der Straftheorie Hegels", en: L. H. a Nikolaos K. Androulakis, Atenas, 2003, p. 251 y ss.; "Bases para una teoría funcional del Derecho penal", Lima, 2000; "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken", ZStW 107 (1995), pp. 843-876; "Das Selbsverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)", en: Eser/Hassemer/Burkhardt, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick", Múnich, 2000, pp. 47-56; "Strafrecht. Allgemeiner Teil", Berlín, 1993.

JESCHECK, Hans-Heinrich/ WEIGEND, Thomas: "Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil", Berlín, 1996.

KAHLO, Michael: " 'Die Weisheit der absoluten Theorien' ", LH a Winfried Hassmer, Heidelberg, 2010, pp. 383-421.

KARGL, Walter, "Das Recht der Gesellschaft oder das Recht der Subjekte?", Goltdammer's Archiv 1999, p. 53-66; "Friede durch Vergeltung. Über den Zusammenhang von Sache und Zweck im Strafbegriff", Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), 1998, pp. 53-77; "Handlung und Ordnung. Grundlagen einer kognitiven Handlungs- und Straftheorie", Berlín, 1991.

KINDHÄUSER, Urs: "Rechtstreue als Schuldkategorie", ZStW 107 (1995), pp. 701-733; "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 5ta. ed., Baden-Baden, 2011.

KRAUSS, Detlef: "Täter und Opfer im Rechtsstaat", LH Klaus Lüderssen, Baden-Baden, 2002, pp. 269-278.

KÜHL, Kristian: "Der Zusammenhang von Strafe und Strafrecht", LH a E.-J. Lampe, Berlín, 2003, p. 439-461; "Zum Missbilligungscharakter der Strafe", LH a Albin Eser, Múnich, 2005, p. 149-161; "Von der gerechten Strafe zum legitimen Bereich des Strafbaren", LH a Manfred Maiwald, Berlín, 2010, pp. 433-450.

KUNZ, Karl-Ludwig: "Zur Symbolik des Strafrechts", LH a Heinz Schöch, Berlín/ Nueva York, 2010, pp. 353-367.

LAMPE, Ernst-Joachim: "Zur funktionalen Begründung des Verbrechenssystems", L. H. a Claus Roxin, Berlín, 2001, p. 45 y ss.; "Strafphilosophie. Studien zur Strafgerechtigkeit", Colonia-Berlín, 1999.

LÜDERSSEN, Klaus: "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzinpiendenken", ZStW 107 (1995), pp. 877-906; "Freiheitsstrafe ohne Funktion", LH a Günter Bemmann, Baden-Baden, 1997, pp. 47-62; "Muss Strafe sein? Das Strafrecht auf dem Weg in die Zivilgesellschaft", LH a Winfried Hassemer, Heidelberg, 2010, pp. 467-480.

NEUMANN, Ulfrid: "Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe", LH Jakobs, Colonia, 2007, pp. 435-450.

PAWLIK, Michael: "Strafe oder Gefahrenbekämpfung?", LH a Friedrich-Christian Schöder, Heidelberg, 2006, pp. 357-386; "Kritik der präventionstheoretischen Strafbegründungen", LH a H.-J. Rudolphi, Neuwied, 2004, pp. 213-230.

RÖSSNER, Dieter: "Empirische Perspektiven zur Legitimation der Kriminalstrafe", LH a Heinz Schöch, Berlín-Nueva York, 2010, pp. 637-646.

ROXIN, Claus: "Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", LH Volk, Múnich, 2009, pp. 601-616; "Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo I, 4ta. ed., Múnich, 2006, tomo II, Múnich, 2003; "Problemas actuales de dogmática penal", Lima 2004; "Dogmática penal y política criminal", pp. 169- 201, Lima, 1998; "Problemas básicos del Derecho penal" (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), Madrid, 1976.

SCHMIDTCHEN, Dieter: "Prävention und Menschenwürde. Kants Instruentalisierungsverbot im Lichte der ökonomischen Theorie der Strafe", LH Ernst-Joachim Lampe, Berlín 2003, pp. 245-274.

SCHÖCH, :"Empirische Grundlagen der Generalprävention", LH Jescheck, tomo 2, 1985, pp. 1081-1105.

SCHROEDER, Friedrich-Christian: "Das Strafgesetz zwischen Tatvergeltung und Verhaltensverbot", LH Harro Otto, Colonia, 2007, pp. 165-178.

SCHÜNEMANN, Bernd: "Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur – Gedanken zu Immanuel Kant und Heinrich von Kleist", LH a Lüderssen, 2002, pp. 327-343; "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal", en: Universidad Nacional de Educación a distancias" (comp.), "Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología", Madrid 2001, p. 643 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús: "Herausforderungen eines expandierenden Strafrechts", GA 2010, pp. 307-322; "Die Expansion des Strafrechts", Fráncfort del Meno, 2003 (en español: "La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales", Madrid, 1999); "Aproximación al Derecho penal contemporáneo", Barcelona, 1992.

STRATENWERTH, Günter: "Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?", Berlín, 1995.

VON LISZT, Franz: "Der Zweckgedanke im Strafrecht", ZStW 3 (1883), pp. 1-47.

WEIGEND, Thomas: Einleitung (introducción), en "StGB Leipziger Kommentar", 12da. ed., Berlín, 2007, tomo 1 (§§ 1-31), pp. 1-44.

WOLFF, Ernst Amadeus: "Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen", en Hassemer (coord.), "Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform", Fráncfort del Meno, 1987, pp. 137-224.

ZACZYK, Rainer: " Über den Grund des Zusammenhangs von personalem Unrecht, Schuld und Strafe", LH Harro Otto, Colonia, 2007, p. 191-203; "Zur Begründung der Gerechtigkeit menschlichen Strafens", LH a Albin Eser, Múnich, 2005, pp. 207-230.

ZAFFARONI, Eugenio R./ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro: "Derecho penal. Parte general", Buenos Aires, 2000.

Principio de reserva de la ley penal versus autoritarismo estatal(*)

El que nadie pueda ser sancionado por acto u omisión que no se encuentre previsto previamente en una ley penal, de manera clara y precisa, es un principio básico de toda sociedad actual. Sin embargo, ello no siempre fue así, sino constituyó el fruto de un largo y hasta sangriento proceso histórico en Europa. Nuestro país se ha "ahorrado" el proceso mencionado y el legislador constitucional ha venido reconociendo sin más el "principio de legalidad" y muchas otras conquistas de las sociedades democráticas. El artículo 57 de la Constitución de 1933 contenía una formulación del principio de legalidad casi idéntica a la que se encuentra en las Constituciones posteriores. Pero el "ahorro de lucha" por conquistar derechos se ha traducido en "costo" de desconocimiento y consciencia sobre las consecuencias que estas conquistas significan. Incluso la sencilla formulación del "principio de legalidad" no ha sido entendida en toda su magnitud, pese a su decisiva importancia para las labores legislativa e interpretativa de las leyes penales, y, en última instancia, para la instauración de una auténtica democracia. Uno de los vacíos más evidentes y más descuidados ha sido el respeto del principio de "reserva de la ley penal". En adelante se analizan las vinculaciones de este principio con el de legalidad, su aplicación práctica en el extranjero y en el Perú, y las posibilidades de su verdadero respeto en el futuro.

1. El principio de legalidad

El origen del principio de legalidad ha estado vinculado con el origen de las propias constituciones. En la doctrina tradicionalmente se ha buscado el antecedente más remoto del principio de legalidad en la "Magna Charta Libertatum", donde tras una lucha contra el rey Juan Sin Tierra, los súbditos ingleses libres obtuvieron la garantía de que las sanciones contra ellos solamente estarían permitidas "per legale iudicium parium suorum vel per legem

(*) Artículo publicado anteriormente en la Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 13 (2003), pp. 197-209.

terrae". Se buscaba con ello ponerse a salvo de la arbitrariedad con la que el monarca actuaba, creando deberes y derechos (sobre todo tributarios) según sus propios intereses. Sea que este constituya el origen o no del principio de legalidad en sentido de ley material estricta o más bien una garantía procesal[1], el hecho es que por lo menos constituye un valioso precedente del "sentido" que ilumina actualmente tanto al derecho europeo-continental como al anglosajón: la necesidad de "garantías" para los ciudadanos con el fin de prevenir abusos por parte de quien detente el poder. Posteriormente, como antecedente inmediato del actual "principio de legalidad", tal como lo conocemos hoy, la doctrina señala unánimemente a la formulación depurada proveniente de la Revolución Francesa contenida en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, aunque ya antes se había recogido en Declaraciones norteamericanas como la de Filadelfia (1774), Virgina y Maryland (1776)[2].

Tras penosas experiencias en los siglos XIX y XX, especialmente luego del predominio de regímenes totalitarios en Europa (el socialismo soviético inicial y el nacionalsocialismo alemán) y la Segunda Guerra Mundial, el "principio de legalidad" se ha impuesto definitivamente en Europa y en la mayoría de países civilizados[3]. Este principio ha sido recogido además expresamente en muchas constituciones e incluso códigos penales de todo el mundo. De él se deriva una serie de otros principios que materializan su contenido: el de "certeza" o "taxatividad", la "prohibición de la analogía en materia penal", la "irretroactividad de la ley penal" y la "prohibición del derecho consuetudinario". Pero también plantea la cuestión formal de la "reserva de la ley penal", es decir, en qué tipo de norma legal deben estar contenidas las leyes penales.

En el campo del Derecho penal, la especial importancia de este principio se debe precisamente a que las leyes penales, por contener recortes violentos y graves a derechos fundamentales de las personas, deben ser aplicables únicamente observando las garantías más estrictas. De esa manera, no solamente se materializa la "división de poderes" para evitar la arbitrariedad, sino también se garantiza que el mensaje normativo contenido en los tipos penales pueda cumplir con su "función motivadora" en los ciudadanos (fundamento político-criminal)[4].

---

(1) Al respecto ver JESCHECK/WEIGEND, "Lehrbuch ...", p. 131 y s.; En el mismo sentido, CEREZO MIR, c. más ref., p. 162 y s.; URQUIZO OLAECHEA, c. múlt. ref., p. 52 y s.

(2) Ver sobre los antecedentes y el desarrollo del principio de legalidad en Europa, ampliamente, CEREZO MIR, p. 162 y ss.

(3) Ver un análisis sobre el desarrollo en estas etapas, ampliamente, en CEREZO MIR, p. 164 y ss.

(4) En este sentido, GARCÍA RIVAS, p. 69 y s.

2. El principio de reserva de la ley penal

El texto mismo en el que se formula el principio de legalidad de la ley penal (y también, por cierto, el de la legalidad tributaria) decide la cuestión de la "reserva de la ley penal": "Sólo por *ley*..." o "... que no esté previamente calificado en la *ley*", etc. Esto quiere decir que los delitos solamente deben estar previstos en "leyes". Pero quedaría pendiente la cuestión de establecer a qué leyes se refiere la norma constitucional, pues, por un lado, existen distintos tipos de "leyes formales" (las emitidas por el Parlamento), las leyes orgánicas (emitidas por la mayoría del número legal de los parlamentarios) y las leyes simples (emitidas por la mayoría de los asistentes a la sesión correspondiente). A ello habría que agregar que algunas constituciones, como la nuestra, también reconocen "fuerza de ley" a otras normas legales, como los Decretos Legislativos. Es lo que se conoce como "ley" en "sentido material".

Bajo una auténtica concepción de estado de Derecho, esta última opción ni siquiera debería plantearse. En efecto, el sistema de división de poderes estaría mal configurado si se permitiera un sobrepeso del Poder Ejecutivo al permitirle legislar sobre materias tan importantes como la tributaria y la penal[5]. Solamente una *norma legal emanada del Parlamento* tiene la suficiente legitimidad como para restringir gravemente los derechos individuales de las personas; y de esto se trata en el caso de las leyes penales. Recién tras una amplia discusión pública, transparente, entre los representantes del pueblo, estos deberían poder imponer el ejercicio de ius puniendi contra las conductas más graves que lesionan los intereses más urgentes de los ciudadanos. La necesidad de otorgar tantas garantías a los ciudadanos se desprende, por lo demás, del lugar privilegiado que la propia Constitución otorga al ciudadano ("el fin supremo de la sociedad y del Estado" según el art. 1) y a los derechos individuales.

En países donde se busca una máxima garantía de los derechos de los ciudadanos, el principio de reserva llega a tal extremo que se exige incluso más garantías que las provenientes de una "ley formal" simple: toda ley que contenga "penas privativas de libertad" debe ser aprobada por la mayoría del número legal de los miembros del parlamento. Es decir, se exige una "ley orgánica" para este tipo de leyes penales; la "ley formal simple" (emitida con el voto favorable de la mayoría de los asistentes a la votación) solamente podría bastar para normas penales que no estuvieren vinculadas a penas privativas de libertad.

---

[5] Sobre este entendimiento particular y erróneo del "principio democrático" ya me he manifestado anteriormente. Ver "Derecho penal económico", p. 111 y s.; "Comentarios a la Ley de Delitos agravados", p. 113 y ss., 117 in fine y s.; "El principio de certeza en las leyes penales en blanco...", p. 13 y ss., 30 y s. [en esta compilación: p. 165 y ss., 179 y ss.]; "El transfuguismo político...", p. 79 y ss., 93 y s. [en esta compilación: 823 y ss., 844 y s.]. Destaca de manera particularmente clara esta vinculación entre el principio de reserva con el principio de democracia y división de poderes, ROXIN "Strafrecht AT", p. 145, n. marg. 20 y s.

El paralelo con España resulta notable. Así, ya en 1981, poco tiempo después del regreso a la democracia de España, tras la dictadura de Franco, el connotado penalista español Enrique GIMBERNAT ORDEIG efectuaba una crítica a la práctica inicial del legislador penal español, el cual abusaba entonces del empleo de "decretos-leyes" en vez de emplear "leyes orgánicas"; por ese motivo, se le calificaba como "inconstitucional"(6). En la actualidad, como fruto de esa experiencia, la doctrina española considera, sin excepciones, que la ley penal debe estar contenida siempre en un texto emitido por el parlamento. Debido a que ella contiene desvaloraciones ético-sociales y conlleva graves recortes a libertades individuales, tiene que estar revestida de las mayores garantías formales del Estado de Derecho(7).

En la doctrina española solamente hay discusión en cuanto a los límites de la exigencia de "ley orgánica" para legislar penalmente: parte de la doctrina considera que, para dotar mayores garantías democráticas, *toda ley penal* debe estar contenida en una ley orgánica (votada por la mayoría legal de parlamentarios), mientras que otra doctrina restringe el requisito de ley orgánica a las leyes que contengan penas o medidas de seguridad que restrinjan derechos fundamentales (libertad individual, igualdad) o estén implicados bienes jurídicos fundamentales (para las demás leyes penales debería bastar una ley formal simple)(8). Pese a esta discusión doctrinaria, en lo esencial existe consenso, pues ambas posturas invocan la necesidad de "leyes orgánicas" para la emisión de leyes penales que incluyan penas privativas de libertad. Esta interpretación se ha visto además reforzada por la jurisprudencia constitucional de dicho país que ha llegado a declarar la inconstitucionalidad de leyes formales que contenían penas privativas de libertad, debido a que no habían sido votadas por la mayoría legal de los integrantes del Parlamento(9). Los "decretos legislativos" (en sentido similar al peruano) fueron utilizados anteriormente para reformas parciales del Código Penal en 1932, 1944 y 1973, pero en la actualidad, como no puede versar sobre el desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas según el art. 82, apartado 1 de la Const. española(10), tampoco es posible que contengan normas penales.

---

(6) En "Constitución y Derecho penal", p. 27 y ss.

(7) Cfr. POLAINO NAVARRETE, "Derecho penal. P. G.", p. 402 y s.

(8) Al respecto consultar ampliamente, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, c. más ref., p. 103 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, p. 27 y ss. Defendiendo la segunda posición, conocida como "posición intermedia" y que es seguida también por la práctica constitucional, MIR PUIG, "Derecho penal P. G.", p. 77, n. marg. 15, p. 79 y ss., especialmente n. marg. 22 a 25; LUZÓN PEÑA, c. más ref., "Curso de Derecho penal...", p. 138 y ss.; CEREZO MIR, "Curso de Derecho penal español...", p. 152 y s.

(9) Así en la sentencia 160/1986 (16-12-1986) declaró la inconstitucionalidad del art. 7, primer párrafo de la Ley 40/1979 (de 10-12-1979) en la parte en que preveía penas privativas de libertad para atentados contra el régimen jurídico de control de cambios.

(10) CEREZO MIR, p. 153.

También en Alemania, donde en general se interpreta el término "ley" utilizado por la Constitución en el sentido más amplio, hay consenso en la doctrina, sin embargo, en que tal "ley" solamente puede ser una "formal" (emitida por el Parlamento) cuando la ley penal contenga penas privativas de libertad, pues "las intervenciones en la libertad solamente deben poder ser emprendidas mediante una expresión jurídica decidida por el Parlamento Federal o un Parlamento regional siguiendo el procedimiento establecido para la labor legislativa"(11). Como claramente destaca KÖHLER: "La forma de ley sirve con ello, por un lado para la regulación armoniosa, predecible de complejas relaciones jurídicas interpersonales (sociales): la función de racionalidad de la ley. Por otro lado, la ley garantiza, según su idea, de la mejor manera posible la realización de la voluntad jurídica general en la medida en que se base en una relación de intermediación representativa de la voluntad desde el momento de la formación del Legislativo hasta el procedimiento legislativo: la función de autodeterminación o de legitimación de la ley"(12). El motivo de la exigencia de "ley formal" radica, pues, en una aplicación consecuente de los principios mismos de todo Estado social y democrático de derecho: el respeto al sistema de división de poderes con la finalidad de otorgar las mejores garantías posibles a los ciudadanos ante el peligro de arbitrariedad estatal(13).

En el Perú, la Constitución de 1979 preveía en su texto legal el principio de "reserva de la ley penal" empleando el texto ya clásico de que solamente mediante una "ley" previa podrían restringirse libertades individuales y someter a las personas a procesos penales y penas (art. 2). Sin embargo, en vez de interpretar tal principio en su contexto, lo cual habría acercado nuestro Derecho a los estándares democráticos internacionales sobre la génesis de la ley penal, se prefirió en la práctica relativizar el principio, permitiendo que la materia penal sea delegable al Ejecutivo para que este pueda legislar haciendo uso de Decretos Legislativos (art. 188 Const. 1979). Con mínimas diferencias, los artículos constitucionales fueron reproducidos también en los mismos Códigos penales (arts. 2 y 3 del CP de 1924 y art. II del Título Preliminar CP de 1991). En todos los casos, las normas constitucionales y penales, aunque no especificaban el tipo de "ley" en que debía estar contenida la norma penal, debieron haberse interpretado, de conformidad con el "principio democrático" en el sentido de que se referían a una "ley" emanada del Parlamento. Las normas legales emanadas por el Ejecutivo, por su propia naturaleza, no son "leyes" en sentido formal, aunque, en casos excepcionales, puedan tener "fuerza de ley".

---

(11) JESCHECK/WEIGEND, p. 116. Ver también ROXIN, "Strafrecht AT", p. 101 y ss.; JAKOBS, "Strafrecht AT", n. marg. 11 y s., p. 72 y s.; KÖHLER, "Strafrecht. AT", p. 73, 87.

(12) KÖHLER, p. 73.

(13) ROXIN, p. 102, n. marg. 19 y s.

La Constitución de 1993 ha ido incluso más lejos aún que la del 79, pues ha legitimado sutilmente la práctica antidemocrática peruana: si bien continúa incluyendo en su texto la formulación tradicional del principio de reserva (art. 2, numeral 24, literales b y d), sutilmente permite con alguna claridad que los Decretos Legislativos puedan contener leyes penales. Así cuando se refiere a la posibilidad de que el Parlamento delegue facultades al Ejecutivo (art. 104), establece que la materia de los Decretos Legislativos no puede ser aquella que es indelegable a la Comisión permanente del Congreso. Y en la lista de "materias indelegables" (art. 104, segundo párrafo, numeral 4) a esta Comisión no figuran las leyes penales. Por lo demás, el art. 106 de la Constitución de 1993 solamente exige expresamente una "ley orgánica" cuando se trate de regular la organización y funciones de entidades del Estado y otras materias, sin incluir dentro de ellas a la materia penal. De esta situación resulta claro que la Constitución no prevé que las normas penales puedan estar contenidas en "leyes orgánicas" pero también parece admitir la interpretación de que estas puedan constituir "materia delegable" al Ejecutivo para su regulación mediante Decretos Legislativos. La doctrina constitucional peruana lamentablemente no se ha preocupado por este problema en la medida necesaria y, cuando lo ha hecho, se ha limitado a un análisis meramente formal del texto escrito que legitima la práctica antidemocrática de legislar penalmente mediante Decretos Legislativos[14]. Entre los penalistas nacionales actuales, salvo pocas excepciones, tampoco hay interés siquiera teórico por este problema[15].

Culmina así un desarrollo que ya la práctica legislativa había admitido desde la vigencia de la Constitución de 1979: que las leyes penales puedan ser emitidas mediante Decreto Legislativo, es decir, mediante una norma legal dada por el Ejecutivo en virtud de una delegación previa del Parlamento. Precisamente el momento para el incorrecto entendimiento ulterior del principio de "reserva de la ley penal" (y la consecuente falta de democracia) surgió cuando el país retornó a la democracia luego del gobierno militar. Es decir, a partir de la vigencia de la Constitución de 1979 (destaca el paralelo temporal con la situación española). En ese momento y en los primeros años posteriores, una serie de autores nacionales advirtió en alguna medida el problema en sus comentarios al texto de la "ley de leyes", si bien la mayor preocupación de

---

[14] BERNALES BALLESTEROS/OTÁROLA PEÑARANDA, "La Constitución de 1999...", p. 479 y ss.; CHIRINOS SOTO, "Constitución de 1993...", p. 185.

[15] En la literatura más reciente URQUIZO OLAECHEA analiza el "principio de reserva" y entiende que la Constitución del 93 permitiría que la ley penal sea materia contenida en Decretos Legislativos, aunque propugna una modificación constitucional que exija "leyes orgánicas"; ver p. 32 y ss. Pero la doctrina penal peruana tradicionalmente ha obviado el problema o ha admitido que puedan darse leyes penales mediante Decretos Legislativos; entre otros VILLAVICENCIO TERREROS, "Lecciones ...", p. 60.

entonces se dirigía a la vigencia de los llamados "decretos-leyes" (los emanados del gobierno de facto que había gobernado el país por más de una década) en un contexto democrático[16]. Pero se dejó pasar el momento histórico para exigir a la práctica legislativa un verdadero respeto del "principio de legalidad". Y esa práctica se transformó en costumbre hasta el día de hoy a tal punto que ni siquiera se plantea el origen del problema.

Debe observarse, sin embargo, que incluso de la Constitución Peruana de 1993, pese a confuso tenor, también pueden extraerse argumentos a favor de la concepción aquí defendida. Así, si materias menos importantes que los derechos individuales como la organización de entidades estatales y materias presupuestales no pueden ser delegadas al Ejecutivo para legislar sobre ellas (art. 104, segundo párrafo concordado con el art. 101, numeral 4) e incluso requieren estar contenidas en "leyes orgánicas" (art. 106), ¿por qué las leyes penales deberían poder constituir materia delegable al Ejecutivo? El Parlamento no puede ni debe "abdicar" de sus propias facultades cediendo facultades legislativas al Ejecutivo en esta materia. La interpretación tradicional que se ha dado hasta ahora a la "reserva de la ley penal" permite al gobierno de turno acaparar el poder, y nada garantiza que éste no abuse de él ni que sus funcionarios puedan vender la función al mejor postor sin temor a una responsabilidad penal mientras tal poder esté en sus manos.

3. Consecuencias de la violación del principio de reserva

El problema planteado no dejaría de ser una cuestión meramente académica, teórica, si no tuviera enormes implicancias prácticas. Al no respetar el "principio de reserva" de la ley penal, el Ejecutivo tiene manos libres para configurar el Derecho penal a la medida de sus propios intereses. Estos pueden ser buenos, loables, pueden incluso coincidir con el bien común, pero tienen el defecto de no estar sometidos a ningún control democrático. Y este defecto es decisivo, pues permite el abuso de poder con fines políticos y de grupos de poder haciendo tabla rasa de otros principios del Derecho penal de indiscutible importancia, en especial de los principios de "lesividad" y de "mínima intervención".

Como es sabido, el principio de "lesividad" o "exclusiva protección de bienes jurídicos" (reconocido expresamente en el art. IV del Título Preliminar Código Penal peruano) plantea una límite importante a la intervención penal:

---

[16] Ver, p. ej., ALZAMORA VALDEZ, exigiendo que todos los "decretos" del Ejecutivo se subordinen a la leyes parlamentarias y estas a la Constitución, "Introducción a la ciencia del derecho", sétima edición, Lima, 1980, p. 241; RUBIO CORREA/BERNALES, advirtiendo el peligro de la "delegación de facultades legislativas" y la necesidad de controlarlas para que constituyan siempre una situación excepcional; p. 337, 634 y ss.; también HURTADO POZO, claramente en relación con las leyes penales, aunque en relación más bien con decretos leyes de gobiernos de facto; ver p. 144 y s.

el Derecho penal no debe proteger intereses que no sean los indispensables para el funcionamiento de la sociedad. Pero además, si se vincula este principio al de "proporcionalidad", al de "humanidad" y a la vigencia de derechos individuales más fundamentales, no debería recurrirse al Derecho penal, en algunos casos, incluso si existiera un bien jurídico "digno de protección" cuando tal protección legal puede ser brindada con un medio menos grave que el penal (principio de mínima intervención). Y es que el Derecho penal implica la más grave intervención en los derechos fundamentales de los ciudadanos. Luego, solamente debería aplicársele en los casos en que la protección de los bienes jurídicos no pueda darse de una manera menos gravosa, o sea si ya han fracasado todos los demás controles formales o informales[17]. En nuestro medio, este principio no está previsto de manera expresa, pero por su sentido último puede ser vinculado con el art. I del Título Preliminar: la finalidad de "la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad". Si el Derecho penal no garantiza la prevención del delito o si causa más daño que el que evita, entonces no debería ser empleado.

El principio de "lesividad", que fuera ampliamente desarrollado y argumentado durante la década de los años 60 para descriminalizar amplios ámbitos del Derecho penal, no siempre es correctamente entendido. No quiere decir que siempre se tenga que descriminalizar y reducir el ámbito penal a la protección de bienes jurídicos estrictamente individuales (así, la escuela de Fráncfort), sino que solamente dice que debe evitarse sancionar penalmente cuando la protección ya la está brindando o puede brindarla aún otra área del Derecho; p. ej., los incumplimientos contractuales pueden ser solucionados por la vía civil, muchas infracciones al orden de los actos funcionales pueden ser suficientemente sancionados por el derecho disciplinario (si se trata de funcionarios públicos) o administrativo (en el caso de los administrados); las infracciones de tráfico, salvo casos realmente graves, pueden ser reprimidas por el Derecho policial. Pero, por otro lado, si existe un bien jurídico importante y no existe otra forma de dar la protección adecuada al bien jurídico, nada impedirá que se tenga que recurrir al Derecho penal cuando exista un "déficit" de protección[18]. Esto es particularmente cierto en el campo del Derecho penal económico.

Por otro lado, como observa la doctrina, últimamente se produce una tendencia contraria a la vigencia del principio de "mínima intervención" debido al deseo de utilizar al Derecho penal como un medio "simbólico" de lucha contra la criminalidad. Así, se pretende dar solución a conflictos sociales con

---

(17) En el sentido expuesto, BUSTOS RAMÍREZ, "Manual ...", p. 44.

(18) En ese sentido también GARCÍA RIVAS, p. 53.

la mera previsión de nuevos tipos penales o con la agravación de los ya existentes, en vez de buscar la solución en problemas estructurales (educación, mayores controles administrativos, laborales, etc.). P. ej. se critica así la introducción de los nuevos tipos penales de "acoso sexual" y de "discriminación" en la legislación penal española. Este aumento exagerado de la punibilidad, sin considerar la "necesidad" real de la intervención penal (que para otros equivale a un principio independiente) tiende a la instauración de un Estado policial donde la convivencia se vuelve insoportable[19].

Esta crítica, dirigida en Europa a la introducción de tipos penales distintos de los tradicionales (como los económicos)[20], es tanto más legítima en países como los nuestros, con una débil tradición democrática. Aquí, debido a la (tendenciosa) mala interpretación del "principio de reserva de la ley penal", el Ejecutivo hace amplio uso de las delegaciones de facultades legislativas para "reaccionar" rápidamente ante cualquier incremento de la criminalidad, sobre todo de la criminalidad común. El resultado es una degeneración del Derecho penal: al mismo tiempo se atenta contra los demás principios, sobre todo contra el de "proporcionalidad". Aquí sí que el Derecho penal está siendo considerado como "primera ratio" en la lucha contra la criminalidad violenta (la de los sectores más pobres)[21] a diferencia de Europa donde la ampliación del ámbito punitivo se debería más bien a un déficit de protección debido a la mayor necesidad de protección de intereses que se han vuelto tan básicos para la vida social que han sido elevados a la categoría de bienes jurídicos. Como consecuencia de esta orientación realista y democrática del Derecho penal, en Europa se legisla penalmente, en especial y con mucha precisión, sobre delitos económicos, manipulación genética, o atentados contra el medio ambiente, al mismo tiempo que se ofrecen posibilidades reales de resocialización a los delincuentes tradicionales (penas menos severas, programas de reeducación y readaptación social, etc.).

Entonces, en el Perú la tolerancia con la práctica legislativa del Ejecutivo, que al principio solamente tenía por misión adecuar la situación legal anterior (los decretos-leyes) a los nuevos principios constitucionales[22], y que luego degeneró en una potestad legislativa auténtica, ha permitido en los años posteriores y hasta ahora una serie de manipulaciones políticas del Derecho penal. Aquí ha sido práctica común que el Legislativo delegue facultades al Ejecutivo

---

[19] VILLAVICENCIO TERREROS, "Lecciones...", p. 46.

[20] Así, GARCÍA RIVAS, p. 54.

[21] Destacan esta situación de política criminal del "coup par coup" o de "respuesta contingente" en nuestro país, HURTADO POZO, p. 84 y s.; PRADO SALDARRIAGA, "Comentarios...", p. 32; VILLAVICENCIO, p. 54.

[22] Ver HURTADO POZO, p. 73.

para que dicte leyes, incluso con carácter penal. P. ej. el mismo Código Penal de 1991 fue dado mediante un Decreto Legislativo (D. Leg. 635). Otros ejemplos lamentables han sido una serie de decretos legislativos sumamente represivos que modificaron poco a poco el relativamente mesurado tono del texto original del CP. En especial destaca que, conforme se agravaba la situación política del país, la actividad del legislador penal se haya manifestado cada vez más autoritaria y represiva tanto en lo material como en lo procesal. Así, a partir de 1998, haciendo amplio uso de la delegación de facultades otorgada por el Parlamento mediante la Ley 26950 (19/05/98)[23], se dictaron una serie de leyes sumamente cuestionables: la "Ley contra el terrorismo agravado" (D. Leg. 895), "Ley contra los delitos agravados" (D. Leg. 896), "Ley contra la posesión de armas de guerra" (D. Leg. 898), "Ley contra el pandillaje pernicioso" (D. Leg. 899), etc.[24]. Pero este Derecho penal simbólico, autoritario y ultrarrepresivo tampoco puede ser considerado como característica exclusiva del corrupto régimen político iniciado en 1990. También durante los regímenes anteriores se ha empleado abusivamente al Derecho penal. En realidad, si hay algo que ha caracterizado al Derecho penal peruano es su corte "autoritario"; algo que la doctrina penal peruana siempre ha reprochado a los gobiernos de turno[25], aunque sin referirse a la estructura misma que permite los abusos: el exceso de poder del Ejecutivo merced a una errada concepción del principio de "reserva de la ley penal".

El resultado de esto ha sido la violación de todos los principios básicos del Derecho penal a través de leyes penales sumamente represivas (llegan a prever la "cadena perpetua" para una serie de delitos y se han recortado medidas de excarcelación), desproporcionadas (se reprimen sobre todo delitos contra la propiedad), e innecesarias (se recurre para todo al Derecho penal). Ni siquiera se puede afirmar seriamente que tales leyes sean eficaces, pues la realidad muestra un preocupante incremento de la criminalidad, así como una

---

[23] Es interesante la justificación para la delegación de facultades contenida en el art. 2 de dicha ley: "Los Decretos Legislativos que se expiden con arreglo a esta ley autoritativa tiene por materia la Seguridad Nacional y se fundamentan en la necesidad de adoptar e implementar una estrategia para erradicar un peligroso factor de perturbación de esa seguridad, generado por la situación de violencia creciente que se viene produciendo por las acciones de la delincuencia común organizadas en bandas, utilizando armas de guerra y explosivos y provocando un estado de zozobra e inseguridad permanente en la sociedad".

[24] Al respecto ver ampliamente los comentarios y entrevistas a conocidos magistrados peruanos en "Los Decretos Legislativos sobre Seguridad nacional. ¡Olvidando los principios!, rev. Cáthedra, Nº 3, p. 128 y ss. Ver también ESPINOZA GOYENA, "A propósito de la delincuencia organizada...", p. 119 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, "Comentarios a la Ley...", p. 113 y ss.

[25] Ver, p. ej., los análisis del Derecho penal peruano entre 1924 y 1979 por HURTADO POZO, p. 65 y ss.; en el período 1968-1989 por PRADO SALDARRIAGA, "Derecho penal y política"; y para el período entre 1991 y 1996 también por este último autor en "Todo sobre el Código penal", tomo I, p. 311 y ss.; también brevemente URQUIZO OLAECHEA, p. 19 y s. De manera general, sobre el abuso del Poder Ejecutivo en el Perú y su incompatibilidad con un sistema democrático, ver: SOTO VALLENAS, p. 102 y ss.

impunidad intolerable en delitos de los poderosos (delitos económicos, contra el medio ambiente, tributarios, corrupción de funcionarios).

4. Perspectivas y soluciones

En contra de la práctica e interpretación actuales puede, pese a todo, interpretarse las normas constitucionales en el sentido de que exigen por lo menos una "ley formal" (es decir, una norma legal emitida por el Parlamento) para emitir leyes penales y procesales penales, así como aquellas que las modifiquen. Y es que, si bien no se exige (aunque tampoco se impide) que las leyes penales constituyan "leyes orgánicas", tampoco se faculta (ni siquiera interpretativamente) que estas sean "delegables". Dado que nuestra Constitución establece un sistema de "división de poderes" (art. 43), y reconoce una serie de derechos individuales (dignidad, libertad, propiedad, etc.), la restricción de estos derechos mediante leyes penales no puede darse sino otorgando las mayores garantías de democracia a la decisión legal que va a afectar a los ciudadanos. Y ella, según la Constitución actual, solamente es posible mediante una "ley formal".

De lege ferenda sería preferible establecer expresamente en nuestra Constitución la "reserva absoluta" de la ley penal[26]. La supuesta ventaja de la "rapidez" de los Decretos Legislativos no puede ser suficiente para optar por una vía antidemocrática en la génesis de la ley penal. Pero la experiencia de los últimos años también ha demostrado que tal rapidez es aparente, pues además de generar leyes penales simbólicas, autoritarias, injustas, draconianas y hasta ineficaces, también generan "lentitud" cuando en procesos posteriores tienen que ser derogadas, con el consiguiente "costo de tiempo" en la generación de nuevas leyes y en la adecuación de los procesos penales a estas nuevas leyes.

Constatado el hecho de que en nuestro país no ha existido un tradicional respeto por la vigencia del principio de reserva (muchas leyes penales, incluyendo al Código Penal, fueron emitidas mediante Decreto Legislativo), corresponde proponer alguna solución transitoria práctica frente a la enorme cantidad de leyes penales vigentes, pero inconstitucionales en su origen. Mantener el statu quo implicaría no solamente permanecer en el error y seguir permitiendo el abuso del Derecho penal, sino también no respetar el texto constitucional, correctamente entendido. Pero tampoco se puede hacer tabla rasa con todas las leyes penales que no reúnen los requisitos que exige el principio de reserva de la ley penal, pues ello llevaría al país a un caos jurídico. La solución más razonable debe consistir en legitimar tales leyes, aprovechando el momento para su revisión completa, por una comisión de expertos que someta luego el resultado de su trabajo al Parlamento, el cual deberá dar la apro-

---

[26] Igualmente postula esto URQUIZO OLAECHEA, op. cit., p. 32 y s.

bación necesaria mediante la mayoría del número legal de sus miembros ("ley orgánica"). Este procedimiento no precisaría ninguna modificación constitucional, ni siquiera una nueva Constitución (aunque ambos pasos podrían ser necesarios por otros motivos), pues –como ya se vio más arriba– el texto actual permite la interpretación correcta. Ciertamente, también es posible (y en nuestro país por lo visto necesario) una aclaración expresa del texto constitucional; una reforma constitucional podría introducir la mención expresa de la necesidad de "leyes orgánicas" cuando se trate de legislar sobre materia penal, restringiendo la libertad de las personas (para penas de multa y otras bastaría una "ley formal" simple).

En todo caso no debe volverse a cometer el error de dejar al Ejecutivo la adecuación de las leyes penales inconstitucionales (por estar contenidos en Decretos Legislativos) tal como ocurrió a partir de 1979[27]. La abdicación del Legislativo no debe volver a ocurrir ni siquiera como excepción. La experiencia de las últimas décadas ha demostrado que tal abdicación no se limita al Derecho penal y llevada al extremo (como sigue sucediendo a través de los Decretos Legislativos y Decretos de Urgencia) hacen de la "excepción" la "regla general" de una ausencia de auténtico Estado de Derecho.

Un decisivo toque de auténtica democracia en los procesos de gestación de las leyes penales es imprescindible. Ello no garantiza por cierto que el contenido de dichas leyes pueda, aún así ser criticable o injusto, pero –como dice KÖHLER– es indudable que la forma de ley resulta ser un momento necesario: esta forma legal que garantiza la compleja intermediación de los intereses sociales, se opone a la "particularización" que pueden hacer valer intereses individuales, grupales o de clases[28]. Este peligro se ha venido manifestando dolorosamente en nuestro país, incluso desde la vigencia de la Constitución de 1979 (¡y no solamente en el campo penal!) debido a la ausencia de democracia real, una de cuyas manifestaciones es la falta de respeto al principio de "reserva de la ley penal".

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL A.: "Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas", 1997; "Comentarios a la Ley de Delitos agravados", revista "Cathedra", N° 3, Lima, pp. 113-118; "El principio de certeza en las leyes penales en blanco. Especial referencia a los delitos económicos", Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 9 (1999), pp. 13-34 [en este libro: p. 165-184]; "El trans-

[27] Un análisis de tal labor legislativa del Ejecutivo hasta 1985 es expuesta por HURTADO POZO, quien ya entonces constataba que tal labor legislativa se caracterizaba por estar desvinculada a un programa coherente de política criminal, basado en estudios sociológicos y criminológicos sobre la realidad nacional, violar instituciones consagradas por el CP de 1924, y estar vinculada a cambios de naturaleza política, op. cit., p. 72 y ss., 84 y s.

[28] Ver op. cit., p. 73.

fuguismo político: ¿un delito de cohecho?", revista "Cathedra", N° 8 (2001), p. 79-94 [en este libro: p. 823-846].

ALZAMORA VALDEZ, MARIO: "Introducción a la ciencia del derecho", 7ma. ed., Lima, 1980.

BERNALES BALLESTEROS, ENRIQUE/OTÁROLA PEÑARANDA, "La Constitución de 1999. Análisis Comparado", Lima, 1998.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: "Manual de Derecho penal. Parte general", Barcelona, 1989.

CEREZO MIR, JOSÉ: "Curso de Derecho penal español", tomo I, parte general, Madrid, 1996.

CHIRINOS SOTO, ENRIQUE: "Constitución de 1993. Lectura y comentario", Lima, 1996.

ESPINOZA GOYENA, JULIO C.: "A propósito de la delincuencia organizada y las recientes leyes sobre Seguridad Nacional", revista "Cathedra", N° 3, pp. 119-127.

GARCÍA RIVAS, NICOLÁS: "El poder punitivo en el Estado democrático", Cuenca (España), 1996.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: "Constitución y Derecho penal", artículo de una conferencia dictada en 1981 publicado en "Estudios de Derecho penal", Madrid, 1990, p. 27 y ss.

HURTADO POZO, JOSÉ: "Manual de Derecho penal. Parte general", Lima, 1979.

JAKOBS, GÜNTHER: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 2da. ed., Berlín, 1993.

JESCHECK, HANS-HEINRICH/WEIGEND, THOMAS: "Lehrbuch des Strafrechts", Berlín, 1996.

KÖHLER, MICHAEL: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", Heidelberg, 1997.

LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL: "Curso de Derecho penal. Parte general I", Madrid, 1996.

MIR PUIG, SANTIAGO: "Derecho penal. Parte general", Barcelona, 1996.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/GARCÍA ARÁN, MERCEDES: "Derecho penal. Parte general", Valencia, 1996.

POLAINO NAVARRETE, MIGUEL: "Derecho penal. Parte general", Barcelona, 1996.

PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: "Derecho penal y política", Lima, 1990; "Todo sobre el Código penal", Lima, 1996; "Comentarios al Código penal peruano de 1991", Lima, 1993.

ROXIN, CLAUS: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 3ra. ed. (1997), tomo I.

RUBIO CORREA, MARCIAL/BERNALES, ENRIQUE: "Constitución y sociedad política", Lima, 1983.

SOTO VALLENAS, GASTÓN: "La democracia y el control de poderes", revista Cathedra, N° 2 (1998), pp. 102-107.

URQUIZO OLAECHEA, JOSÉ: "El principio de legalidad", Lima, 2000.

VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: "Lecciones de Derecho penal", Lima, 1990.

El principio de "certeza" en las leyes penales en blanco(*)

Especial referencia a los delitos económicos

1. El principio de legalidad

Una técnica no pocas veces utilizada por el legislador penal es la conocida como "ley penal en blanco". Esta consiste en la tipificación de conductas mediante una descripción típica incompleta: el tipo penal no describe totalmente la conducta prohibida, sino que remite a otras normas, con cuya ayuda recién se definirá el contenido de la prohibición.

Como es fácil de observar, la "ley penal en blanco" entra enseguida en colisión con el "principio de legalidad", sobre todo con su aspecto de "lex certa" o principio de "certeza", "determinación" o "taxatividad". A saber, dice este principio que la ley debe tener carácter cierto, preciso, de tal manera que los destinatarios de la norma puedan prever el alcance de sus conductas y ajustarlas para que no incurran en delitos. Con esto no solo se trata de la exigencia formal de que la ley penal contenga descrita la conducta punible, sino que, desde una perspectiva material, debe hacerlo "de forma clara y concreta, sin acudir a términos excesivamente vagos que dejen de hecho en la indefinición el ámbito de lo punible"(1). Luego, cuando el contenido de un tipo penal es completado recién por una norma extrapenal, surge la objeción de si en realidad podría estarse perdiendo certeza hasta llegar a la inconstitucionalidad.

Este es el problema fundamental, pero existe otro vinculado con él. Si tenemos un tipo penal incompleto en una ley penal y el principio de legalidad exige que las conductas punibles estén contenidas en una "ley", surge la pregunta: la norma complementaria ¿debe también tener el carácter de "ley" o puede ser una norma de rango inferior o incluso un acto administrativo (p. ej. una autorización administrativa)? Aquí se presenta un problema de carác-

---

(*) Artículo publicado en la Revista Peruana de Ciencias Penales, Nº 9 (2000), p. 1-34.

(1) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, "Derecho penal. PG", p. 106.

ter "formal" vinculado con los principios de "división de poderes", "jerarquía constitucional de normas" y "reserva de la ley penal". En nuestro medio, dado que –inconstitucionalmente– no domina un entendimiento de que la ley penal deba merecer un estricto apego al principio democrático (solamente debería ser emitida luego de una amplia discusión parlamentaria mediante una ley formal o incluso orgánica), este punto no ha sido puesto en discusión, pues la "norma complementaria" bien puede ser dada por el Ejecutivo mediante un Decreto Legislativo. El mismo Código Penal peruano fue emitido mediante un Decreto Legislativo (N° 635) y posteriores modificaciones a este se realizaron muchas veces por decretos legislativos (p. ej., el D. Leg. 896 de "delitos agravados"), algunos de los cuales ni siquiera tenían carácter estrictamente penal (p. ej. el D. Leg. 822, Ley sobre Derechos de Autor).

En cambio, en muchos países extranjeros esto no es así. Tanto en Alemania como en España, la ley penal es entendida como ley formal y material. Es decir, no es posible que el Ejecutivo dicte, de manera directa o indirecta, leyes penales que contengan privaciones de libertad[2]. En España incluso la privación de libertad como pena o medida de seguridad solo puede ser dispuesta por una ley orgánica ("reserva absoluta")[3]. Y en esto está en juego el principio democrático mismo, al considerarse atinadamente que las leyes penales en blanco constituyen en el fondo la única manera indirecta de legislar penalmente que tiene el Ejecutivo, deben exigirse requisitos muy estrictos para su admisión. Se trata, entonces, de evitar que se vea burlada la finalidad última del principio de legalidad: impedir la arbitrariedad.

En el Perú, entonces, el requisito de "lex praevia" es entendido –erróneamente– de manera más amplia. Efectivamente, aquí las leyes orgánicas solo se reservan para regular la estructura y el funcionamiento de determinadas entidades del Estado y otras materias previstas expresamente en la Constitución (art. 106 de la Constitución de 1993). Dado que es posible tipificar delitos mediante una ley simple e incluso mediante decretos legislativos emitidos por el Ejecutivo, previa delegación de facultades por el Congreso (art. 104 de la Const. de 1993) y que ambas pueden prever cualquier tipo de pena, es evidente que la técnica de la "ley penal en blanco", recepcionada y aplicada

---

(2) Ver, para Alemania, JESCHECK/WEIGEND, p. 133 y s.; JAKOBS, "Strafrecht AT", p. 72, n. marg. 11 y ss.

(3) Ver MIR PUIG, "Derecho penal P. G.", p. 80 y s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 104 y ss.; MESTRE DELGADO, "Límites...", p. 509 y s., 512 y s.; GERPE LANDÍN, comentando la jurisprudencia constitucional española (entre otras, la famosa sentencia 127/199), p. 687 y ss., 690 y ss. Es interesante observar que esta exigencia de "ley orgánica" no ha sido expresamente señalada en la propia Constitución política española, sino es fruto de la interpretación del Tribunal Constitucional, el cual, partiendo de disposiciones constitucionales similares a las nuestras en esta materia, ha llegado a establecer que deben darse mediante "leyes orgánicas" aquellas leyes penales que "desarrollen un derecho fundamental" y que esto es indubitablemente así cuando se previeren penas privativas de libertad; ver al respecto, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 105.

ciegamente conforme a la doctrina comparada, revestiría mayor peligrosidad que en los otros países.

Ahora bien, tampoco es cierto que el "deber de precisión" dirigido al legislador deba regir con una estrictez total, pues los tipos penales no pueden describir toda conducta típica incluyendo hasta el último de los detalles(4). Además, las conductas humanas que pueden atentar contra bienes jurídicos son de distinta naturaleza y no todas pueden ser descritas por igual de manera cierta. Si buscara esto, pronto tendría que llegarse a la comprensión de que los bienes jurídicos quedarían ampliamente desprotegidos ante la variedad de conductas que pueden quedar impunes por no estar previstas con toda exactitud en las leyes penales.

Es por eso que, acertadamente, afirma la doctrina que la cuestión de la legitimidad de las "leyes penales en blanco" no puede ser resuelta únicamente a través del parámetro del "principio de legalidad", sino también del principio de la tutela eficaz del bien jurídico concreto(5). Dado que interesa al Derecho penal tanto el uno como el otro, lo justo sería encontrar un equilibrio entre ambos principios, y dicho equilibrio es el que consigue la doctrina alemana dominante a través de la imposición de requisitos para la legitimidad de la técnica de la "ley penal en blanco". Por otro lado, también contribuye con su legitimidad el hecho de que esta técnica suele limitarse a ámbitos del Derecho penal fuera del núcleo básico; es decir, no se aplica cuando se trata de la protección de bienes jurídicos individuales pertenecientes al núcleo del Derecho penal(6).

La problemática vinculada a ésta de la "retroactividad" de leyes penales en blanco no puede ser tratada en este marco y sólo cabe remitir a la literatura especializada, la cual mayoritariamente sigue ahora una tesis "diferenciadora": las modificaciones en la norma complementaria no tienen validez retroactiva en contra del reo, siempre y cuando dichas modificaciones impliquen un "cambio de valoración" de parte del legislador; en caso contrario, solamente habrá modificaciones "fácticas" que no tienen por qué impedir la validez retroactiva(7).

---

(4) Por eso MUÑOZ CONDE destaca acertadamente que la ley penal "no puede recoger todos los matices con que se expresa la realidad"; p. 696. También HURTADO POZO, criticando al CP peruano de 1924, muy rígido en este aspecto; p. 153 y s.

(5) En este sentido, es válida la perspicaz observación de GERPE sobre la necesidad de fijar los parámetros con los que se deba decidir la legitimidad de las remisiones; ver p. 696.

(6) Como observa TIEDEMANN, refiriéndose a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, "a medida que disminuye la gravedad de la sanción se relaja la garantía consagrada en el art. 103, segundo párrafo de la Ley Fundamental [principio de legalidad] que resulta así, por principio, más débil en el Derecho de contravenciones que en el Derecho penal nuclear"; ver "La ley penal en blanco...", p. 519.

(7) Al respecto ver ampliamente, SILVA SÁNCHEZ, c. más refs. "Legislación penal socio-económica...", p. 425 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 128 y s.; TIEDEMANN, "La ley penal en blanco...", p. 520 y ss.; en especial para los delitos tributarios

La cuestión que aquí interesa es saber en qué medida la remisión es equiparable a un "elemento normativo" y, por lo tanto, no constituye, en realidad, una "ley penal en blanco" y cuáles son los requisitos mínimos que deben exigirse a esta para afirmar su constitucionalidad desde la perspectiva de la "lex certa".

2. Elementos del tipo penal

Una primera cuestión que se debe dejar en claro, antes de continuar, es la referente al contenido de los tipos penales. Como es conocido, estos tienen "elementos descriptivos" y "elementos normativos". Los "elementos descriptivos" son los que expresan una realidad tangible que puede ser captada por los órganos de nuestros sentidos; p. ej.: el "otro" en el tipo de homicidio o de lesiones; "mujer, "arma", "matar", etc., en otros tipos. En cambio, los "elementos normativos" precisan de una valoración del intérprete, es decir, este debe acudir a otras normas penales o extrapenales u otras fuentes para comprender cuándo se está ante dicho elemento; p. ej.: "funcionario publico" (hay que ver el art. 425 CP), la "ajenidad" (debe interpretarse de conformidad con las normas del Código civil), la "exhibición obscena" (debe tomarse en cuenta los usos y costumbres según el lugar y la época), etc. Por cierto que –como resalta la doctrina– prácticamente todos los elementos típicos tienen un contenido normativo. Incluso para saber, p. ej., cuándo hay "vida humana independiente" o "muerte", etc., se requiere de una valoración sobre el comienzo y el fin de la vida.

Esta diferenciación tiene trascendencia a la hora de determinar los alcances del "error de tipo". Y si el tipo penal está construido a la manera de una "ley penal en blanco", el problema está en considerar las consecuencias jurídicas del error si este versa sobre la existencia de la norma complementaria o sobre alguno de sus elementos. Este tema tampoco puede ser profundizado aquí y solamente queda remitir a la literatura más calificada[8].

---

ver BACIGALUPO, en "Curso de Derecho penal económico", p. 42 y ss. Entre las tesis que niegan la retroactividad y otras que la aceptan sin condiciones para toda variación de normas extrapenales que favorezcan al procesado o condenado, SILVA SÁNCHEZ asume una correcta postura "diferenciadora" similar a la alemana. Según esta postura, la retroactividad benigna rige también en caso de leyes penales en blanco, pero siempre que los cambios introducidos en las normas complementarias expresen la "falta de necesidad político-criminal" de la punición de las conductas penadas (en absoluto o con más pena) bajo el anterior régimen remisivo. Es decir, solo es válida la retroactividad cuando con la nueva norma complementaria se produce, en el contenido del tipo penal en blanco, un "cambio de valoración" de las conductas y no un simple cambio de "circunstancias fácticas", pues en este último caso la conducta sigue siendo lesiva para el bien jurídico todavía protegido; ver esp. p. 451 y ss. Para este autor, "el factor decisivo es que el hecho cometido en el pasado siga viéndose como un hecho peligroso para el bien jurídico, como algo de cuya comisión en el futuro debe tratarse de disuadir tanto al sujeto responsable como a otros autores potenciales"; p. 461. Sobre la solución alemana dominante, para la cual es relevante la modificación de la norma complementaria cuando con ello incida en la "concreción del comportamiento", es decir cuando haya un cambio de valoración sobre el fin de prrotección o la forma de ataque, ver TIEDEMANN, "La ley penal en blanco...", p. 521 y ss.

[8] De acuerdo con lo usualmente expuesto en la doctrina, el "error de tipo" se produce cuando el sujeto se equivoca, no conoce, un elemento del tipo objetivo, sea normativo o descritivo. En caso de "elementos descriptivos",

3. Delimitación con los elementos normativos

Como se dijo al principio, se habla de tipos o *leyes penales en blanco* cuando el tipo penal se *remite* a normas extrapenales, las cuales completan el tipo penal. Por eso se habla también en este contexto, de *remisiones normativas*. Se distingue así entre "norma sancionadora" (la remitente) y "norma complementaria" (a la cual se dirige la remisión[9]), y que puede consistir en otras normas extrapenales, reglamentos o incluso actos administrativos. La remisión puede ser estática cuando se refiere expresamente a la fuente que completa el tipo penal (p. ej. "según el art. X de la ley XXX"; "sin contar con autorización según lo dispuesto en el D. Leg. X), o dinámica, cuando se remita, en general, a cualquier otra norma vigente o futura (p. ej., "según la ley de la materia", "sin autorización del órgano administrador"[10]).

Ahora bien, no todas estas remisiones son iguales. A veces la ley penal hace una remisión expresa a la ley de la materia, pero también esta puede darse de manera tácita cuando el elemento sobre el cual gira el injusto penal solo puede ser establecido por la norma extrapenal; p. ej. en el caso de las omisiones y otros ilícitos tributarios del art. 5 del D. Leg. 813 (omisión de llevar *libros contables*, destrucción de *libros contables* referidos a la tributación).

No obstante esta aparente claridad, en la doctrina y la práctica hay muchas confusiones sobre cuáles "remisiones" a normas extrapenales merecerían realmente el apelativo de "ley penal en blanco", porque no todas tienen las mismas características ni producen los mismos efectos. Usualmente, el tipo penal solo prevé la sanción y algunos elementos constitutivos de la tipicidad, los que necesitan todavía ser precisados o completados por la nor-

---

el desconocimiento es sencillo: basta con no haber captado con los órganos de los sentidos. Pero, en el caso de los "elementos normativos", el error es más problemático en cuanto al límite del conocimiento, pues hay distintos grados de valoración sobre el elemento; p. ej., la valoración de un especialista o la de una persona cualquiera (un "profano"). Entonces, la cuestión está en determinar qué grado de valoración es relevante para poder afirmar que el sujeto "conocía" el elemento. Se dice que este se da cuando el sujeto ha tomado conocimiento de los elementos del tipo objetivo con una "valoración paralela en la esfera del profano". Luego, no es necesario que el sujeto sepa, al igual que un jurista, que el bien que está sustrayendo es "ajeno" en el sentido del Derecho Civil; basta con que hubiera captado, de manera global, el sentido de lo ajeno en su "significación social". Todas estas cuestiones resultarán relevantes a la hora de determinar en qué medida la "norma complementaria" está sujeta a los principios de la teoría del error, pues tendrá que decidirse si el conocimiento de la existencia misma de la norma extrapenal o de alguno de sus elementos influye en la tipicidad (error de tipo) o en la consciencia de antijuricidad (error de prohibición). Ver refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", p. 129 y ss. Para el caso específico de los delitos económicos, ver la profunda contribución de TIEDEMANN, "Sobre el estado de la teoría del error", p. 895 y ss.; también el mismo autor en "La ley penal en blanco...", p. 530 y ss. En la doctrina española ver la amplia exposición, c. múltiples refs. de MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 177 y ss.

(9) JESCHECK/WEIGEND, p. 111; JAKOBS, p. 87 y s., n. marg. 42a; ROXIN, p. 112, n. marg. 40; TIEDEMANN, c. más refs., en HWiStR, artículo "Blankett", p. 1 y ss.; *ídem*, "Lecciones...", p. 158 y s.; MIR PUIG, p. 32 y ss.

(10) Ver al respecto y con una clasificación más minuciosa, MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 123 y ss.

ma extrapenal. Precisamente aquí es donde hay confusión, sobre todo con los "elementos normativos", pues en algunos casos estos también sugieren una remisión de la ley penal a la extrapenal para interpretar determinados conceptos; p. ej. el delito de "abuso de poder económico" se remite expresamente a la ley de la materia (D. Leg. 701) para completar el injusto penal [tipo penal derogado por el D. Leg. 1034 de 25-06-08]; pero es indudable que también el delito de "publicidad engañosa (D. Leg. 691) se "remite" a la "ley de la materia", la "Ley sobre Publicidad" (D. Leg. 691), aunque de manera tácita, pues de otro modo no se podrían entender sus elementos típicos: "publicidad comercial", "afirmación falsa", "error grave", "consumidor", etc. [el tipo penal fue derogado por el D. Leg. 1044 de 26-06-08].

Entonces, como afirma la mejor doctrina, el criterio esencia para distinguir entre "ley penal en blanco" y elemento normativo no puede depender de la mera existencia de una "remisión" a normas extrapenales (de menor jerarquía que una ley formal). Si se quiere buscar un criterio material, la distinción tiene que darse sobre la base de cuál es la función que cumple la "norma complementaria" en el llenado del injusto penal[11]. Si la norma complementaria solo sirve para interpretar el tipo penal, pues este ya estaba completo en cuanto a sus elementos, entonces tendremos un "elemento normativo" y correspondientemente una "remisión interpretativa". Si, en cambio, la "norma complementaria" agrega elementos adicionales (aunque, según nuestro parecer, no esenciales) que conformen el núcleo del injusto penal, estamos ante una "ley penal en blanco"[12]. Esta última es la que se denomina también *"remisión en bloque"* y que ha merecido fuertes críticas sobre su constitucionalidad, pues estaría delegando en una instancia no legislativa la función de definir parte de la conducta típica, y lo haría sobre elementos esenciales del tipo. Precisamente uno de esos elementos esenciales consistiría en la desobediencia a la normativa administrativa, pues esta pasa a convertirse en elemento típico de las leyes penales en blanco[13], lo cual se opondría al principio de reserva y de lesividad, pues el Derecho penal pasaría a proteger bienes jurídicos de la administración.

En adelante se tendrá que establecer hasta qué punto esta falta de determinación del injusto penal producida por una "ley penal en blanco" puede

---

(11) Así, García Arán, "Remisiones normativas...", p. 68 al final, y s.

(12) Así, en principio siguiendo la doctrina alemana dominante, García Arán, "Remisiones normativas...", p. 71 y ss. Esta autora, para acentuar la distinción, se refiere a "remisiones en bloque", en el caso de la "ley penal en blanco" y a "remisiones interpretativas" en el caso de los elementos normativos que implican la interpretación a través de normas extrapenales. También Mir Puig, p. 35, n. marg. 30. En contra, afirma una extendida opinión española que no habría mayores diferencias entre las leyes penales en blanco y los elementos normativos jurídicos, salvo los que implicaren "una valoración definitiva sobre la antijuricidad global del hecho" (elementos como "indebidamente", "ilegalmente", "ilegítimamente"); ver refs. al respecto en Martínez-Buján, p. 126 y s.

(13) Ver críticamente Mestre Delgado, p. 523; García Arán, "Remisiones normativas...", p. 71 y s., 74.

todavía armonizar con el principio de legalidad. Dado que las exigencias de "determinación" no se dirigen solamente a las leyes penales en blanco, sino a todo elemento con características de "concepto indeterminado"[14], veamos ahora cuáles son los requisitos mínimos para estos.

4. La problemática de los conceptos indeterminados

El Tribunal Federal Constitucional alemán (TFCA) ha permitido muchas veces el uso de la técnica de las remisiones normativas[15], pero ha impuesto límites para su empleo. Un límite absoluto presupone que el tipo penal o administrativo dado por el Parlamento tiene que cumplir con exigencias cualitativas según el contenido, el objeto, el fin y la extensión, de tal manera que para el ciudadano puedan ser previsibles y calculables en cierta forma, las intervenciones de la administración (y del juez penal)[16]. Por ello, desde la perspectiva del operador del Derecho, una disposición penal tiene que expresar por lo menos la finalidad de la protección legal de manera clara, y poner límites a una extensión arbitraria de la interpretación[17]. También se exige que la técnica de los conceptos indeterminados sea la única alternativa de la que disponga el legislador. Si pudo evitarlo mediante el uso de otras técnicas menos imprecisas, habrá atentado contra el principio constitucional de certeza[18].

Estos principios para la admisibilidad de las "leyes penales en blanco" también han sido reconocidos por la jurisprudencia española, pero bajo la terminología del "núcleo esencial", aunque sin llegar a mayores precisiones sobre el contenido de dicho concepto. Es decir, el tipo penal "remitente" deberá contener los elementos básicos del delito y la "norma complementaria" solamente deberá constituir una "colaboración reglamentaria" para precisar mejor

---

[14] Así observa SILVA SÁNCHEZ que el problema de la retroactividad benigna de las leyes penales en blanco, en caso de modificaciones en los conceptos de las normas complementarias extrapenales también se presenta por igual en "todos los casos en que, por la 'normatividad', vaguedad o porosidad de un determinado elemento típico, caben significativas variaciones de su contenido (de su extensión conceptual) sin que varíe formalmente el texto legal y sin producirse, por tanto, el supuesto que normalmente plantea los problemas de retroactividad e irretroactividad: la derogación o modificación de los textos de las leyes penales"; ver "Legislación penal...", p. 430 y s.

[15] La jurisprudencia alemana ha reconocido y aceptado este hecho desde hace poco tiempo; ver BVerfGE, tomo 8, p. 326 y ss.; tomo 32, p. 311 y s. (publicidad referida a lápidas); últimamente sobre el concepto "violencia" en el marco del tipo penal de "coacciones" (art. 240, CP alemán), ver tomo 92, p. 1 y ss. Esto se analiza a continuación.

[16] Ver el auto del Tribunal Administrativo Federal de 04-07-1956, en BVerwGE, tomo 4, p. 24 y ss. (p. 38, 35 y s.). Este principio es válido, no solamente para el Derecho penal, sino también para todo lo que constituya derecho [administrativo] sancionador. Ver p. ej. la fundamentación y los efectos del principio en el Derecho de cárteles alemán de GRABITZ, c. más refs., p. 274 y ss.; TIEDEMANN, "Auslegung", p. 3. También la doctrina española tradicional o las tesis "amplias" sobre la ley penal en blanco se contentan con el cumplimiento de este requisito formal; ver al respecto MESTRE, p. 508; GERPE, p. 84.

[17] Así, ROXIN, c. más refs. p. 127 y s., n. marg. 75 y ss.

[18] SCHLÜCHTER, c. más refs., p. 41.

el injusto penal ya definido previamente[19]. El caso contrario se da cuando la "desobediencia a la administración" pasa a integrar el tipo penal, como ocurre en casi todos los casos estrictos de "ley penal en blanco", o sea donde no hay una "colaboración reglamentaria", sino una complementación con auténticos elementos esenciales por parte de quien no debiera hacerlo: el legislador administrativo o la administración misma[20]. La doctrina entiende que el núcleo esencial debe contener, de todos modos, el desvalor de la acción y el del resultado[21], requisito que obviamente solo puede cumplir la "remisión interpretativa" mas no la "remisión en bloque".

En Alemania, la jurisprudencia más reciente del TFCA ha fijado límites a la interpretación de los conceptos indeterminados. El principio de certeza (según el artículo 103, segundo párrafo de la Constitución alemana) exigiría que el principio de determinación no solamente se dirija a la tarea legislativa sino también a la interpretación de la ley[22]. El ejemplo más claro de la jurisprudencia alemana es el concepto "violencia" en el tipo de "coacciones" del art. 240, primer párrafo del CP alemán. El contexto de la discusión surge a raíz de las manifestaciones políticas en Alemania. Una forma usual de manifestarse políticamente consiste en hacer que un grupo humano se siente sobre las pistas y las bloquee de esa manera. La cuestión planteada se refería entonces a la posibilidad de entender esta conducta como empleo de "violencia" para obligar a otros a emprender o tolerar una acción u omitir una conducta. Según el Tribunal Supremo alemán, el concepto "violencia" no debe ser interpretado de manera tan extensiva que llegue a identificarse con el "ejercicio de un influjo espiritual, inmaterial" sin "despliegue de fuerza corporal" del autor ("concepto espiritualizado de violencia"[23]), pues en caso contrario se esta-

---

[19] MESTRE, p. 514 y s.

[20] Así, GARCÍA ARÁN, criticando la jurisprudencia constitucional española que habría admitido auténticas "leyes penales en blanco" (o sea: remisiones en bloque) sin que estas reuniesen los requisitos establecidos por ella misma; p. 80 y s.; 89 y s.

[21] GARCÍA ARÁN, p. 85 y s.

[22] Ver BVerfGE, tomo 92, p. 1 y ss. (bloqueo de pistas por personas sentadas); tomo 97, p. 389 y ss. (411); tomo 92, p. 206 y ss. (269). Según gran parte de la literatura, el TFCA se habría convertido así en una "instancia de superrevisión", pues el art. 103, segundo párrafo de la Constitución solo habría querido prever una expresión especial de la prohibición de arbitrariedad, es decir, solo se exigiría la plausibilidad, en el sentido de su coincidencia con el "sentido literal posible" del concepto, y no la corrección o veracidad de la interpretación; ver ALTPETER, p. 275; KREY, p. 226 y s., 266; SCHOLZ, "Sitzblockade...", p. 421 y s., 418.

[23] La objeción es válida, aun cuando la adicional "cláusula de reprochabilidad" del art. 240, segundo párrafo del CP alemán pueda restringir posteriormente el concepto, o aun cuando la conducta resultare merecedora de pena. Efectivamente, el primer párrafo dice que la violencia empleada (o la amenaza de un mal grave) debe ser "antijurídica". El segundo párrafo restringe entonces estos casos exigiendo que el empleo de dicha violencia (o amenaza) sea "reprochable" en relación con el fin que se espera obtener. Como se observa, se trata de una cláusula que opera a posteriori para restringir los alcances del primer párrafo. Sin embargo, la restricción es insuficiente, pues no se refiere al concepto "violencia" en sí, sino a la reprochabilidad de su empleo en determinados contextos.

rían llenando lagunas de punibilidad ilegítimamente por el intérprete y no por el legislador.

Este ejemplo muestra que el juez tiende cada vez más a interpretar extensivamente algunos conceptos, al principio incluso tan claros como la "violencia", debido a las múltiples posibilidades de ataque a los bienes necesitados de protección en la vida moderna[24].

Pero es en los ámbitos dinámicos de la vida como en el tráfico económico donde esta tendencia de indeterminación se observa con más frecuencia. La realidad social y sobre todo el carácter complejo y cambiante de algunas interrelaciones sociales (como las del mundo de los negocios) hacen necesario conceder un cierto campo de desarrollo a conceptos como "dominio de mercado" (art. 232) [artículo derogado] o "productos de primera necesidad" (art. 234), pese a su aparente claridad, porque, al tener una relación especial con una realidad (la competencia económica, las necesidades de los consumidores), están sometidos a un constante cambio[25]. Pero a veces esto no suele ser suficiente y se recurre a la técnica de la ley penal en blanco. En muchos casos, los tipos penales se refieren a bienes jurídicos que han merecido antes una protección en sendas normas extrapenales (administrativas). En estos casos, dado que las normas extrapenales contienen ya las definiciones que va a utilizar el tipo penal, el legislador penal suele remitir unas veces de manera precisa, otras de manera exageradamente amplia, a dichas normas o a las decisiones administrativas tomadas en virtud de dichas normas.

Pero no es la única alternativa existente el recurrir a la ley penal en blanco. En el Derecho penal económico es criticable que se remita, a veces, a los usos privados, recomendaciones o reglamentos internos, porque aquí el llenado de la norma en blanco no se realiza a través de una "fuente del Derecho" relacionada con una instancia estatal en el sentido más amplio. Aquí existiría, más bien, una transferencia de competencias legislativas a grupos o instituciones privadas[26]. Esto ocurriría p. ej. en el Derecho de cárteles de la Comunidad Europea, porque los tipos del art. 85, numeral 3 [actualmente: artículo 81, primer párrafo, literal e, TCE] y art. 86, literal d del Tratado de Roma [actualmente: artículo 82, literal d, TCE] remiten a las "usanzas del comercio" [o "usos

---

[24] Ver la exposición histórica sobre la interpretación judicial del concepto "violencia" en KREY, c. más refs., p. 265 y ss.; SCHOLZ, p. 418 y s.

[25] GRABITZ, p. 278; SCHOLZ, "Kartellrechtliche Preiskontrolle...", p. 533. La doctrina española expresa muchas reservas sobre la constitucionalidad de las "leyes penales en blanco"; ver GARCÍA ARÁN, p. 78 (solo reconoce legitimidad a las "remisiones interpretativas"); MUÑOZ CONDE, p. 114 y s.; BUSTOS RAMÍREZ, p. 75. SILVA SÁNCHEZ muestra más comprensión por esta técnica, especialmente en el campo del Derecho penal económico, p. 431 y s.

[26] SCHÜNEMANN, p. 370 y s.

mercantiles"]. La constitucionalidad de estas remisiones (así como de las leyes penales indeterminadas en general) solo se podría aceptar bajo la condición de que sea el juez (penal) el que, en última instancia, emprenda el llenado del vacío. El juez no debe estar vinculado a las recomendaciones de los técnicos (peritos)[27]. Lo mismo puede decirse p. ej. para el Perú del correspondiente tipo administrativo y penal que resulta del art. 232 CP en concordancia con el art. 6, literal f (contratos atados por colusión), concordado con el art. 19 del D. Leg. 701 [norma legal reemplazada por el D. Leg. 1034 de junio de 2008 que ha eliminado la persecución penal]. La definición de lo que corresponda a la "costumbre mercantil" queda aquí en manos de la administración. Si bien, debido a la dinámica de la vida económica puede resultar inevitable vincular la configuración del tipo administrativo a los "usos comerciales", para la aplicación del tipo penal debe especificarse cuáles son dichos usos mercantiles (por lo menos los más comunes o aceptados generalmente). Es por eso más seguro que exista una base previa establecida por el Derecho extrapenal para determinar en qué casos los "usos y costumbres comerciales" son los relevantes jurídicamente. En este caso, el correspondiente tipo penal que se refiera a ellos pasará a convertirse en una "remisión interpretativa".

5. Leyes penales en blanco en las legislaciones penales

Como ya quedó dicho entonces en el punto 3, aquí se entiende por "leyes penales en blanco" a aquellas que contienen "remisiones" a normas extrapenales que completan con otros elementos el tipo penal (y no solamente aclaran una definición ya dada).

En la doctrina alemana dominante se acepta la legitimidad de los tipos penales en blanco. Si la remisión se hace a normas legales de rango inferior (los tipos penales solo pueden estar contenidos en leyes formales específicas), para no violar el "principio de certeza" y la "prohibición de la analogía", el legislador debe, por lo menos, hacer una remisión expresa y esbozar de manera genérica el injusto que se quiere penalizar (precisando el contenido, la finalidad y la amplitud de la delegación), de tal manera que el ciudadano deba poder deducir de la ley las condiciones de la punibilidad y el tipo de pena[28]. En caso de tipos penales que prevean privaciones de libertad, la norma complementaria solo puede especificar los elementos del primero, no modificarlos. Pero además la legitimidad de la ley penal en blanco depende de la "inevitabilidad" de su uso; es decir, solo deberá recurrirse a ella cuando no sea posible utilizar una técnica más precisa.

---

[27] Ver al respecto SCHÜNEMANN, p. 390 y s.

[28] Ver JESCHECK/WEIGEND, con refs. del TFCA, p. 111; ver también, extensamente y con múltiples refs. TIEDEMANN, "La ley penal en blanco...", p. 518 y ss.

La jurisprudencia española no es muy diferente a la alemana. El Tribunal Constitucional español recién se pronunció expresamente sobre las leyes penales en blanco con la sentencia 127/1990, en la que se declara legítima la técnica de remisiones normativas a reglamentos (en el caso concreto: remisión del tipo penal de contaminación ambiental a reglamentos), siempre que la ley delegadora haga una delegación expresa, mantenga el "núcleo esencial de la prohibición", que la remisión sea necesaria y que el reglamento solamente constituya un complemento técnico de esta[29]. En cambio, la doctrina española mayoritaria se muestra aún renuente a aceptar siquiera de manera excepcional la técnica de las leyes penales en blanco, pues sería inmanente a ella la delegación a otro poder del Estado la labor de determinar el núcleo esencial de la prohibición; como alternativa ante la evidente necesidad de precisar conceptos complejos y dinámicos consideran que puede emplearse la técnica de los elementos normativos o de las leyes especiales[30].

Por cierto que la crítica de la doctrina española está plenamente fundamentada por la abundancia en su legislación penal de leyes penales en blanco destinadas a reforzar la protección de intereses anteriormente protegidos solamente por el Derecho administrativo: leyes sobre medicamentos, asuntos laborales, caza, control de cambios, etc.[31]. Existe entonces una "concurrencia de tutelas", la penal y la administrativa, con el peligro de su mutua neutralización (a través de la inoperatividad de la ley penal) y la consecuente desprotección del bien jurídico[32]. Esta situación no parece haber cambiado mucho con el nuevo CP de 1995, en el cual se observa una amplia profusión de tipos penales protectores de intereses administrativos. Ante esta realidad, las propuestas doctrinarias[33] de despenalizar la protección de algunos bienes o de establecer una regulación de otros bienes mediante leyes penales especiales resulta bastante razonable.

Aún así, reducido al mínimo necesario el uso de leyes penales en blanco, esta técnica no tiene por qué desaparecer de la práctica penal, sobre todo

---

[29] Comp. GERPE, p. 697 y ss., c. más ejemplos de la jurisprudencia. Este autor constata que el Tribunal Constitucional, acertadamente, tiende a respetar prudentemente las decisiones de política legislativa (en este caso: el uso de leyes penales en blanco) y se limita a fijar los requisitos mínimos del principio de legalidad penal; ídem, p. 700. Ver también sobre la jurisprudencia española, BACIGALUPO, p. 39 y ss.

[30] Expresan un abierto rechazo a esta técnica: GARCÍA ARÁN, p. 87 y s., 100 y ss.; MESTRE DELGADO, p. 517 y ss. MUÑOZ CONDE (p. 116) y BUSTOS (p. 76) no rechazan tan tajantemente las "leyes penales en blanco", pero expresan muchas reservas y exhiben el cumplimiento de requisitos muy estrictos. MIR PUIG (p. 34 y s.), basándose en la doctrina alemana, exige los mismos requisitos que esta para la constitucionalidad de la "ley penal en blanco".

[31] Ver p. ej. la impresionante enumeración hecha por MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 120 y ss.

[32] GERPE, p. 699.

[33] GERPE, p. 699 y s.

cuando se trata de "concreciones técnicas", vinculadas a la práctica administrativa o extrapenal. Además, en contra del automático rechazo expresado por parte de la doctrina española, no se puede negar que esta técnica tiene una ventaja sobre los elementos normativos. En las "remisiones interpretativas", dado que un mismo concepto aparece tanto en la legislación penal como en la extrapenal y no hay vinculación a través de remisiones expresas entre una y otra área del Derecho, podría resultar de esto una interpretación diferente del contenido de la norma (a través del tipo penal y de la norma extrapenal): se puede llegar a resultados diferentes según cuál sea la finalidad de utilización de las normas. Surge, entonces, la problemática de la *división o ambivalencia de la norma* ("Normspaltung"). Así, tipos penales que contienen conceptos provenientes del Derecho administrativo podrían ser interpretados de diferente manera (de manera más restrictiva) para fines penales. Por ejemplo, la publicidad engañosa podría ser distinta para el Derecho administrativo y para el Derecho penal a través del parámetro de "consumidor" que se maneje para determinar la "afirmación falsa" (¿"consumidor promedio" o "consumidor razonable"?); lo mismo sucedería con el concepto "posición dominante en el mercado" (¿cuál es p. ej. la cuota de mercado –o en general los requisitos– que lleva a afirmar tal posición?). Por lo demás, en el Derecho civil y en el administrativo no sancionador es admitida la "analogía" como regla de interpretación, lo cual está absolutamente prohibido en el Derecho penal. Pero tales casos solo son de temer cuando ambas áreas del Derecho actúan de manera totalmente independiente una de la otra. La "división de la norma" podría ser evitada mediante la concentración de la criminalización en constelaciones de casos muy concretos, con conceptos indubitablemente fijados previamente por el Derecho administrativo[34]. Allí donde existe una amplia ley administrativa conteniendo disposiciones que permiten un desarrollo unitario de los conceptos y una separación clara entre las acciones punibles y las que deben sancionarse como contravenciones, no tiene por qué existir este problema. Los tipos penales peruanos, al remitirse incondicionalmente a la definición administrativa previa (la "ley de la materia") evitan ciertamente una posible "división de la norma", pero esta técnica no deja de ser criticable por motivos relacionados con un correcto entendimiento del principio de "reserva de la ley penal". En Alemania, se ha evitado esta "ambivalencia de la norma" que amenazaba aún en el caso de "leyes penales en blanco" a través de las interpretaciones analógicas de los elementos extrapenales complementarios, impidiendo que estas interpretaciones tengan efectos penales[35].

---

[34] Cfr. pioneramente TIEDEMANN, "Kartellrechtsverstöße...", p. 168; también más recientemente sobre esta problemática, c. más ejemplos, *ídem*, "La ley penal en blanco", p. 529 y s.

[35] Al respecto ver TIEDEMANN, "La ley penal en blanco", p. 529 y s.

No es por lo tanto cierto que la técnica de las "remisiones interpretativas" sean incondicionalmente preferibles a la de la "remisión en bloque" como afirma parte de la doctrina[36], pues contienen el peligro de crear indeterminación mediante el mencionado desarrollo paralelo de dos formas de interpretar la norma. Por eso, su empleo también debe ser controlado y completado por lo menos con los mecanismos procesales del informe administrativo previo. Las leyes penales en blanco, si son utilizadas respetando los límites señalados, no deberían llevar a mayores problemas que las remisiones interpretativas.

Por otro lado, si se parte (correctamente) de la definición expuesta aquí de *ley penal en blanco*, se reducen los casos que se pueden encontrar en la práctica para el Derecho penal económico. Por lo menos, en el caso peruano, hasta donde podemos apreciar, tenemos dos casos claros en el Código Penal: el [ya derogado] delito de "abuso de poder económico" (art. 232 CP) y los "delitos ecológicos" (arts. 304 y ss. CP). Los tipos penales son aquí recién completados por el D. Leg. 701 (ley contra prácticas restrictivas de la competencia) [reemplazada por el D. Leg 1034 y que no se vincula ahora a la ley penal] y por diversas leyes protectoras de medio ambiente y sus respectivas modificatorias (remisión dinámica), y en ambos casos, el elemento típico añadido es equiparable a una "desobediencia a la norma administrativa".

Distinto sería el caso de remisiones normativas que, pese a una remisión expresa, su naturaleza es la de una remisión interpretativa. Eso es así en la usura del art. 214, en cuanto al "interés superior al límite fijado por la ley"; los delitos contra "bienes del patrimonio cultural" de los arts. 226 y ss. ("bienes del patrimonio cultural prehispánico") [artículos modificados por la Ley 28567 de 02-07-05]; tipos de acaparamiento y especulación referidos a "bienes de primera necesidad" (art. 233, segundo párrafo [derogado por el D. Leg. 1034]; art. 234, primer párrafo). Aunque usualmente se entienda que estos son ejemplos de "leyes penales en blanco" por "remitir" a normas extrapenales para que aclaren algunos elementos típicos, en realidad en todos los casos citados, los tipos penales están ya completos, pues la conducta ya ha sido descrita con todos sus elementos; la norma extrapenal solamente tiene la misión de esclarecer el contenido de algún elemento dudoso: los intereses legales en la usura, los bienes y los yacimientos que constituyen el patrimonio cultural en los arts. 226 y ss., y los bienes que son de "primera necesidad", en el último ejemplo. En todos estos casos ya existe en los destinatarios de la norma un entendimiento de lo que significan estos elementos y, por tanto, el injusto de

[36] Así, GARCÍA ARÁN, p. 78 y s.; ya antes, MESTRE (pp. 523, 526) pero con especial preferencia por la solución de adoptar leyes penales especiales en vez de leyes penales en blanco [dentro del Código Penal], pues aquellas serían igualmente flexibles y completas sin necesidad de atentar contra principios constitucionales.

la conducta no es por sí mismo dudoso. Aquí, por lo tanto, la norma complementaria no realiza un "llenado" de algo vacío sino una "aclaración" de algo difuso, cuya determinación no se quiere dejar al libre arbitrio del juzgador. Más clara aún es la remisión interpretativa en aquellos tipos penales donde la falta de una remisión expresa no las confunde con leyes penales en blanco; p. ej. en la "publicidad engañosa" (art. 238) [derogado por el D. Leg. 2044 de 26-06-08], los "actos de competencia desleal" (art. 240) [derogado por el D. Leg. 2044 de 26-06-08], los delitos contra los "derechos de autor" (arts. 216 y ss.) [modificados por la Ley 27729 de 24-05-02], los delitos contra la "propiedad industrial" (arts. 222 y ss.), [modificados por la Ley 27729 de 24-05-02] etc. Y, en contra de una creencia generalizada, tampoco son leyes penales en blanco los tipos penales de delitos "aduaneros" y "tributarios". En ambos casos, los tipos contenidos en leyes especiales están completos; sus elementos solamente necesitan ser interpretados con ayuda del Derecho correspondiente[37]. En todos estos casos, además, se acentúa el predominio de la valoración administrativa a través del requisito de la "denuncia previa" del órgano administrativo correspondiente.

A primera vista se tiene, entonces, la impresión de que el legislador penal peruano ha comprendido que no se debe hacer uso abusivo de tipos penales en blanco, entendidos en sentido estricto (que son los más polémicos). Además, normalmente remite a la *ley de la materia*, describiendo antes, de manera general, las conductas típicas. Según la práctica peruana, dicha "ley de la materia" puede ser una ley simple o un decreto legislativo (recuérdese que el propio Código Penal vigente fue dado mediante el D. Leg. 635). Con ello, la técnica de la ley penal en blanco en la legislación peruana se enmarca en los requisitos mínimos exigidos a la ley complementaria[38]: a) que el complemento emane de otra ley superior o de igual jerarquía que la penal; b) que el complemento se haga conocer de igual manera que la norma complementada; y c) que el contenido de la norma complementaria sea claro y preciso.

Pero si se ve más allá de lo aparente, la situación no es tan satisfactoria. Un aspecto poco resaltado es la exigencia de que la norma complementaria, al llenar la ley penal en blanco no debe excederse de la decisión político-criminal del legislador contenida en la norma sancionadora remitente, pues de ser así estaría en realidad derogando veladamente la primera y atentado contra el principio de reserva, el de certeza y contra la seguridad jurídica, así como, en el fondo, contra el principio de "división de poderes" (ley dada por el Parlamento o, incluso delegada por este con determinada finalidad penal versus Decreto

---

(37) Así también TIEDEMANN en "La ley penal en blanco...", p. 517.

(38) Al respecto, PEÑA CABRERA, p. 181. También acepta el uso de esta técnica, VILLAVICENCIO TERREROS, p. 61.

legislativo emitido por el Ejecutivo, donde la delegación tuvo finalidades meramente administrativas). Esto es válido evidentemente para casos en que se perjudique al destinatario de la norma, pero también si se hace en bonam partem. Y precisamente este principio es el que menos se respeta en el Perú; así p. ej., el art. 19 del D. Leg. 701 que "completa" [completaba] el [ya derogado] artículo 232 CP sobre "abuso del poder económico", limitando considerablemente su aplicación, pues añade el elemento adicional cuantitativo de "grave perjuicio al interés económico general" y la "denuncia previa" por el órgano administrativo.

Existe entonces el peligro de transformar tipos penales comunes, con elementos normativos, en tipos penales en blanco o de vaciar más de contenido un tipo penal en blanco ya existente mediante posteriores leyes administrativas que agreguen "de contrabando" un requisito adicional no previsto en la decisión político-criminal expresada en el tipo penal. Por más que la intención pueda ser buena (perseguir los casos más graves desde la perspectiva administrativa, dotar al juez penal de conocimientos especializados a través de informes técnicos), es indudable que este desarrollo no sería constitucional ni tampoco deseable. Por un lado, se oponen a esto los principios constitucionales de división de poderes y de reserva de la ley penal. Pero también se pierde determinación, pues ante tal "descentralización" del contenido del injusto, con elementos dispersos en leyes administrativas desconocidas a veces por los propios penalistas, aparte de dar amplia cabida a casos de error, el tipo penal tiende a perder eficiencia preventivo-general.

6. Leyes en blanco en el Perú

Usualmente, al analizar el problema de la "ley penal en blanco" se discute también si ésta abarca solamente los casos en los que la "norma complementaria" es de inferior jerarquía a la ley penal o debe incluir también a normas complementarias de igual jerarquía (con rango de ley). Dado que la remisión de un tipo penal a otro tipo penal, así como la de una ley penal a otra ley de igual jerarquía no es considerada problemática (la igual jerarquía hace posible la ficción de una "lectura conjunta" para respetar así el principio de legalidad), la doctrina suele restringir el término "ley penal en blanco" a aquellas remisiones a normas de inferior jerarquía a la ley penal remitente[39].

En el caso peruano podría seguirse, en principio esta doctrina y considerar como "ley penal en blanco" a aquella ley penal (dada mediante ley formal)

---

[39] TIEDEMANN, c. más refs. "La ley penal en blanco", p 516. Este concepto estricto es últimamente puesto en cuestión por los que defienden un "concepto amplio" de "ley penal en blanco" (también existirían estas en caso de remisiones a normas extrapenales de igual jerarquía), a fin de dar un tratamiento más justo a los casos de error y de "retroactividad"; al respecto ver MIR PUIG, p. 34 y s., n. marg. 27 a 30; MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 122 y s. BACIGALUPO, por el contrario, sostiene que esta distinción no tendría mayores consecuencias prácticas; p. 39 y s.

que remite a una norma extrapenal de menor jerarquía (dada mediante decreto legislativo, decreto supremo, etc.). En cambio, si la ley penal remitente misma está ya contenida en una ley inferior a la formal (¡lo cual en auténticos Estados de Derecho sería impensable!), como es el caso de Perú, donde las leyes penales también pueden estar contenidas en decretos legislativos expedidos por el Ejecutivo bajo delegación del Parlamento, puede parecer dudoso que se hable de "leyes penales en blanco". Con todo, si bien en lo formal la ley penal puede tener en el Perú la misma jerarquía que muchas normas administrativas, debido a su distinta naturaleza y efectos (la ley está sujeta estrictamente al principio de legalidad y su conocimiento en los ciudadanos se exige en mayor medida) y a que las modificaciones penales mediante decretos legislativos suelen ser muy frecuentes, debe seguir considerándose este caso también como el de una "ley penal en blanco"(40).

En resumen, en adelante se presupone que la "norma complementaria" tiene carácter de norma legal inferior a una ley formal o deriva de aquella, pese a ser incluso de una jerarquía inferior, y que la ley remitente puede ser una ley formal o un decreto legislativo.

Veamos ahora la situación en el ámbito del Derecho penal económico, donde el área de regulación "invadido" por el Derecho penal es más complejo aún que en los demás tipos delictivos. En el caso de los delitos económicos, dada la complejidad y especialidad de la materia regulada, los tipos penales tienen que remitirse necesariamente a normas y usos del Derecho comercial. Conceptos como "competencia", "mercado", "crédito", "representante legal", "publicidad engañosa", "bienes de primera necesidad", etc., son frecuentes en el Derecho penal económico. Esta indeterminación (en nuestro CP: "competencia", "restricción de la competencia", "abuso", todos ellos en el art. 232; "bienes de consumo o producción" en el art. 233; "afirmación falsa capaz de inducir al error" en el art. 238) podrían poner en cuestión la vigencia del principio de certeza. Pero aquí debe considerarse que hasta ahora, dada la materia prohibida (referida a complejas y cambiantes relaciones económicas) no existen mejores alternativas(41).

---

(40) Obsérvese que el caso peruano es distinto del español. Allá se suele distinguir entre leyes penales en blanco "propias" e "impropias". Las primeras incluirían remisiones a normas de inferior jerarquía, mientras que las segundas solamente se referirían a remisiones de leyes penales a otras leyes de igual jerarquía. Puesto que la ley penal en España tiene mayoritariamente carácter de "ley orgánica", aceptar el concepto de ley penal en blanco "impropia" no tendría ningún sentido práctico y, por lo tanto, se parte de una "ley penal en blanco" *propia*. Ver al respecto MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 123.

(41) Así se justifica también la configuración abierta de tipos de cárteles en el Derecho de cárteles de la Comunidad Europea; comp. DANNECKER/FISCHER-FRITSCH, p. 28 y ss.; ver también, en general para el Derecho penal, BOTTKE, p. 55, columna izquierda.

Ahora bien, aquí debe tenerse en cuenta si los conceptos indeterminados implican una "remisión interpretativa" o una auténtica "ley penal en blanco" ("remisión en bloque"). Para este último caso tendrán que regir los principios generales de legitimidad ya estudiados cuando se trata de conceptos indeterminados. Por otro lado, para efectos de la "retroactividad benigna" debe verse si la modificación en la norma extrapenal complementaria implica o no un "cambio de valoración"(42).

Lo curioso de la legislación penal peruana en este ámbito es que, a diferencia de lo que ocurre en otros países, la norma complementaria no tiende a extender, sino a restringir las posibilidades de aplicación del tipo penal. En algunos casos, se adicionan elementos típicos importantes, además de la infracción o desobediencia a las normas administrativas, que dificultan la aplicación del tipo penal. Por ejemplo, la necesidad del "grave perjuicio para el interés económico general" en el caso del [ya derogado] artículo 232 CP (abuso de poder económico), complementado por los arts. 5, 6 y 19 del D. Leg. 701 [reemplazado por el D. Leg. 1034]. En otros casos, la restricción se da a través de la inclusión de requisitos procesales no previstos en el Código o leyes penales; p. ej. en el delito financiero del art. 247 se precisa del informe técnico de la Superintendencia de Banca y Seguros; en los delitos contra los derechos de autor de los arts. 216 a 220 CP se requiere informe técnico de la Oficina de Derecho de Autor de Indecopi antes de la opinión o acusación fiscal; en los delitos contra la propiedad industrial de los arts. 222 a 225, así como en muchos otros delitos económicos, se requiere el informe técnico de la Comisión u Oficina competente del Indecopi, etc.(43).

Así las cosas, no es de temer que la "indeterminación" provocada por la técnica de las remisiones normativas mediante leyes penales en blanco afecten la previsibilidad en el destinatario de la norma en contra suya. Muy por el contrario, aquí se refuerza exageradamente la posición de los destinatarios, pues recién la instancia administrativa establecerá cuándo se ha dado o no un delito. El Derecho penal capitula para la determinación de lo delictivo, ante el Derecho extrapenal.

Esto no solamente trae como consecuencia el quebrantamiento claro del "principio de reserva", sino también atenta contra los efectos preventivo-ge-

---

(42) Algunas veces solamente se habrá dado un cambio de "circunstancias fácticas" que no afecta para nada la valoración sobre el carácter penal (o la pena más grave) de la conducta regulada. Al respecto, SILVA SÁNCHEZ (c. más refs. p. 442 y ss.) exponiendo la doctrina alemana que, bajo una concepción material, considera muchas normas complementarias de leyes penales en blanco como "leyes temporales". La solución en ambos casos es la misma: todo depende de la existencia de un "cambio de valoración" mediante la modificación.

(43) Ver sobre esta problemática, ampliamente, ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", p. 195 y s.

nerales que puedan tener los tipos penales. Ello es así, pues si bien el legislador penal ha introducido tipos penales para proteger bienes jurídicos económicos considerados importantes, al relativizarse la intervención penal de manera tan desmedida por el Derecho administrativo mediante la previsión de requisitos de procedibilidad de distinto tipo en las normas complementarias, entonces, los tipos penales pierden sus efectos.

En resumen, mientras que en las legislaciones extranjeras la técnica de las "leyes penales en blanco" puede ser empleada para precisar el injusto penal contenido en los tipos de las leyes penales y, en casos críticos, debido a la indeterminación de las "normas complementarias" podrían ampliar desmedidamente el injusto penal en perjuicio de los destinatarios de la norma, en el Perú la finalidad y la consecuencia del uso de esta técnica parece ser otra. Se busca dar amplias facultades a la administración para que cumpla con sus propios fines, utilizando al Derecho penal como medio intimidatorio de última instancia. Pero este casi nunca interviene directamente y, cuando lo hace, su efectividad depende de determinados "informes técnicos". A veces incluso su propia intervención depende de la "denuncia previa" de la administración.

Por otro lado, la deficiente técnica del legislador penal peruano ha llevado, en la mayoría de tipos penales económicos, a separar totalmente el injusto penal del injusto administrativo. Aquí se ha utilizado la técnica de las "remisiones interpretativas", es decir, las normas extra-penales no completan un elemento adicional del tipo penal, sino son empleadas solamente en la interpretación de los elementos típicos; p. ej. el tipo penal [ya derogado] de "publicidad engañosa" (art. 238 CP). El problema que se puede presentar es el de la "división de la norma" ya explicado en el punto 5. Aun cuando la exigencia para este y muchos tipos penales económicos de un "informe técnico" de la autoridad administrativa pertinente podría evitar este probable efecto negativo, la falta de delimitación entre injusto administrativo e injusto penal tiene aún otro peligro: el de la violación del principio de "ne bis in idem", el cual debería regir también entre ambas áreas del Derecho sancionador[44].

El Derecho penal económico no ha empezado con buen pie en el Perú. Las limitaciones aquí resaltadas son apenas algunas de las que han llevado a que, en la práctica, la delincuencia económica siga gozando de impunidad[45]. Pero el mayor problema está en las bases mismas de nuestro Derecho penal,

---

[44] Esto es tanto más real en cuanto que la propia legislación administrativa suele reconocer expresamente que la sanción administrativa se aplica independientemente de la penal (p. ej. art. 190 del Código Tributario) [pero desde la vigencia de la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444 publicada el 11-04-2001, se ha reconocido la vigencia de este principio en el art. 230, numeral 10].

[45] Ver al respecto *Abanto Vásquez* ("Derecho penal económico", p. 146 y ss.). Para el problema del "actuar por otro, ibídem, p. 181 y ss.; para las "consecuencias accesorias" y las penas, ibídem, p. 203 y ss.

tal como ha quedado evidenciado con la falta de cumplimiento del principio de "reserva de la ley penal".

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: "Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas", Lima, 1997.

ALTPETER, "Strafwürdigkeit und Straftatsystem", Fráncfort-Berna, 1990.

BACIGALUPO, Enrique: "Curso de Derecho penal económico", Madrid-Barcelona, 1998.

BOTTKE, Wilfried: "Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland – Lösungen und Defizite", wistra 1991, p. 1 y ss.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Manual de Derecho penal. Parte general", Barcelona, 1989.

DANNECKER, Gerhard/FISCHER-FRITSCH, Jutta: "Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis", Colonia, 1989.

GARCÍA ARÁN, Mercedes: "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", en: "Estudios Penales y Criminológicos" N° 16, 1992-93, p. 71 y ss.

GERPE LANDÍN: "Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal", Revista Jurídica de Catalunya, Barcelona, 1991, p. 687 y ss.

GRABITZ, Eberhard: "Die verfassungsorientierte Konkretisierung wettbewerbsrechtliche Generalklauseln", ZHR 149 (1985), Alemania, p. 263 y ss.

HURTADO POZO, José: "Manual de Derecho penal. Parte general", 2da. ed., Lima 1987.

JAKOBS, Günther: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", Berlín, 1993.

JESCHECK, Hans Heinrich/ WEIGEND, Thomas: "Lehrbuch des Strafrechts", 5ta. ed., Berlín, 1996.

KREY, Volker: "Das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe - ein Gericht läuft aus dem Ruder", JR 1995, p. 221 y ss.

MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos: "Derecho penal económico. Parte general", Valencia, 1998.

MESTRE DELGADO, Esteban: "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1988, Madrid, p. 509 y ss.

MIR PUIG, Santiago: "Derecho penal. Parte general", Barcelona, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: "Derecho penal, parte general", 2da. ed.,Valencia, 1996.

PEÑA CABRERA, Raúl: "Tratado de Derecho penal. Parte especial III", Lima, 1994.

ROXIN, Claus: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 3ra. ed., Múnich, 1997.

SCHÜNEMANN, Bernd: "Die Regeln der Technik im Strafrecht", L. H. A Karl Lackner, Berlín, 1987, p. 367 y ss.

SCHLÜCHTER, Ellen, "Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", Heidelberg, 1987.

SCHOLZ, Rupert: "Sitzblockade und Verfassung. Zur neuen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts", NStZ 1995, Alemania, p. 418 y ss.; "Kartellrechtliche Preiskontrolle als Verfassungsfrage", ZHR 141 (1977), Alemania, p. 520 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: "Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco", en: "Estudios Penales y Criminológicos", 1992-93, Universidad Santiago de Compostela, España, p. 425 y ss.

TIEDEMANN, Klaus: "Sobre el estado de la teoría del error", en: "Estudios jurídicos en memoria del prof. Casabó", Valencia, 1997, p. 895 y ss.; "La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas", Revista de Ciencias Penales, N° 2 (1998), España, p. 520 y ss.; "Lecciones de Derecho penal económico", Barcelona, 1993; artículos: "Auslegung" y "Blankett" en: Krekeler/Tiedemann/Ulsenheimer/Weinmann, "Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts" (HWIStR), Heildelberg, 1990; "Kartellrechtsverstöße und Strafrecht", Colonia, 1976.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: "Lecciones de Derecho penal", Lima, 1990.

El funcionalismo radical o sistémico en el Derecho penal económico(*)

1. Introducción

Desde hace algunos años está teniendo una amplia difusión en Latinoamérica una corriente metodológica y de dogmática penal conocida como "normativismo radical" o "funcionalismo sistémico". Esta doctrina, minoritaria todavía en Alemania y España, parte de presupuestos muy polémicos y ofrece soluciones que, si bien resultan novedosas y en parte coinciden con posiciones de otras teorías conocidas y dominantes, también llegan, muchas veces, a consecuencias muy discutibles.

A continuación se analizarán críticamente las consecuencias de esta teoría para el Derecho penal, con especial referencia al Derecho penal económico. Antes, por cierto, conviene exponer brevemente los postulados más importantes sostenidos por el profesor alemán Günter JAKOBS.

2. El funcionalismo sistémico de Jakobs

Lo novedoso en la propuesta de JAKOBS, y lo que lo diferencia decisivamente de otras teorías conocidas (entre ellas del "normativismo moderado" de Roxin) radica en que excluye conscientemente todo contenido ontológico para basar la dogmática penal en lo puramente funcional, o sea, en los *fines del sistema social*. Por eso quiere prescindir por completo del concepto de "bienes jurídicos" y lo sustituye por la "lesión" (o "infracción" o "vulneración") de la norma, así como prescinde de la "culpabilidad" en el sentido tradicional de "imputabilidad" para reemplazarla por la "atribución".

Para fundamentar estos resultados, JAKOBS afirma que el Derecho penal debería ser entendido como parte de *un sistema social*. Y por eso, solamente con ayuda de conceptos y conocimientos provenientes de este sistema social y

(*) Artículo publicado en ÁVALOS RODRÍGUEZ/QUISPE VILLANUEVA (coords.), "Dogmática penal del Tercer Milenio. Libro Homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann", Lima, 2008, pp. 493-524.

de la función de la normatividad jurídica (perspectiva externa) se podría explicar con acierto el Derecho penal, pues los conceptos exclusivamente penales (perspectiva interna) no bastarían para ello(1).

Pero la relación entre el Derecho penal y la sociedad no sería unilateral. El Derecho penal y la sociedad estarían vinculados en una relación de interdependencia: la sociedad puede exigir al Derecho penal que asimile nuevos problemas sociales, mientras el "sistema jurídico" no alcance la complejidad adecuada (con lo que el DP quedaría ampliamente "abierto" a la creación de nuevos tipos penales), pero el Derecho penal también puede incidir en la sociedad para recordarle que deben respetarse determinadas máximas indisponibles(2). Pero con esto se agotaría la función del Derecho penal; este no debería ni podría ir más lejos. Es decir, el Derecho penal no podría constituir la base de una "revolución social", aunque, como parte de la sociedad tampoco podría, por cierto, ser degradado a un "mero lacayo"(3).

Por otro lado, dice JAKOBS, el concepto "sociedad" no debería entenderse de manera absoluta, pues ella se constituiría recién dentro de un "Estado" (que es el que administra la pena pública) como una unidad con un ordenamiento normativo, determinando quién es miembro de esta sociedad en función de una serie de criterios (en especial, ciudadanía y territorialidad)(4). Luego, solo para estos "miembros" de la sociedad constituida en Estado regirían las normas que lo conforman; y estas normas regirían en la medida en que los miembros vivan de acuerdo con ellas. La consecuencia de esto es que si los sujetos no vivieran de conformidad con las normas de la sociedad constituida en Estado, no habría legitimidad para sancionarlos, así como tampoco habría legitimidad cuando una sociedad distinta tratara de sancionar a miembros de otra sociedad (así esta se haya constituida como un Estado dictatorial) sobre la base de normas propias de aquella(5).

Ahora bien, la "sociedad" se basaría en la existencia de un *contexto de comunicación* mediante "normas" (y no mediante "estados" o "bienes", los cuales solamente serían "reflejo de la norma"). Luego, para que la sociedad subsista, el "contexto de comunicación" debería ser mantenido igual frente a modelos

---

(1) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 22 y s., 38.

(2) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 23 y s.

(3) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 24.

(4) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 71 y s.

(5) JAKOBS ofrece como ejemplos: el intento de crear un Tribunal Internacional de Protección de Derechos Humanos en una comunidad internacional que no vive de conformidad con un orden normativo que respeta los Derechos Humanos, y el juzgamiento penal, por parte de la República Federal Alemana, de violaciones a los derechos humanos cometidos en la extinta República Democrática Alemana; ver "Bases para una teoría funcional...", p. 73 y s.

divergentes[6]. Y esta protección del "contexto de comunicación", o sea de las normas que lo configuran, se daría, entre otras formas, mediante el Derecho penal. Desde luego que la *protección de normas* no se dirigiría a todo tipo de ellas, sino solamente a aquellas que necesitaran una "estabilización especial" por no estar suficientemente aseguradas por vía cognitiva. Es decir, existirían normas del mundo racional que todos "conocen" y, mayoritariamente, aceptan (p. ej. las provenientes de las ciencias naturales). Éstas no necesitarían "estabilización" alguna (mediante protección legal), pues, en caso de no ser aceptadas, el sujeto estaría declarando así su "incompetencia" y sufriría las consecuencias "naturales" que acarrean su inobservancia (caída de una casa, no producción de la lluvia invocada por la brujería, etc.). Pero existirían otras normas constitutivas de la sociedad que no estarían dadas previamente, que serían "hechas" (elaboradas), serían contingentes. Estas normas se caracterizarían por ser disponibles subjetivamente (desde la perspectiva del autor, no puede probarse que sea preferible que las cumpla) y por ello (para evitar la disponibilidad) deberían ser estabilizadas, su vigencia debería garantizarse, a través de una sanción[7].

En el proceso de comunicación intervendrían solamente *personas* que, según la terminología empleada por JAKOBS, son distintas de los "individuos". Las "personas" serían aquellas que tengan roles sociales derivados de los deberes y derechos propios del mundo normativo. Entonces, solamente estas "personas" serían reconocidas como "ciudadanos plenos", pues tendrían "competencia" para comunicar normativamente. El "individuo", en cambio, no tendría roles sociales, no sería "ciudadano pleno" y, por lo tanto, no podría "comunicar" normativamente[8]. El "individuo" no podría transmitir a otro directamente su "subjetividad", sino solamente lo podría hacer a través de "manifestaciones", es decir, de manera "objetivada".

Una vez asignados los roles, existiría la *expectativa normativa* de que los sujetos cumplan con sus roles, que no los quebranten o traten de asumir otros roles que no les competen; si defraudaran esta expectativa, el Derecho debería "estabilizar el sistema" y reafirmar la vigencia de la norma, es decir, mantener la expectativa imputando el curso perturbador al responsable[9]. Así, en el Derecho penal, la "imputación objetiva" permite definir específicamente cuándo se ha producido una "defraudación de expectativas", o sea cuándo la persona ha quebrantado su rol[10].

---

(6) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 25.

(7) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 25 y s., 154 y s., respectivamente.

(8) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 38 y ss.; "Sobre la normativización...", p. 16 y ss.

(9) Cfr. JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 18 y ss., 20 y s.

(10) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 40.

En resumen, dentro de una sociedad, sus miembros se "comunican" con los demás. Pero esta *comunicación* no es igual, pues depende de quién la realice (un individuo o una persona). Luego, tal "comunicación" podría darse de dos formas según la realicen individuos (comunicación instrumental) o "personas" (comunicación personal o normativa)[11]. Solo este último tipo de comunicación sería, en realidad, lo que interesaría al Derecho penal, entendido de manera estricta, pues solamente en este caso se puede hablar de "personas" como destinatarias del Derecho penal. Por el contrario, en la "comunicación instrumental" los individuos actuarían solamente conforme al esquema satisfacción/ insatisfacción, esquema según el cual ellos se consideran a sí mismos como "centro preferencial" y, por lo tanto, no "comunican" normativamente. Solamente en la "comunicación personal", el sujeto aceptaría "normas" para la comunicación con los otros, y por ende, se concebiría a sí mismo también a través de estas normas. Luego, únicamente la "comunicación personal" podría dar lugar a "expectativas normativas" que son la base del funcionamiento del sistema social. Esto no supondría, por cierto, que en una sociedad no puedan existir (coexistir) ambos tipos de comunicación; ello puede ocurrir de distintas maneras; es más, en una sociedad que exacerbara la "pluralidad" se tendería cada vez más a la "comunicación instrumental", con lo cual nos convertiríamos cada vez más en "elementos de la naturaleza" (salvajes)[12]. Para tales casos, la sociedad debe tender a proteger el sistema de "comunicación normativa", mediante la introducción de reglas específicas contra los sujetos que la amenazaran y que no sean accesibles más que a una "comunicación instrumental". Estas reglas formarían parte de lo que JAKOBS denomina últimamente "Derecho penal del enemigo".

3. Consecuencias del funcionalismo radical para el Derecho penal

A partir de esta base, JAKOBS formula consecuentemente su análisis del Derecho penal y llega a reformular, de manera muy polémica la teoría del delito. De manera resumida, el profesor alemán afirma lo siguiente[13]:

1) El Derecho penal debería limitarse a garantizar el "funcionamiento" de una sociedad que se gobierna por "normas"; o sea, en el Derecho penal estaría en juego, en primer lugar, la *protección de normas sociales* y

---

[11] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 48 y ss.

[12] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 49.

[13] Ver más detalles de la teoría de JAKOBS y más refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "¿Normativismo radical o normativismo moderado?" [en esta compilación: p. 209 y ss.].

no la protección de "bienes jurídicos"[14]. Para que la sociedad funcione, las "normas sociales" deberían ser protegidas, "estabilizadas", pues, a diferencia de las "normas de la naturaleza", las primeras son "disponibles subjetivamente", o sea, el ciudadano podría querer infringirlas para obtener ventajas particulares; y el Derecho penal estaría para evitar que debido a la infracción de "normas sociales" se produzca una "erosión general".

2) La *pena* tendría una función "preventivo-general", pero no en el sentido tradicional de la palabra, sino en cuanto *estabilización de expectativas normativas*. En puridad, la "pena" no tendría funciones, pues sería "autosuficiente"; ya con su imposición se agotaría su "función", ya que al imponérsela se estaría comunicando de manera "objetiva" que no regiría la "contradicción a la norma" comunicada por el autor a los demás miembros de la sociedad; la "norma" infringida se vería confirmada, estabilizada, y eso sería lo único que debiera importar. Entonces, aunque se haya etiquetado a la teoría de la pena de Jakobs como seguidora de la "prevención general positiva", y este haya tolerado este etiquetamiento, en realidad, el mismo autor alemán ha aclarado que ello no sería exacto. Por otro lado, su teoría se asemeja ciertamente también a la "teoría absoluta" en el sentido de HEGEL, en cuanto a que prescinde por completo de una "repercusión psíquica" (motivación); como lo que le interesa es la "comunicación", la reafirmación normativa no le importa, si con la pena se llega a producir una "motivación" individual constatable empíricamente. Pero, la diferencia con el retribucionismo de HEGEL estaría en que la teoría de JAKOBS evitaría el "automatismo" del primero, pues solamente legitimará la pena cuando exista el riesgo de perturbación de vigencia a la norma, o sea, no siempre la "negación" de la vigencia de la norma (el delito) atraería hacia sí a una "negación de aquella negación" (la reafirmación de la vigencia de la norma a través de una pena)[15].

3) La *tipicidad*, con el elemento de la *imputación objetiva*, tendría la función de determinar la "competencia de la persona" por la norma infringida. Para esto no interesaría si la infracción se hubiera dado mediante "comisión" u "omisión", pues en los dos casos la persona habría "comunicado" en la sociedad. La distinción que sí existiría, sería la del tipo de "deberes" que se infrinjan: si se tratare de "deberes negativos" (no lesionar a otro),

---

[14] Ver JAKOBS en: "Strafrecht. A. T.", p. 35 y ss.; "Sobre la normativización...", p. 69 y ss.; "Bases para una teoría funcional...", p. 25, 34 y ss."; "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus...", p. 849 y ss.

[15] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 70 y s., 75.

habría algo equivalente a una "comisión"; si se tratare de "deberes positivos" (aportar solidaridad exigible), equivaldría a una "omisión"[16].

4) La *antijuricidad* no aportaría tradicionalmente más que "buenas razones" para no imponer una pena. En el sentido del "funcionalismo sistémico", estas buenas razones derivarían de una serie de principios funcionales[17]: "principio de responsabilidad", "principio de causación", "principio de definición de intereses a través de la víctima", "principio de solidaridad". En definitiva, se trataría con esto de "limitaciones intrasistemáticas" que definirían con precisión el alcance de los "roles" en la interacción de las personas.

5) La *culpabilidad*, al prescindir de lo ontológico, sería pura "imputación" a la "persona" que ha infringido la norma (los sujetos, tradicionalmente conocidos como "inimputables", no serían "personas"). Esta imputación, necesaria para estabilizar la norma, solamente se basaría en un "reproche normativo": el hecho de que la "persona" no se haya "motivado a sí misma", no se haya "organizado" para cumplir con la norma, por un "defecto volitivo"[18].

4. Críticas generales al funcionalismo sistémico

El "funcionalismo radical" o "sistémico" de JAKOBS ha recibido críticas muy fuertes desde diversos sectores de la doctrina penal. El desarrollo de estas críticas y las respuestas de JAKOBS han sido expuestos en otro lugar[19]; para los fines de la presente contribución baste mencionarlas brevemente:

1) Acerca de su entendimiento de la "tarea del Derecho penal" en el sentido de una "*exclusiva protección de normas*", se ha criticado que las "normas" expresarían de todos modos algo socialmente útil: los bienes jurídicos[20].

   Y también se ha defendido la teoría de "bienes jurídicos" contra las críticas de JAKOBS y sus discípulos, pues –se argumenta– sí sería posible su concreción, aparte del hecho de que al no existir una lista "cerrada" de estos bienes, no sería una desventaja, sino serviría para hacer frente a los cambios sociales[21].

---

[16] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 93 y ss.; "Sobre la normativización...", p. 29 y ss., 101 y ss.

[17] JAKOBS, "Strafrecht A. T.", p. 349 y s.; "Sobre la normativización...", p. 135 y ss.

[18] JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 22 y ss.; "Bases para una teoría funcional...", p. 154 y ss.

[19] Ver las refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "¿Normativismo radical o normativismo moderado?" [en esta compilación: p. 209-268].

[20] Entre otros, ver ROXIN, "Rechtsgüterschutz als Aufgabe...", p. 20 y ss., "Problemas actuales de dogmática penal...", p. 19 y ss.

[21] Especialmente sobre esto último, ROXIN, "Rechtsgüterschutz als Aufgabe...", p. 22 y s. En general, desde diversas perspectivas, defendiendo la teoría de bienes jurídicos en contra del funcionalismo radical, ver últimamente:

2) El normativismo extremo de JAKOBS que quiere *prescindir por completo de lo ontológico* y del "individuo" para concentrarse en lo "social", lo "funcional", sería peligroso. Con esto, tendería al "legalismo formal", al "conservadurismo", al "autoritarismo", e incluso a una "circularidad" que desembocaría en el "decisionismo". Lo primero, porque se pretendería extraer todo de las normas descuidando la teleología en la interpretación (circularidad); lo segundo, porque se aprobaría el status quo de normas; y lo último porque no importaría cual fuera el sistema normativo vigente con tal de que funcione, o sea, nuevamente se excluiría la posibilidad de crítica[22]. Y la teoría de JAKOBS sería, en última instancia, "decisionista", pues, al no tener una base ontológica, tendría que llenar los vacíos con puras decisiones[23].

   Por lo demás, la teoría de JAKOBS tampoco sería "neutral" como él afirma, pues presupondría ya una "decisión valorativa" sobre el ordenamiento jurídico existente: puesto que este sería bueno, debería ser protegido para que funcione[24].

3) Acerca de su *distinción entre "persona" e "individuo"*, se objeta su carácter artificial, pérdida de contacto con la realidad descrita en la ley, o, en todo caso, la pérdida de la visión humanista del Derecho, pues se subordina el concepto "individuo" dentro de la "sociedad"; recién a partir de esta última el "individuo" (ahora como "persona") llegaría a tener sentido[25]. Esto se manifestaría también en el "riesgo de desproporcionalidad" que contendría el concepto de "pena como negación de significado", pues podría llevar a perder criterios para decidir cuánto de pena merecería un delito tipificado y cuánto un delincuente en concreto. Precisamente este riesgo se va a manifestar con toda crudeza en la tesis del "Derecho penal del enemigo" que se analiza más adelante.

4) A la *teoría de la pena* de JAKOBS en el sentido de "exclusiva función estabilizadora de normas", se critica su "circularidad" y su desconexión con la realidad social[26]. La teoría de JAKOBS se inmunizaría contra las críticas,

---

MIR PUIG, p. 76 y ss.; PORTILLA CONTRERAS, p. 115 y ss.; SCHÜNEMANN, "La relación entre ontologismo...", 658 y ss.; SERRANO-PIEDECASAS, p. 758.

[22] Ver todas estas críticas en KARGL, p. 66; LÜDERSSEN, p. 883 y s.; ALCÁCER, p. 256 y s.; MIR PUIG, p. 79; PORTILLA CONTRERAS, p. 108; SCHÜNEMANN, "La relación entre ontologismo...", p. 648 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", p. 56 y s.

[23] SCHÜNEMANN, "La relación entre ontologismo...", p. 647 y ss., 649; SERRANO-PIEDECASAS, p. 755.

[24] Crítica dirigida a la confusión de Jakobs entre "facticidad" y "normatividad"; ver, c. más ref. ALCÁCER, p. 243 y ss., 259; PORTILLA CONTRERAS, p. 107 y s.; MIR PUIG, 78 y s.

[25] KARGL, p. 60 y ss.; ALCÁCER, p. 258 y s.; SERRANO-PIEDECASAS, p. 757 y s.

[26] SCHÜNEMANN, "La relación entre ontologismo...", p. 648 y s.

pues no sería accesible a una comprobación empírica sobre el cumplimiento de la finalidad, tal como sí ocurre con las teorías preventivas tradicionales.

5) Sobre otras cuestiones referidas a la teoría del delito también se han dado críticas importantes, tales como su concepto de "dolo" (como indicio de culpabilidad), de "tentativa" (como "cercanía al tipo"), de "indiferencia" (de manera similar al dolo), etc. La exposición de todo esto excedería el marco de esta contribución; por ello, sobre el desarrollo de estas y otras críticas hay que remitir a otro lugar[27].

5. En particular: el funcionalismo sistémico en el Derecho penal económico

5.1. Protección de bienes jurídicos económicos y/o autonomía del DP económico

La discusión sobre los postulados del "funcionalismo sistémico" también puede trasladarse al campo del *Derecho penal económico*. Es más, en esta subárea del Derecho penal, que resulta especialmente crítica para el Derecho penal tradicional, es donde el funcionalismo sistémico debería poder probar sus bondades. En especial debe discutirse aquí en qué medida es aceptable, de manera general o por lo menos para el Derecho penal económico, la tesis funcionalista sobre la tarea del Derecho penal (en el sentido de "protección del sistema normativo") y si es admisible el llamado "Derecho penal del enemigo".

Es conocido que el proceso de formación de lo que hoy se conoce como Derecho penal económico ha significado un "reto" (o, si se quiere, un "cuestionamiento") de las categorías penales que, tradicionalmente, habían sido creadas sobre la base de los delitos violentos, en los que están involucrados básicamente bienes jurídicos "individuales". Precisamente por estas "peculiaridades" de los delitos económicos, se les estudia por separado en una parte general y una parte especial del Derecho penal económico[28].

Pero, la respuesta penal ante una realidad, que se ha descrito por algunos autores como la existencia de una "sociedad de riesgos" y la necesidad de un "Derecho penal del riesgo"[29] puede darse de manera muy distinta. Así, en lo que se refiere a la creación de nuevos tipos penales para proteger nuevos bienes jurídicos relacionados con el "funcionamiento" de instituciones económicas, siempre se ha discutido si ello sería legítimo para un Derecho penal de Es-

---

(27) Ver c. refs. en ABANTO, "¿Normativismo radical o normativismo moderado?" [en esta compilación: p. 209 y ss.].

(28) MARTÍNEZ-BUJÁN, "Derecho penal económico" p. 21 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", p. 23 y s.; GARCÍA CAVERO, p. 9.

(29) Ver DE LA CUESTA AGUADO, quien por lo demás parte de la protección de "bienes jurídicos", c. más ref., "Sociedad tecnológica y globalización...", p. 24 y ss., 50 y s.

tado de Derecho o si implicaría una ruptura con el principio de subsidiaridad y de mínima intervención. 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 tipos de peligro abstracto-concreto, de aptitud)[30]. Un sector más radical (la escuela de Fráncfort) postula, por el contrario, una reducción del Derecho penal al "núcleo" (los delitos violentos cometidos dolosamente), mientras que lo "nuevo" debería formar parte de un "Derecho de intervención" (HASSEMER)[31]. Esta última posición, que en su versión más radical se opone a la existencia de un "Derecho penal económico", es minoritaria, no se ha reflejado en las legislaciones penales más recientes y ha sido rechazada por la doctrina dominante[32], aunque algunas de sus posiciones críticas hayan ciertamente servido de base en la formación del "Derecho penal garantista" mayoritariamente admitido.

Por su parte, JAKOBS afirma que, en principio, nada se opondría a la intervención penal en el caso de la delincuencia económica. Y es que para él, como no se trataría de proteger "bienes", sino una "infraestructura de expectativas", no existirían los límites que impone la teoría de bienes jurídicos; más bien, cuando exista la necesidad de protección de "expectativas normativas" en la sociedad, conforme esta evolucione, estas expectativas *deberán* ser protegidas. Por eso tampoco sería necesario un "Derecho de intervención", como proponen los sectores despenalizadores. Por ejemplo, el problema de la "responsabilidad por el producto" no abarcaría "peligros especialmente nuevos" para la sociedad; la sociedad, al estar necesariamente saturada de productos tiene que entender que los productos nuevos introducirían siempre "riesgos especiales", en consecuencia, el productor tendrá que correr con los costes derivados de estos riesgos[33]. Lo que sí necesitaría un mayor desarrollo sería el entendi-

---

[30] Concretamente en el campo del Derecho penal económico, esta posición es defendida, aunque con matices en cuanto a la identificación de "bienes jurídicos económicos" necesitados de protección penal, por MARTÍNEZ-BUJÁN (por lo menos en su parte general aún vigente), "Derecho penal económico", p. 26 y s., 90 y ss., 100 y s.; TIEDEMANN, p. 52 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico...", p. 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, p. 61 y s., 54 y ss., esp. 67 y s.

[31] Sobre la confrontación de estas dos tendencias ver más ref. en ABANTO, "Derecho penal económico", p. 56; GARCÍA CAVERO, quien analiza también la corriente del "liberalismo racionalista", p. 97 y ss. Últimamente SCHÜNEMANN ha constatado que uno de los principales defensores de la escuela de Fráncfort –W. Hassemer– habría moderado la posición inicial que, a decir del primero, constituía una "petrificación del tradicional Derecho penal de las clases bajas" y bloqueaba el naciente "Derecho penal de las clases altas" (Derecho penal económico); ver "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", p. 208.

[32] Ver las críticas y más ref. ibídem, nota 30.

[33] Ver con más detalles sobre el tema de la "responsabilidad por el producto" y más ref., JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", nota 9, p. 23 y s.

miento mismo de si los "delincuentes económicos" (o algunos de ellos), en realidad, participan en la "comunicación normativa" o, de no hacerlo, si ellos deberían entrar, más bien, en lo que JAKOBS denomina "Derecho penal del enemigo".

Una versión mucho más moderada en sus términos, aunque similar en su contenido y sus consecuencias, es la sostenida especialmente por SILVA SÁNCHEZ. Este autor sostiene –en mi opinión, acertadamente en esto– que, para dar solución a la "expansión del Derecho penal", característica del mundo moderno actual, no puede retornarse a un Derecho penal liberal que, en realidad, nunca existió en la forma en que lo describen sus defensores, pues en tal Derecho, junto a garantías penales, coexistían penas muy duras. Pero –continúa el autor español– tampoco podría renunciarse al Derecho penal, pues, a diferencia del Derecho civil, tendría fuerza "comunicativa", debido a que contiene una "pena" con dimensión simbólica y debido a la fuerza del aparato estatal que la impone. Además, a diferencia del Derecho contravencional, el Derecho penal garantizaría "neutralidad" frente a la política, así como daría garantías de imparcialidad de los tribunales. Pero, en el caso de las nuevas áreas del Derecho penal, resultaría disfuncional recurrir a los mismos principios e instrumentos de dogmática-penal del Derecho penal tradicional, pues se trataría ahora de conductas de una naturaleza distinta, donde se tendría que intervenir de manera "reguladora". Luego, concluye SILVA SÁNCHEZ, si se quisiera permanecer en el Derecho penal (lo cual sería irrenunciable también para el Derecho penal económico), se tendría que reconocer un *Derecho penal de segunda velocidad* en el cual se flexibilicen los principios y reglas clásicos, aunque dentro del marco de las necesidades preventivas, y, para garantizar la proporcionalidad, se renuncie, en este ámbito, a las penas privativas de libertad[34].

Independientemente de si comparte o no el análisis funcional de SILVA SÁNCHEZ en la descripción de la criminalidad moderna, el cual por lo demás coincide en mucho de lo que dice la doctrina dominante, puede ponerse en duda el acierto de las consecuencias a las que llega, o sea su reconocimiento de una "segunda velocidad" (a la que se agrupará últimamente una "tercera velocidad") y la necesidad de legislar flexiblemente para este grupo de delitos. La "tercera vía" que recomienda (tercera por ubicarse entre el Derecho penal tradicional y el Derecho administrativo), pasa por alto también otra "tercera vía", propuesta hace ya algún tiempo por algunos especialistas del Derecho penal económico: la creación de un *Derecho penal empresarial* autónomo, es

---

[34] SILVA SÁNCHEZ, "Die Expansion des Strafrechts", p. 84 y s. Por cierto que en la última edición española de este ("La expansión...", 2003, p. 159 y ss.), el autor español admite ya un "Derecho penal de tercera velocidad" identificable con un "Derecho penal del enemigo", tal como reconocen discípulo GARCÍA CAVERO (p. 126 y s., nota 144) y CANCIO MELIÁ (p. 83); ambos seguidores del funcionalismo, pero que rechazan esta parte de la exposición de Jakobs.

decir, con su propia legislación, sus propios principios y dogmática, situado entre el Derecho penal tradicional (dirigido a las personas) y el Derecho administrativo[35]. Probablemente SILVA SÁNCHEZ no acepte esta otra posibilidad pues, expresamente, ha afirmado que no se trata de diferenciar entre "personas y capas sociales", sino entre "hechos y consecuencias jurídicas"[36]. Luego, según entiendo, para él no podría haber un Derecho penal para personas naturales y, por separado, un Derecho empresarial 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. La diferencia entre ambos bloques estaría, por un lado, en los distintos hechos que constituyan delitos; y, por otro, en las distintas consecuencias jurídicas previsibles para cada uno de estos bloques (para el primero, las penas tradicionales, incluyendo la privación de libertad; para el segundo, básicamente, la pena de multa, el decomiso de ganancias y la reparación civil, excluyendo siempre la privación de libertad).

Estaría, entonces, en discusión la posibilidad de una "tercera vía" *dentro* del Derecho penal, como Derecho penal de "segunda velocidad", o *fuera* de él, como un Derecho sancionador autónomo y básicamente dirigido a lo que se denomina actualmente "Derecho penal económico". Por cierto que con esto quedaría claro que lo básico de las tesis funcional-sistémicas, incluyendo su rechazo a la teoría de bienes jurídicos, limitaría sus alcances –aunque esto pueda discutirse aún– como modelo explicativo y de imputación solamente en un "Derecho sancionador" reservado a esta "tercera vía". En cambio, resultaría más dudoso pretender aplicar el funcionalismo sistémico al núcleo mismo del Derecho penal, pues ahora se perdería el argumento de la "dinamicidad" (manifestado en la "segunda velocidad") que se sostenía como ventaja ante la teoría de "bienes jurídicos". Claro que la argumentación podría ser diferente cuando la legitimación de esta segunda vía se basara más bien en la distinción entre "persona" e "individuo"; esto lo hace consecuentemente JAKOBS, pero llega a una exacerbación de la intervención penal sobre la base de un "Derecho penal del enemigo". Esto último se tratará más adelante en el punto 5.3.

Ahora bien, existe otra posibilidad de acercamiento al problema de la "delincuencia económica" desde la perspectiva del "funcionalismo radical". Así, Percy GARCÍA CAVERO, connotado discípulo peruano de SILVA SÁNCHEZ, y difusor de las ideas funcionalistas en nuestro medio, no abandona ni la teoría

---

[35] Ver, c. ref. al respecto, en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", p. 161 y s. GARCÍA CAVERO, por lo visto, no ha tomado posición al respecto, aunque considera que no debería descartarse la tendencia; p. 10. También MARTÍNEZ-BUJÁN afirma que por ahora, por lo menos de lege lata, el Derecho penal económico, no tendría "autonomía científica", aunque sí tiene, dentro del Derecho penal, características que permiten individualizar la familia de los delitos económicos; ver "Derecho penal económico", p. 20 y s.

[36] SILVA SÁNCHEZ, "Die Expansion des Strafrechts", p. 84.

de bienes jurídicos ni el terreno del Derecho penal para tratar el tema de los delitos económicos[37]. Él sostiene –acertadamente en este punto, según mi opinión y coincidiendo con la doctrina dominante– que debería reformularse el concepto de "bien jurídico", si no se quiere que pierda su pretensión garantista y se identifique con la mera razón de la norma penal[38]. Para ello rechaza una "visión estática" del bien jurídico protegido, basada en su relación con un "daño sensible" y propone –en el mismo sentido general de JAKOBS– la protección de "expectativas normativas de conducta" que rijan en el modelo de orientación vigente en el sistema económico"[39]. Y consecuentemente, la "pena" tendría –otra vez coincidiendo aquí con la terminología de JAKOBS– la función de "restablecer la norma" tras la defraudación de la expectativa normativa por el delincuente económico, aclarando que solamente deberían protegerse expectativas normativas "que se deriven de los elementos constitutivos de la identidad de la sociedad en el sistema económico"[40]. GARCÍA CAVERO, en la línea del funcionalismo sistémico, intenta, además, hacer una revisión de las "garantías penales" de acuerdo con el modelo económico y el contexto político actuales, distintos de aquellos bajo los cuales se originaron (la época de la conformación del Derecho penal liberal)[41]. Es por eso que, si bien admite un marco previo al análisis funcional, el principio de "protección de bienes jurídicos", interpreta este marco "funcionalmente" en el sentido de que contendría expectativas para la interacción entre sujetos individuales (bienes jurídicos individuales) y garantías de las condiciones de participación en sistemas sociales complejos (bienes jurídicos universales)[42]. Entonces, el colega peruano reconoce que el Derecho penal no es una ciencia descriptiva, por lo cual emplea criterios normativos que, yendo más allá del Derecho positivo, admiten un carácter "crítico" cuando existan "eventuales contradicciones entre la identidad normativa de la sociedad y la regulación jurídico-positiva"[43].

De esta manera, GARCÍA CAVERO llega a una convergencia, aunque desde una perspectiva diferente, con el funcionalismo teleológico, defendido entre otros, por ROXIN y TIEDEMANN, y también con mi propia posición –similar a la de estos últimos– que distingue entre bienes jurídicos individuales

---

[37] GARCÍA CAVERO, 26 y ss., 40 y ss.

[38] Recogiendo las críticas a la concepción tradicional de bienes jurídicos que provienen de distintos sectores, c. más ref., p. 41.

[39] GARCÍA CAVERO, p. 42.

[40] Cfr. GARCÍA CAVERO, p. 43.

[41] GARCÍA CAVERO, p. 52 y s.

[42] GARCÍA CAVERO, p. 110 y ss., 118 y s., 124 y s.

[43] GARCÍA CAVERO, p. 272.

y supraindividuales y los trata de concretar a partir de la Constitución[44]. No coincidimos, sin embargo, en lo que se refiere a la "lesividad" misma, pues para GARCÍA CAVERO –como ya se vio– es prescindible cualquier prueba de dañosidad, mientras que la teoría que yo defiendo (similar en muchos aspectos a la dominante) trata de concretar la lesividad a través de la distinción entre "bien jurídico" y "objeto de bien jurídico", reservando la lesividad material para este último concepto, y la "afección a la vigencia o pretensión de respeto" para el primer concepto[45].

La concepción de GARCÍA CAVERO trata, entonces, de conciliar los interesantes aportes del funcionalismo sistémico precisamente en un ámbito en el que podría interpretarse, con más solvencia que en otros ámbitos de la vida social, que los sujetos interactuarían bajo "expectativas" y responderían a una "comunicación normativa". Esta es una interesante posibilidad de lege lata.

De lege ferenda, GARCÍA CAVERO se aúna a la posición de SILVA SÁNCHEZ sobre el "Derecho penal de dos velocidades" 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)[46]. Esta es una opción que se puede plantear frente a la que permanece dentro del Derecho penal tradicional sin mayores modificaciones y la que sostiene que sería preferible la creación de un "Derecho penal empresarial" autónomo. En particular, me parece, sin embargo, que el fenómeno de la llamada "delincuencia económica" ofrece suficientes características especiales que la distinguen de la "delincuencia común" y que permiten reconocer una autonomía plena para la construcción futura de un "Derecho sancionador de la empresa" o "Derecho penal de la empresa" con sus propios principios, sus propias normas legales y su propia dogmática. En todo caso, si se admitiera una "segunda velocidad" dentro del mismo Derecho penal, esto, al igual de lo que plantea un sector de la doctrina tradicional, no debería llevar más allá de una reformulación (no aplicación diferenciada en dos núcleos distintos) de algunos conceptos y principios[47].

Otro punto que me parece muy discutible es si, una vez admitido ("funcionalizado") el "principio de protección de bienes jurídicos", todo pueda ser explicable, en el Derecho penal económico, desde la perspectiva funcionalista-

---

[44] Ver la exposición de la teoría teleológico-funcional en el mismo GARCÍA CAVERO, p. 110 y ss.; y en mi propia exposición, "Derecho penal económico", p. 41 y ss.

[45] ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", p. 50 y ss., 56.

[46] GARCÍA CAVERO, p. 127 y s.

[47] De esa manera interpreta TERRADILLOS BASOCO la propuesta de Silva Sánchez; ver, p.77 y s.

sistémica. Antes bien, me parece que deberían recogerse otros aportes para explicar el fenómeno del delito económico, por ejemplo, el del "análisis económico del Derecho", el cual es especialmente interesante en el análisis de la "sanción penal" para delincuentes económicos. Según esta tesis –también criticada, por cierto, cuando pretende exclusividad explicativa y aplicación a todo el Derecho penal[48]–, el "delito" sería cometido por un sujeto que siempre trataría de "maximizar sus propios beneficios económicos"; el delito constituiría una opción entre varias: solamente cuando el delito resultara económicamente más rentable, el delincuente se decidiría por esta opción, aunque para la sociedad ello desemboque en "ineficiencia". Por eso –concluye esta teoría–, la política criminal debería estar orientada a materializar la idea literalmente resumida en la expresión coloquial de que "el crimen no paga"[49].

El problema de la pretensión de "exclusividad explicativa" del funcionalismo sistémico se muestra, por ejemplo, en la teoría de la pena. En efecto, tal como ya se ha anotado en otro lugar, no solamente el "delito económico" presenta características peculiares en relación con el Derecho penal tradicional, sino también el "autor" del "delito económico" tiene sus peculiaridades: en la comisión del delito intervienen casi siempre personas jurídicas, el sujeto está plenamente socializado en el sentido tradicional, el autor actúa "reflexivamente", suele motivarse por consideraciones económicas, etc.[50]. Todo esto debería tenerse en cuenta si, como buscan las teorías usuales de la pena y también la ley escrita, la pena debiera incluir una finalidad social, o sea incidir en el delincuente (prevención especial) y en los ciudadanos (prevención general) para evitar la comisión de futuros delitos[51].

Entonces, recién cuando la pena trata de incidir en la "motivación" del sujeto, sea en el puro sentido de una "intimidación" según el análisis económico del Derecho o de una "motivación" en el sentido de una prevención general positiva tradicional, y no cuando –como hace el funcionalismo sistémico– se cree en la "autosuficiencia" de la pena, es posible explicar (aunque aquí también se pueda discutir más) que la legislación recoja una serie de penas y medidas específicas para "delitos económicos" y que esta con ello respete o no el principio de "resocialización".

---

(48) Ver refs. de la críticas en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", p. 89 y ss. "Derecho de la Libre Competencia", p. 45 y ss.

(49) Ver la exposición de esta tesis, c. más ref., en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", p. 98 y ss.

(50) Ver refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", p. 144 y ss., 201 y s.; también GARCÍA CAVERO, p. 94 y s.

(51) En esto GARCÍA CAVERO parece seguir fiel al funcionalismo sistémico de Jakobs, pues reconociendo una función "restabilizadora" del Derecho penal, emplea criterios funcionales (aunque positivados y basados en principios básicos) derivados del hecho imputado y de la imputación personal; ver p. 280 y s.

5.2. Funcionalismo sistémico y "análisis económico del Derecho"

Por lo demás, existe un notable paralelo entre los postulados de JAKOBS y los de los defensores del *análisis económico del Derecho*, tal como el mismo autor alemán ha observado(52).

En primer lugar, para ambos el método consiste en partir de la "finalidad" del Derecho penal, aunque la fundamentación suene diferente: para JAKOBS, se trataría de las necesidades de funcionamiento del sistema, para el "análisis económico del Derecho"; se trataría de la "eficiencia económica" (análisis de costos y beneficios del delito). Pero en esto ambas teorías resultan criticables. Este análisis "a partir de las consecuencias" que sirve de base metodológica al funcionalismo radical y al análisis económico del Derecho no puede ser y no incompleto, tal como ha destacado LAMPE(53), pues para fundamentar el ordenamiento jurídico descuida el "objeto" de la regulación legal (penal) y se preocupa solamente de la "consecuencia": la pena. Al entender que lo único correcto sería lo funcional, se tiende al "utilitarismo"(54).

Un análisis "a partir de las consecuencias" solamente podría justificarse si no se basara exclusivamente en los "fines" sino tuviera en cuenta, junto a ellos, también "principios y garantías individuales"(55), tal como por ejemplo procede ROXIN cuando conscientemente impregna la dogmática penal con aspectos teleológicos y político-criminales para acercarla a la vida diaria, hacerla flexible y justa ante los casos particulares, sin que el sistema racional-teleológico tenga por ello que descuidar los datos lógico-objetivos(56).

No es extraño, por eso, que para el funcionalismo sistémico también resulten válidas las mismas críticas que se dirigen al "análisis económico del Derecho". Así, cuando JAKOBS construye su teoría jurídico-penal, que él denomina "competencia" de una "persona" por un "ámbito de organización", y que también es traducido por él mismo como "propiedad en sentido amplio" (como la suma de derechos y deberes de las "personas" en la sociedad)(57), existe una indudable coincidencia con el término "propiedad" del análisis eco-

---

(52) Ver "Bases para una teoría funcional...", p. 154, nota 29.

(53) LAMPE, p. 83 y s.

(54) Ver críticas en este sentido en LAMPE, p. 85; PORTILLA CONTRERAS, p. 104; ALCÁCER, p. 242.

(55) Destacando así la interrelación entre "racionalidad instrumental" (consecuencialismo) y "racionalidad valorativa" (principialismo), y afirmando que este último debe constituir el "límite" del primero, c. más ref. ALCÁCER, p. 234 y s.

(56) Cfr. ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 174 y ss., 178 y ss.; ver esp. ibídem, p. 180, n. marg. 83, y, precisando críticas ante el normativismo de Jakobs y sus seguidores, nota 76, p. 181.

(57) JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 136 y s.

nómico del Derecho, pues aquí, las llamadas "property rights" se entienden como propiedad en sentido amplio que da derechos únicamente a quien sea más eficiente sin importar el origen de tal "property right" ni a quién beneficie, discrimine o limite. Por eso, también son válidas para el funcionalismo radical las críticas que se hacen al concepto de "property right" en cuanto a que tendría una tendencia al conservadurismo y a la violación de principios de justicia social, igualdad y libertad[58].

El rechazo de JAKOBS a la teoría de los "bienes jurídicos" para poner en primer lugar, como tarea del Derecho penal, a la protección de "expectativas normativas", encuentra también un notable paralelo con las discusiones de hace varias décadas, dentro del Derecho Antitrust (o de la libre competencia) norteamericano. Allí, tradicionalmente los seguidores de la escuela de Harvard defendían la idea de proteger, con el Derecho Antitrust, "estructuras de mercado" competitivas, o sea que garanticen "resultados económicos" deseables (por eso se desconfiaba de todo "poder de mercado" y de conductas que buscaran atentar contra esas estructuras), mientras que la entonces nueva escuela de Chicago rechazaba por completo esta idea y afirmaba que lo único importante debería ser que las conductas empresariales, independientemente de lo que pretendieran los actores o de lo que causaran a los competidores, llegaran a la "eficiencia económica" (no importaba si sus finalidades eran anticompetitivas o atentaban contra las estructuras de mercado). Es decir, ante una visión "estática" de Harvard (similar, por ello, a una concepción muy estricta de "bienes jurídicos" en el Derecho penal) se oponía una visión "dinámica", "funcional" de Chicago (que, por cierto, conocía un solo "bien": la "eficiencia económica"). En el Derecho de la libre competencia se ha llegado finalmente a sintetizar ambas ideas en nuevas teorías e incluso superarlas con nuevos conceptos ("intensidad de competencia", "información incompleta", "elasticidad de la oferta y la demanda", "economía institucional", etc.), pues en la práctica se vio que la aplicación a rajatabla de las ideas de Chicago (favorecida por gobiernos norteamericanos ultraliberales de los años 80) llevaba a largo plazo no solamente a tolerar la formación de estructuras económicas peligrosas, sino incluso a proteger la ineficiencia[59]. Pero también se ha llegado a

---

[58] Ver una amplia exposición y refs. al respecto en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho de la libre competencia", Lima, 1997, p. 45 y ss.; "Derecho penal económico", p. 78 y ss.

[59] P. ej., los partidarios de la escuela de Chicago estaban en contra de un control de fusiones (no importaba que se formaran empresas poderosas) y de prohibir políticas empresariales de "precios predatorios", tendentes a arruinar a los competidores. En ambos casos, según la teoría de Chicago, como el consumidor no resultaba afectado (sino incluso beneficiado), no se perdería "eficiencia económica"; pero con ello se descuidaba que, a largo plazo, al reducirse la "intensidad de competencia" (o lo que la escuela de Harvard llamaba la "estructura"), nada impediría que la empresa poderosa pudiera dedicarse a explotar su posición de dominio en desmedro de los consumidores y de la propia eficiencia económica; ver más al respecto, c. ref., ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho de la libre competencia", p. 261 y ss.

la conclusión de que, como punto de partida, resulta indispensable una "base constitucional" (en el sentido paralelo al Derecho penal de una "racionalidad valorativa"), pues la "eficiencia" por sí sola no puede explicarlo todo y, como criterio único llevaría a efectos totalmente indeseados en la sociedad(60). Eso no quiere decir que el concepto "eficiencia económica" sea totalmente inútil; puede constituir un elemento de la "libre competencia" en un Derecho penal económico que busque la protección penal de tal "bien jurídico", tal como he demostrado en otro lugar(61).

Por cierto que JAKOBS hace luego, en otro lugar, un deslinde metodológico con el análisis económico en cuanto a que el modelo de sujeto que éste y él emplean sería distinto: el análisis económico del Derecho seguiría anclado en el "mundo empírico" cuando toma como base a un sujeto que funcionaría como un "animal inteligente" bajo el código de satisfacción-insatisfacción (o interés-desinterés en la producción de un acontecimiento o en su ausencia), mientras que lo correcto sería partir del "mundo normativo" y analizar el "cumplimiento" o "infracción" de "deberes"(62). En tal sentido, sí hay una diferencia, pero esta se encuentra en un lugar distinto a aquel que permite a ambas teorías negar el reconocimiento de intereses superiores vinculantes (bienes jurídicos). No obstante, al prescindir de todo "psicologismo", JAKOBS resultaría incluso menos garantista que el análisis económico del Derecho; esta última teoría por lo menos reconoce una "motivación" en el delincuente (aunque reducida a lo económico) y quiere incidir en ella (en tal medida también reconoce una cierta "prevención general", aunque reducida a una "intimidación" de carácter económico)(63), mientras el primero no reconoce ya ninguna finalidad al Derecho penal más allá del mantenimiento del sistema.

Pese a todo, JAKOBS mismo, de manera por cierto inconsecuente, parece volver a coincidir con el análisis económico del Derecho cuando, al querer fundamentar la tarea preventiva de la pena y trazar los límites que esta deba tener para que resulte suficientemente "comunicativa" y procure vigencia a la norma primaria, introduce criterios vinculados con lo psicológico. Así afirma: el "dolor" infligido por la pena "... debe ser tan intenso que el adquirir culpabilidad pueda representarse con carácter general como conducta

---

(60) Ver, c. más ref. en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho de la libre competencia", p. 49 y ss., 59 y s.

(61) ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho de la libre competencia", p. 28 y ss.; "Derecho penal y libre competencia", p. 85 y ss.

(62) JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 15 y ss., esp. 19.

(63) Ver al respecto ampliamente en ABANTO, "Derecho penal económico", p. 78 y ss.; últimamente también ha tratado de fundamentar el "análisis económico del Derecho" para el área penal y su supuesta compatibilidad con los principios constitucionales SCHMIDTCHEN, p. 245 y ss.

que genera un saldo de más desventajas que ventajas"; y en esto sí estaría autorizado incidir en la base "cognoscitiva" de los sujetos, equilibrando, con el "dolor penal", el daño producido por el autor de modo imputable en tal base cognoscitiva(64).

Por último, JAKOBS otorga una importancia decisiva a la "dominación del sistema económico" y a la "internacionalización de las instituciones", las cuales exigirían al Derecho penal "conocimiento aprovechable", o sea "efectividad" (en el sentido de dar seguridad a los bienes o mantenerlos) al Derecho penal(65). Precisamente esta "efectividad" necesaria e inevitable llevaría a la creación (propuesta por él) de un nuevo ordenamiento jurídico-penal que prevea, junto a un "Derecho penal del ciudadano" un "Derecho penal del enemigo"(66). Aquí es innegable la preponderancia que adquiere una "efectividad" con contenido económico a costa de la subordinación de los principios protectores del individuo; la preponderancia de la "efectividad" también es exigida por los partidarios del Derecho penal económico (y criticados por ello) bajo el postulado de la "eficiencia económica".

5.3. ¿Derecho penal económico como Derecho penal del enemigo?

El ulterior desarrollo de la distinción entre "individuo" y "persona" que hace JAKOBS para fundamentar un *Derecho penal del enemigo* ha recibido las más duras críticas(67). Inicialmente JAKOBS no empleaba una posición tan radical, aunque el contenido de esta idea ya estaba presente en su manual y en contribuciones anteriores a la hora de tratar los "delitos de peligro abstracto" y otros casos de punibilidad adelantada(68).

---

(64) JAKOBS, "Acerca de la normativización...", p. 55 y s., 71; "Strafrecht A. T.", p. 13.

(65) JAKOBS, "Das Selbstverständnis...", p. 49.

(66) JAKOBS, "Das Selbstverständnis...", p. 53 y s. De manera particularmente clara y rotunda afirma JAKOBS (traducción libre) su entendimiento de la situación actual, de la influencia de la economía y del papel modesto que le quedaría a la ciencia penal en este proceso. Si la ciencia penal –dice él– no quisiera reconocer un "Derecho penal del enemigo", "... debido a su inefectividad, se verá marginalizada por la sociedad dominada económicamente. Si ella quiere tratar por igual todo lo que circula bajo el nombre de 'Derecho penal', está capitulando con su capacidad de distinción frente a la política, o sea se abandona a sí misma. Luego, a la ciencia penal –que no puede determinar la meta del viaje de la sociedad– le queda la tarea de, por lo menos, poner nombre a las direcciones que se están siguiendo"; ver ibídem, p. 54.

(67) Ver, en especial, SCHÜNEMANN, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", p. 211 y ss.; SCHULZ, p. 655, 659 y ss.; GRACIA MARTÍN, p. 120 y ss.

(68) JAKOBS, "Strafrecht A. T.", cap. 2, n. marg. 25a y ss., p. 46 y ss.; y también en "Bases para una teoría funcional...", p. 209 y ss. (que, recoge su artículo "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", publicado en la revista ZStW 97, 1985, p. 751 y ss.).

En sus primeras menciones al "enemigo"[69], afirmaba que un "Derecho penal del enemigo" solamente debería tener legitimidad en un "Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente", y que ello sería, más bien, signo de una falta de "fortaleza del Estado de libertades"[70]. Entonces, el término "Derecho penal del enemigo" era usado para criticar precisamente a la doctrina tradicional y a la legislación penal basada en aquella, que, mediante algunas figuras dogmáticas tratarían al "ciudadano" como un "enemigo". P. ej., la teoría de "bienes jurídicos" tendría la consecuencia de tratar al "autor" como "enemigo del bien jurídico", como fuente de peligro; y en los tipos penales de "falsificación documental" y "producción, adquisición o entrega a otro de sustancias radioactivas" se llegaría a "desprivatizar" las conductas para poder acceder a otro aspecto interno, el de los "planes del sujeto", tratándolo así como "enemigo"[71]. De esta manera, el Derecho penal se adelantaría para proteger mejor bienes jurídicos, pero penetraría ilegítimamente en el "ámbito interno" de las personas. Por ello precisa JAKOBS: "... el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad"[72].

En la "Jornada Berlinesa" de 1999, JAKOBS[73] retomó y radicalizó esta idea en el sentido de que una "sociedad consciente de los riesgos", en la situación actual, en la que el "dominio del sistema económico" y la "globalización" exigen a la ciencia penal una "efectividad" en la protección de bienes, no tendría otra alternativa que construir un "Derecho penal del enemigo", unas "reglas" especiales –distintas de las del Derecho penal del ciudadano– dirigidas a las "no personas" o sea a aquellas que se hayan apartado permanentemente del Derecho.

La situación de emergencia actual estaría además condicionada y tendería a incrementarse por la disminución de fuerza vinculante de la sociedad, derivada de la desintegración de la familia y el "multiculturismo" desintegrador; una sociedad tendrá "enemigos" que circularán abiertamente como tales o "con piel de cordero"[74]. Estas "no-personas" (a diferencia de las "personas",

---

[69] Ver "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", ZStW 97 (1985), p. 751 y ss. El texto ha sido traducido al español y publicado, en el Perú, en "Bases para una teoría funcional...", p. 209 y s. En el párrafo que sigue, las referencias se refieren a la versión española.

[70] En "Bases para una teoría funcional...", p. 247, 246, respectivamente.

[71] En "Bases para una teoría funcional...", p. 211, 233, respectivamente.

[72] En "Bases para una teoría funcional...", p. 215.

[73] JAKOBS, "Das Selbstverständnis...", p. 47 y ss.

[74] JAKOBS, "Das Selbstverständnis...", p. 52 y s.

que son capaces de "comunicación normativa" y, con sus hechos ilícitos solamente podrían "irritar" internamente la sociedad) equivalen a un "entorno perturbador" (störende Umwelt) y, como no ofrecen la garantía mínima de "cognitividad" para poder ser tratadas como "personas", deben ser excluidas mediante reglas especiales previstas como una "segunda vía" si se quiere salvar el "Derecho penal de los ciudadanos". La "pena" tiene y tendrá, entonces, una diferente función preventiva según el destinatario de la norma que se trate. Si se tratare de "personas" (participantes de la comunicación), a ellas se dirigirá la "función abierta", "confirmadora" de las normas, a las cuales se les ejecutará de todos modos la pena para "objetivizar" duraderamente "la declaración de culpabilidad"; si se tratare de "no-personas" (enemigos), o sea sujetos que solamente actúan siguiendo el modelo de satisfacción/insatisfacción (el homo phaenomenon de Kant), la pena tendrá solamente "funciones latentes", pues de ellas se quiere que aprendan "fidelidad jurídica" o "intimidación"(75).

El "Derecho penal del enemigo" equivaldría, entonces, a una "guerra", aunque relativizada por la peligrosidad que se atribuya al enemigo ("lo que se tema del enemigo"). Por eso, afirma JAKOBS, que "constituye la tarea apenas comenzada de la ciencia, el identificar las reglas del Derecho penal del enemigo y, aislarlas del Derecho penal del ciudadano, a fin de poder persistir con más énfasis en este último en el tratamiento del delincuente como persona del Derecho"(76).

En concreto, JAKOBS identifica "enemigos" en las siguientes áreas: según su actitud, en los delitos sexuales y, en supuestos de criminales habituales; según su ocupación, los delincuentes económicos y los de la criminalidad organizada; según su vinculación con una organización, terrorismo, criminalidad organizada, tráfico de drogas, complot para asesinar(77). Para estos casos, el "Derecho penal del enemigo" tendría que prever una amplia anticipación de la punibilidad (delitos de peligro); una pena reducida aunque sin relación de correspondencia con la medida de la anticipación producida; una legislación penal de "lucha"; y la reducción de garantías procesales.

Debido a este cambio radical en el entendimiento del concepto "enemigo", SCHULZ ha afirmado que, con ello, Jakobs ha pasado de una categoría analítica en el sentido de un "así no es" a una categoría de "así quizás sí" o de un "así necesariamente sí"(78).

---

(75) JAKOBS, "Das Selbstverständnis...", p. 50.

(76) JAKOBS (traducción libre), "Das Selbstverständnis...", p. 53.

(77) JAKOBS, "Das Selbstverständnis...", p. 52.

(78) SCHULZ, p. 659.

El rechazo de la doctrina alemana ha venido condicionado, al principio, por los términos utilizados por Jakobs, pues recuerdan a los empleados durante el régimen nazi-fascista: "enemigo", "no persona", así como por la afirmación categórica de que no habría "otra alternativa" que recurrir a tal "Derecho penal del enemigo"(79). Pero no solamente la terminología merece un rechazo inmediato, sino también las bases en las que se asienta, así como las consecuencias a las que tiende el reconocimiento de un "Derecho penal del enemigo". Para un Derecho penal de herencia liberal, todo delincuente, por el hecho de que haya cometido un delito cualquiera no deja de ser "persona" en el sentido de sujeto portador de todos los derechos. En el caso de conductas que, debido a la complejidad de la vida moderna, sean especialmente peligrosas, de difícil persecución y de difícil probanza (p. ej. la "criminalidad organizada"), el Derecho penal y el Derecho procesal penal deberían, ciertamente, reaccionar de forma "eficiente", pero esto implica solamente un "problema de regulación" ante una "modernización de la sociedad" y una correspondiente "modernización de la criminalidad"(80). Además, existe una contradicción notable en la propuesta de JAKOBS: si la "persona" es definida por las reglas de imputación del Derecho penal, ¿quién va a definir, si no es el propio Derecho penal, al "enemigo"?(81). Es por eso que, incluso desde el mismo funcionalismo sistémico es posible vislumbrar aquí una grave incongruencia: un "Derecho penal del enemigo" que, por definición propia, no esté dirigido a las "personas" y, por tanto, no tienda a la "estabilización de normas", sino a "demonizar" grupos de infractores, deja de ser un "Derecho penal del hecho" y equivale a un "Derecho penal del autor"(82). Incluso si solamente se tratara de una "metáfora" para englobar una serie de complejos problemas actuales que requieran una difícil ponderación y el establecimiento de reglas efectivas, es evidente que tal teoría supondría un peligro de "liberación de legitimidad" a la intervención penal en estos casos(83). JAKOBS es consecuente con sus postulados previos, pero demuestra aquí cómo, bajo su desapego (o rechazo) de criterios legitimadores de un ordenamiento jurídico, su "empirismo" lo lleva a absolutizar cualquier ordenamiento normativo(84).

---

(79) Observación crítica de SCHÜNEMANN a las primeras discusiones de penalistas alemanas contra esta propuesta de Jakobs, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", p. 211.

(80) SCHÜNEMANN, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", p. 211 y s.

(81) Cfr. SCHÜNEMANN, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", p. 212.

(82) CANCIO MELIÁ en Jakobs/Cancio Meliá (p. 93 y ss.), quien al mismo tiempo afirma que la regulación española actual sobre "terrorismo" también constituiría un Derecho penal del autor (p. 101 y s.).

(83) SCHÜNEMANN, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", p. 212.

(84) SCHULZ, p. 663.

6. Resumen

El "funcionalismo sistémico" defendido por JAKOBS, aunque implique una novedosa aplicación del análisis sociológico al Derecho penal, conlleva una serie de peligros para el Estado de Derecho cuando busca sustituir la "racionalidad valorativa" por una mera "racionalidad instrumental". La potencialidad de autoritarismo se manifiesta ya, en lo teórico, en la renuncia al principio de "protección de bienes jurídicos", pero adquiere materialidad, en lo práctico, cuando se quiere legitimar un "Derecho penal del enemigo".

Por lo demás, lo que ahora se quiere presentar, acompañado de una fundamentación dogmática impresionante aunque discutible, ya ha sido conocido en nuestro medio durante la época de la "legislación penal de emergencia". Los resultados de esta legislación, dada por gobiernos autoritarios o pseudo-democráticos y consideradas por ellos como "indispensable", han llevado a un resultado conocido por todos nosotros: la contribución a una espiral de la violencia, condenas injustas o desproporcionadas, y el aislamiento de nuestro país de la comunidad internacional. Precisamente contra ello el Derecho penal de corte garantista ha tratado siempre de luchar denunciando el abuso de la ley penal que, con el ropaje de legalidad, solamente quiere conseguir efectos simbólicos. El hecho de que hayan existido y existan aún elementos de un "Derecho penal autoritario" que puede etiquetarse como "Derecho penal del enemigo" en nuestra legislación penal no hace que este sea ni bueno ni deseable; también con los medios del Derecho penal garantista es posible y preferible luchar contra la delincuencia. Esto no solamente es una cuestión de principio, sino también de efectividad: frente a un "Guantánamo" norteamericano, la justicia española ha dado muestras de igual o mayor efectividad sin salirse de un marco legal respetuoso de los principios constitucionales.

Más allá de este rechazo de principio a la aplicación del funcionalismo radical, deben rescatarse, sin embargo, los aportes críticos que ha realizado (y sigue realizando) en la discusión sobre cuestiones particulares en las categorías del Derecho penal, así como la posibilidad de que sus herramientas sirvan, conjuntamente con otros métodos de acceso al conocimiento, para la explicación de problemas particulares del "Derecho penal económico".

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: "Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas", Lima, 1997; "Derecho de la Libre Competencia", Lima, 1997; "Derecho penal y libre competencia", en: De la Cuesta A./ Terradillos B./ Abanto V./ Martínez-Buján/ Ruiz R., "Derecho penal económico", Mendoza (Argentina), 2003, p. 79 y ss.; "¿Normativismo radical o normativismo moderado?", conferencia dictada en el VI Curso internacional de Derecho penal: "Derecho

penal funcionalista y política criminal de bienes jurídicos" del 04 al 06 de noviembre de 2004 en la Universidad de Lima, de próxima publicación. Se publicó en la Revista Peruana de Jurisprudencia y Doctrina Peruanas, N° 5 (2004), p. 17-82; en esta compilación, p. 209-268.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes: "Sociedad tecnológica y globalización del Derecho penal", en: De la Cuesta Aguado/ Terradillos B./ Abanto V./ Martínez-Buján/ Ruiz Rodríguez, "Derecho penal económico", p. 21 y ss.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael: "Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre las ciencias sociales y el Derecho penal", Actualidad Penal, 2001, España, p. 229 y ss.

GARCÍA CAVERO, Percy: "Derecho penal económico. Parte general", Lima, 2003.

GRACIA MARTÍN, Luis: "Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia", Valencia, 2003.

JAKOBS, Günther: "Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal", Madrid, 2003; "Das Selbsverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)", en: Eser/Hassemer/Burkhardt, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick", Múnich, 2000; "Bases para una teoría funcional del Derecho penal", Lima, 2000; "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken", ZStW 107 (1995), p. 843 y ss.;"Strafrecht. Allgemeiner Teil", Berlín, 1993.

JAKOBS, Günther/ CANCIO MELIÁ, Manuel: "Derecho penal del enemigo", Madrid, 2003.

KARGL, Walter, "Das Recht der Gesellschaft oder das Recht der Subjekte?", Goltdammer's Archiv 1999, p. 53 y ss.

LAMPE, Erns-Joachim: "Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts", L. H. a Hans Joachim Hirsch, Berlín, 1999, p. 83 y ss.

LÜDERSSEN, Klaus: "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzinpiendenken", ZStW 107 (1995), p. 877 y ss.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: "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 jurídicos-penales", en: Mir Puig/ Corcoy Bidasolo (directores), Barcelona, 2004, p. 91 y ss.

MIR PUIG, Santiago: "Valoraciones, normas y antijuricidad penal", en: Libro-Homenaje a José Cerezo Mir, ed. Technos, 2003, p. 73 y ss.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: "La influencia de las Ciencias sociales en el Derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales", en: Arroyo Z., Luis/ Neumann, Ulfrid/ Nieto M., Adán, "Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo", Cuenca 2003, p. 99 y ss.

ROXIN, Claus: "Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?" (¿Protección de bienes jurídicos como tarea del Derecho penal?), manuscrito original de la primera conferencia dictada en el VI Curso internacional de Derecho penal (Lima, 04-06 de noviembre 2004) de próxima publicación; "Problemas actuales de dogmática penal", traducción por Manuel Abanto V., Lima 2004; "Strafrecht. Allgemeiner Teil" tomo I, Múnich, 1997.

SCHMIDTCHEN, Dieter: "Prävention und Menschenwürde", en: Libro-Homenaje a Ernst-Joachim Lampe, Berlín, 2003, p. 245 y ss.

SCHULZ, Lorenz: "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum 'Feindstrafrecht'", ZStW 112 (2000), p. 653 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd: "Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende", GA 2001, p. 205 y ss.; "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal", en: Universidad Nacional de Educación a distancia (comp.), "Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología", Madrid 2001, p. 643 y ss.

SERRANO-PIEDECASAS, José R.: "La teoría del delito como un sistema ordenado de conocimientos", en: Quintero Olivares/ Morales Prats (coords.), "El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor J. M. Valle Muñiz", Pamplona, 2001, p. 747 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús: "Die Expansion des Strafrechts", Fráncfort del Meno, 2003 (en español: "La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales", Madrid, 1999; 2da. ed., 2001); "Aproximación al Derecho penal contemporáneo", Barcelona, 1992.

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: "Wirtschaftsstrafrecht. Allgemeiner Teil", Colonia, 2004.

ZIESCHANG, Frank (informante): Informe de la Jornada de penalistas germanoparlantes (Rostock, 25-28 de mayo de 1995): "Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1995 in Rostock", ZStW 107 (1995), p. 907 y ss.

¿Normativismo radical o normativismo moderado?(*)

1. El "funcionalismo" en Alemania

En el medio hispanoparlante se ha seguido con mucho interés la pugna de dos concepciones del Derecho penal que han recibido el apelativo de "funcionalistas" y "normativistas". A la concepción propugnada por ROXIN, conocida también como "funcionalismo moderado", se le suele oponer la de Günter JAKOBS, conocida como "funcionalismo radical"(1). Al utilizar tal terminología, da la impresión de que ambas teorías estarían fuertemente emparentadas. Pero ello no es así; es más, las diferencias son notables.

Para observar mejor estas diferencias y comprender las consecuencias a las cuales arriban ambos planteamientos, conviene exponer sus principales postulados. Esto se emprenderá a continuación, aunque, por cierto, de manera abreviada.

2. La síntesis de Roxin o "normativismo moderado"

Como la propuesta de Claus ROXIN es, en la actualidad, ampliamente conocida, la exposición puede limitarse a la medida de lo necesario para la confrontación con las tesis del llamado "funcionalismo radical".

2.1. Propuesta metodológica

Claus ROXIN(2) parte de la concepción de von Liszt, pero la trata de superar propugnando la penetración de la política criminal en el derecho penal.

(*) Artículo basado en la conferencia dictada en el marco del "VI Curso Internacional de Derecho Penal" el 05 de noviembre en la Universidad de Lima. Publicado en la "Revista Penal" (España), N° 16 (junio 2005), p. 3-35, en la "Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales", N° 5 (2004), p. 17-82., y en la "Revista de Derecho Penal", 2006-1, Buenos Aires, p. 441-511.

(1) Véase una confrontación de ambas posturas en SILVA SÁNCHEZ, "Aproximación...", p. 68 y ss.

(2) Una primera versión de sus tesis se publicó en Alemania en el compendio "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem", 1973 (publicado en español, en su segunda edición, en el año 2000) y en "Strafrechtliche

Es decir, en principio mantiene el sistema tripartito en la teoría del delito (división entre tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) por considerarlo un logro de la dogmática penal[3]. Pero a partir de aquí hace una revisión completa de la estructura del delito, incluyendo criterios de política criminal en todas las categorías. Según él, la dogmática penal debe cumplir con una doble finalidad: *seguridad y fiabilidad en la aplicación del Derecho penal y reducción de la intervención penal hasta los límites estrictamente necesarios por fines de prevención.*

Para ROXIN, las referencias ontológicas son tomadas en cuenta dentro del contexto normativo dado por la ley penal (p. ej. la causalidad en la "acción"), pero esta vinculación con lo ontológico sería relativa, pues no se traduciría automáticamente en un "deber ser" propio de lo jurídico; esto lo determinará el legislador en función de las propias necesidades del Derecho. Es por eso que en el Derecho un concepto que, en principio, significa lo mismo que en el mundo real podría tener una ampliación conceptual. P. ej. "arma" no es solamente un cuchillo o un revólver, sino cualquier otro objeto o animal cuando es usado como tal; "funcionario público" para el DP no solamente es quien está dentro de la carrera administrativa, etc.

La tarea del Derecho penal sería la *protección de bienes jurídicos*. Este principio sería irrenunciable para limitar el poder estatal interventor. En contra de las críticas "finalistas" (p. ej. provenientes, sobre todo, de Hirsch y Stratenwerth) y del "funcionalismo sistémico" (Jakobs), que relativizan o niegan la importancia del concepto "bien jurídico", ROXIN afirma la necesidad de una "teoría personal" del bien jurídico[4]. Si se parte de un Estado social y democrático de Derecho, en el sentido liberal de la ilustración, al Derecho penal solamente le podría corresponder garantizar, subsidiariamente, una coexistencia pacífica, libre y socialmente asegurada a los ciudadanos mediante la protección de ciertas circunstancias (Gegebenheiten) y objetivos (Zwecksetzungen). Por cierto que los bienes jurídicos no serían simples "portadores ideales de significado", sino "circunstancias reales", lo cual no quiere decir que tengan que ser objetos corporales, sino solamente "partes de la realidad empírica". De esta manera se admiten, dentro del concepto "bien jurídico", tanto bienes

---

Grundlagenprobleme", 1973 (publicado en español bajo el nombre "Problemas básicos del Derecho penal" en 1976). Ya antes habían aparecido varios artículos suyos ; el más famoso es el que contiene su crítica a la teoría final de la acción: "Zur Kritik der finalen Handlungslehre", ZStW, tomo 74, p. 515-561. Entre las recientes exposiciones de sus tesis, pueden consultarse: "Strafrecht A. T.", 145 y ss., 174 y ss.; y "Problemas actuales...", p. 19 y ss., 49 y ss., así como los manuscritos de las conferencias dictadas en Bogotá y en Lima, en octubre y noviembre de 2004 respectivamente: "Protección de bienes jurídicos como tarea..." y "Protección de bienes jurídicos y libertad individual...", ambos incluidos en la presente publicación (las citas de las páginas se refieren al texto manuscrito en su versión alemana).

(3) ROXIN, "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem", p. 6 y s.

(4) ROXIN, "Rechtsgüterschutz als Aufgabe...", p. 3 y ss., 7 y s. Respondiendo a las críticas, ibídem, p. 16 y ss.

individuales como también bienes de la generalidad, pero, estos últimos, solo en la medida en que sirvan al ciudadano en particular[5]. Por último, el "bien jurídico" conservaría un "carácter crítico" frente al legislador, mostrándole los límites de su poder punitivo.

ROXIN admite que la concreción del concepto "bien jurídico" constituye una tarea ardua, pero afirma que ello no sería imposible. Siguiendo un procedimiento de exclusión[6], se podría decir cuándo no existiría un "bien jurídico" tutelable penalmente. Eso ocurriría, p. ej., en caso de normas motivadas solamente por una ideología (p. ej. las expresiones críticas al régimen político); cuando la norma solamente describa el objetivo de la ley (mantener a la sociedad libre de drogas, excluir consideraciones comerciales de la donación de órganos, etc.); cuando se trate de simples atentados morales (la práctica homosexual libre entre adultos, el bestialismo, etc.); ante leyes exclusivamente simbólicas, o sea las que no son necesarias para la convivencia pacífica, pero siguen fines extrapenales; en caso de bienes extremadamente abstractos (p. ej. la perturbación de la paz pública), etc.

2.2. Consecuencias en la dogmática penal

Al "abrir" la dogmática penal a finalidades de política criminal se obtendrían soluciones a una serie de entrampamientos en los que había caído la doctrina con las tesis causalistas y finalistas; además, se conseguiría una explicación plausible a las soluciones en forma de "parches" que se habían dado anteriormente.

1) La *tipicidad* tendría la función de cumplir con el principio "nullum crimen sine lege", y ello tanto en el sentido de proteger al delincuente de la arbitrariedad como a las potenciales víctimas de los delitos[7]. Y para ello se parte de la base legal (el tenor) para entender luego, empleando criterios de "imputación objetiva", cuáles de todas las conductas que podrían ajustarse al tenor literal realmente implican un "riesgo" para el bien jurídico.

   También la *autoría y la participación* serían accesibles al análisis político-criminal. Pues solamente puede cumplir con el principio de legalidad, la interpretación en el sentido de la existencia de "delitos de dominio" (donde regiría la teoría del "dominio del hecho") y "delitos de infracción del deber" (donde no interesaría el dominio del hecho).

---

(5) ROXIN, "Rechtsgüterschutz als Aufgabe...", p. 7 y s.

(6) Ver la exposición más amplia de esto en ROXIN, "Rechtsgüterschutz als Aufgabe...", p. 9 y ss., 14; "Problemas actuales...", p. 25 y ss.

(7) ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, cap. 7, n. marg. 55.

2) La *antijuricidad* tendría la función de regular en la disputa entre intereses y contraintereses. En esta "ponderación de intereses", habrá intereses que socialmente tengan preponderancia frente a otros. Por eso, p. ej., en el estado de necesidad justificante, la preservación de un interés podrá ser "justificado" frente al sacrificio de otro interés de menor jerarquía.

3) En la *culpabilidad* –según Roxin, "responsabilidad penal"– se trataría de decidir, sobre la base de la imputabilidad (la "culpabilidad" en sentido escrito) cuándo, bajo circunstancias referidas a la persona o a la situación, existirían supuestos que lleven a una falta de "necesidad de pena". En primer lugar, no interesaría probar, en la culpabilidad, la realidad empírica de la libre voluntad (ello sería imposible en la práctica), sino –dejando esta discusión para la filosofía o la teología– solamente la "asequibilidad normativa" de la persona, es decir, si podía determinarse por motivos[8]. Pero sobre esta "culpabilidad", como base ontológica, como condición de la pena, jugarían un papel importante una serie de criterios basados en la "prevención especial"[9]. No es que la "culpabilidad" por sí sola atraiga hacia sí una pena de manera automática; esto sería aplicar "retribución" cuando lo que interesa es, funcionalmente, asegurar una pacífica vida común y una base segura para la existencia de los ciudadanos. Por ello, si lo que interesa es prevenir conductas insoportables socialmente (delitos), la culpabilidad no siempre deberá acarrear la imposición de una pena, sino solamente servir de "medida": la culpabilidad es requisito necesario de una pena, pero no exige que esta sea impuesta y, además, la pena que sí se imponga puede quedar por debajo de dicha medida o ser reemplazada por otras sanciones cuando lo exijan o permitan razones preventivas (generales y/o especiales)[10].

2.3. Teoría de la pena

Fiel a su perspectiva político-criminal, ROXIN sigue una *teoría unificadora* de la pena, según la cual la pena cumpliría "funciones" específicas, aparte de las que pueda tener desde perspectivas extrapenales. Y estas funciones se darían de manera diferenciada según las distintas etapas que van desde la conminación penal hasta la ejecución misma de la pena[11]:

1) Al momento de vincular una conducta determinada con una sanción penal, esta *amenaza de pena* tendría una *función preventivo-general* con el objetivo de tutelar bienes jurídicos.

---

[8] ROXIN, "Dogmática penal...", p. 175.

[9] ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, cap. 19, n. marg. 9; ver también "Dogmática penal...", p. 174 y ss.

[10] ROXIN "Dogmática penal...", p. 176 y s.

[11] Cfr. ROXIN en "Problemas básicos", p. 11 y ss., y "Dogmática penal", p. 32 y ss., 174 y ss.

2) En la fase de la *imposición y medición de la pena*, también tendría cabida la *prevención general*, pues la sanción penal que se busca imponer no implicaría primariamente un beneficio para el delincuente, sino para la sociedad, en cuanto busca el mantenimiento de la paz social. Pero también tiene espacio la *proporcionalidad* (elemento de la "retribución") en cuanto la culpabilidad del autor deba servir de medida para el límite máximo de la pena que se vaya a imponer, aunque el legislador pueda prever casos en los cuales, por razones de *prevención especial* (posibles efectos negativos de la pena para la resocialización), la pena efectiva pueda quedar incluso por debajo de la culpabilidad.

3) Por último, durante la *ejecución de la pena*, solamente se justificaría la "prevención especial" en el sentido de *resocialización*, pero enmarcada dentro del marco previo de protección de bienes jurídicos y de respeto al principio de culpabilidad. La "culpabilidad" funcionaría aquí como medida de la pena, es decir, como limitación de la duración de la "pena preventiva"[12]. En algunos casos, no siempre la pena podrá ni deberá tender a la resocialización; cuando esta no sea necesaria, el juez podrá imponer la pena por motivos *preventivo-generales*; y cuando no sea necesario ni lo uno ni lo otro, incluso podrá exonerar de pena.

2.4. Crítica a ROXIN

El sistema "teleológico-funcionalista" de Roxin ha recibido críticas de muchos sectores doctrinales[13]. Sobre todo se le reprocha la *pérdida de cientificidad* debido a que propugna un sistema abierto. Con esto, constituiría una fuente de inseguridades y propiciaría la arbitrariedad. Además, como las finalidades de política criminal son diferentes según las sociedades, se tendería así a un *nacionalismo jurídico*. También se critica que la introducción de estas finalidades llevaría a la *confusión de las categorías* y, en última instancia, a *meras imputaciones* como las que se dieron en las etapas más antiguas del Derecho penal.

En defensa de las tesis de ROXIN se puede decir que, desde que se concibe el Derecho penal como sistema abierto a consideraciones de política criminal, se deben reelaborar los conceptos con profundidad. Pero aunque ello no deje de parecer arbitrario en el momento de transición en el cual vivimos, no tiene por qué llegar a un resultado arbitrario. Es más, no es nada arbitrario hacer perder su "neutralidad" al Derecho penal y ponerlo al servicio de la so-

---

(12) ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo 1, cap. 3, n. marg. 8.

(13) Ver la recepción y respuesta a las críticas más generales en ROXIN, "Problemas actuales...", p. 58 y ss.

ciedad y del individuo mediante su limitación con base en garantías de política criminal; lo arbitrario sería no hacerlo.

LAMPE critica la "exclusividad" y "preeminencia" de las finalidades político-criminales que Roxin sostiene. Según aquel, estas finalidades solamente podrían "completar" un esquema sistemático basado primordialmente en una ontología social y personal, y fundado científicamente en las funciones que la "pena" tenga en la vida social(14). La preeminencia de la "función preventiva" podría fundamentar una utilidad racional desde los fines perseguidos, pero no la defensa de la pena desde la racionalidad valorativa y por ello no podría –en contra de lo que afirma Roxin– imponerse en la sociedad(15). Y tampoco encuentra explicación de por qué el "principio de culpabilidad" debería tener una función limitadora de la pena(16). La alternativa que él ofrece es, sin embargo, poco convincente: no otorgar preeminencia a ninguna de las funciones y dejar al legislador y al juez que ponderen y combinen todas ellas para obtener un resultado óptimo(17). En contra de lo que asegura LAMPE(18), su propuesta llevaría a un vaivén inseguro entre los distintos fines de la pena en el cual no puede bastar un "método unificador" para dar seguridad si previamente se concede tanta libertad a los operadores del Derecho(19).

LAMPE critica también el empleo que hace Roxin de la categoría "responsabilidad penal", pues ello sería "inconsecuente" e "innecesario": "inconsecuente" porque no aplicaría el análisis funcional a la culpabilidad misma; "innecesario" porque la culpabilidad sí podría entenderse funcionalmente como consecuencia de un delito (y dentro de esto el deber de prevenir y el deber de soportar la pena) y no solamente como "causa" de este(20). Sin embargo, la primera crítica no es correcta y la segunda es discutible. No es cierto que Roxin

---

(14) LAMPE, "Zur funktionalen Begründung...", p. 47, 51.

(15) Siguiendo en esto a Schünemann, ver LAMPE, "Zur funktionalen Begründung...", p. 51.

(16) Pues no podría fundamentarse en un "carácter liberal" (ello es propio de todo aquello que limite la pena) ni tampoco en el "merecimiento de pena" (de esto también se derivaría la prevención). Ver LAMPE, "Zur funktionalen Begründung...", p. 52 y s. Independientemente de que lo primero sea cierto o siquiera necesario que se discuta, la última crítica se dirige a lo esencial, y allí Lampe no acierta, pues la "prevención" no se deriva del "merecimiento de pena", sino de la "necesidad" de pena.

(17) LAMPE, "Zur funktionalen Begründung...", p. 52 y s.

(18) LAMPE, "Zur funktionalen Begründung...", p. 52. Más adelante, el autor aclara su "método interpretativo según las consecuencias" de la siguiente manera: el juez estaría obligado a interpretar "restrictivamente" el tipo cuando le parezcan inapropiadas las implicancias político-criminales de las consecuencias jurídicas del tipo penal para el ámbito marginal comprendido por el tenor legal; y sería obligatoria una interpretación "extensiva" hasta los límites de la analogía cuando los objetivos político-criminales del legislador lo exijan. Ver ibídem, p. 54.

(19) ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, cap. 3, n. marg. 35 y ss.

(20) LAMPE, "Zur funktionalen Begründung...", p. 49 y s.

sea inconsecuente al hablar de "responsabilidad penal", sino lo contrario: ante la tradición de identificar el núcleo ontológico de la categoría (imputabilidad) con la "culpabilidad", él prefiere (funcionalmente) emplear otro término (responsabilidad penal) que abarque tanto lo ontológico (la culpabilidad como se entendía tradicionalmente) como lo funcional (elementos que, pese a la culpabilidad, excluyen la pena por razones preventivas). Por cierto que, como dice el mismo Roxin, el uso terminológico es electivo; también se puede permanecer con el término "culpabilidad", siempre que se entienda que contiene tanto un núcleo ontológico como, sobre esta base, elementos funcionales. La discusión que inicia Lampe, es pues, meramente terminológica.

En todo caso podría criticarse que Roxin no haya incluido la perspectiva de la víctima en su concepto de "responsabilidad penal". Ciertamente debe tomarse como base lo ontológico, la culpabilidad, pero no se entiende por qué solamente se deba tomar, a partir de allí, solo la "prevención" para decidirse por la imposición de la pena o reemplazarla por otras medidas.

STRATENWERTH dirige su crítica, en general a todo "funcionalismo" que recurra a "funciones preventivas" para fundamentar la pena[21]. Según él, todo tipo de "prevención" no puede ser confrontada con resultados empíricos, porque nuestro conocimiento sobre los efectos de la pena serían muy limitados y ello no permitiría deducciones serias; todo lo que se diga al respecto no pasaría de ser una mera afirmación. Pero esta crítica desatiende la diferencia entre los planos del "ser" y del "deber ser", pues el Estado, en su libertad de configuración, sí puede legítimamente otorgar funciones normativas a la pena aspirando a que estas se cumplan, haciéndose por lo demás controlable en la medida en que cumpla estas aspiraciones[22]; otra cosa sería que, con la pena, ni siquiera se busque una finalidad social. Por lo demás, en el Derecho penal existen otros ámbitos donde se ha impuesto desde hace tiempo y de manera indiscutible una solución "funcionalista" en el sentido propugnado por ROXIN; p. ej. en la "amnistía, el "indulto" o en la aplicación del "principio de oportunidad"[23].

Desde el "funcionalismo sistémico" también se puede criticar a ROXIN y, en general a la dogmática penal tradicional, por encontrar dificultades a la hora de fundamentar la punibilidad de una serie de conductas propias de un mundo moderno, altamente anónimo y tecnologizado. En especial resulta patente esto en el campo de los llamados "delitos económicos", donde, p. ej. se plantea

---

[21] STRATENWERTH, "Was leistet die Lehre...", p. 9 y ss.

[22] Ver la contracrítica de LAMPE (que en otros aspectos critica, sin embargo, a Roxin y a Jakobs), p. 53 y ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, cap. 7, n. marg. 24, nota 31.

[23] LAMPE, "Zur funktionalen Begründung...", p. 53 y s.

la cuestión de la "responsabilidad penal de personas jurídicas", así como la fundamentación dogmático-penal de la punibilidad de figuras como la "contaminación ambiental", el "abuso de posición dominante en el mercado", etc. La respuesta a este desafío del mundo moderno ha sido muy variada y va desde el rechazo de carácter penal de estas nuevas figuras (solamente constituirían un ilícito administrativo) hasta su plena punibilidad dentro del Derecho penal, sea con el instrumental disponible, sea mediante un sistema de Derecho penal dual o de "dos velocidades", e incluso la creación de un nuevo Derecho empresarial con principios propios. En todo caso, ROXIN sigue apostando por una simple reformulación de la "teoría de los bienes jurídicos" para abarcar, dentro del Derecho penal, estos nuevos desafíos[24]. Esta es una opción como las demás y tiene que ser confrontada con los desarrollos futuros en la sociedad y el Derecho.

En resumen, salvo la crítica dirigida por el "finalismo", como extremo ontologicista[25], por un lado, y el "funcionalismo radical", como extremo normativista, por el otro, el resto de la doctrina penal no suele criticar tanto el método elegido por Roxin como más bien los detalles y soluciones individuales a distintos problemas de dogmática-penal. Ello se explica por el hecho de que, en lo metódico, ROXIN respeta la distinción entre "ser" y "deber ser", o sea, sin abandonar la realidad social, otorga al Derecho penal una serie de finalidades preventivas controlables y construye, sobre esa base, una teoría del delito imbuida de estas finalidades y, por lo tanto, abierta a valoraciones para la solución de casos prácticos. Para él, al igual que para la doctrina aún dominante, el "ser" no puede sustituir al "deber ser"; este último limitaría al primero mediante criterios valorativos y principios como, entre otros, el de "lesividad" (protección de bienes jurídicos) y el de las "finalidades preventivas"[26].

ROXIN mismo reconoce que la dogmática "funcional" que él defiende todavía está en vías de imponerse definitivamente en la elaboración de un sistema total plenamente trabajado. Ello se debería, en parte, a que todavía no se

---

(24) Cfr. ROXIN en "Problemas actuales de dogmática penal", p. 19 y ss., 49 y ss.

(25) La crítica del "finalismo" se dirige a toda corriente funcionalista (o sea, también a la de Jakobs) a la cual reprocha sobre todo su falta de vinculación con conceptos ontológicos que "vinculen" estrictamente al intérprete. Ver refs. en ROXIN, "Strafrecht A. T.", p. 155, nota 31; también en "Problemas actuales...", p. 59 y s. En el área hispanoparlante, ver MORENO HERNÁNDEZ, p. 594 y ss.

(26) ROXIN entiende su teoría como una continuación y reformulación de las concepciones neokantianas y neohegelianas, aparecidas entre las dos guerras mundiales, las cuales no habían sido suficientemente desarrolladas en los sistemas neoclásicos y habían sido desnaturalizadas en la época nazi. "La continuación consiste sobre todo en reemplazar la algo vaga orientación neokantiana en valores culturales por un parámetro de sistematización específicamente jurídico penal: las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena". Ver "Strafrecht. A. T.", p. 154 y ss., n. marg. 24 y ss., esp. n. marg. 25. De manera general, aporta esta fundamentación desde la perspectiva filosófica y sociológica, ALCÁCER, p. 229 y ss.

ha terminado de desarrollar el sistema final-racional, aunque también advierte que no deberían sobrevalorarse (al extremo de hablar de "escuelas rivales") las divergencias de los nuevos sistemas penales, pues todos ellos se encontrarían en una misma línea de desarrollo continuo que va desde el naturalismo hasta la época actual[27].

3. El normativismo radical de JAKOBS

3.1. Propuesta metodológica: sociedad, norma y Derecho penal

Para comenzar, JAKOBS se basa en la necesidad de entender el *Derecho como parte de un sistema social*; por tanto según él, el Derecho y el Derecho penal solo podrían ser explicados acertadamente tomando en cuenta conceptos y conocimientos provenientes de este sistema social y de la función de la normatividad jurídica (perspectiva externa), pues los conceptos exclusivamente penales (perspectiva interna) no bastarían para ello[28]. Por cierto que el Derecho penal y la sociedad estarían vinculados en una relación de interdependencia: la sociedad puede exigir al Derecho penal que asimile nuevos problemas sociales, mientras el "sistema jurídico" no alcance la complejidad adecuada (con lo que el DP quedaría ampliamente "abierto" a la creación de nuevos tipos penales), pero el Derecho penal también podría incidir en la sociedad para recordarle que deberían respetarse determinadas máximas indisponibles[29]. Y no se podría esperar más del Derecho penal; es decir, no podría constituir la base de una "revolución social", aunque, como parte de la sociedad tampoco pueda ser degradado a un "mero lacayo"[30].

Por otro lado, la "sociedad" no sería un concepto "globalizado"; se constituiría dentro de un "Estado" (que es el que administra la pena pública) como una unidad con un ordenamiento normativo, determinando quién es miembro de esta sociedad en función de una serie de criterios (en especial, ciudadanía y territorialidad)[31]. Solamente para estos "miembros" de la sociedad constituida en Estado regirían las normas que lo conforman; y ello ocurriría en la medida en que los miembros vivan de acuerdo con estas normas. La consecuencia de esto es que, si los miembros no vivieran de conformidad con ellas, no habría

---

[27] ROXIN, "Strafrecht A. T.", p. 157, n. marg. 30.

[28] Según JAKOBS, la vinculación con esta "perspectiva externa" habría ocurrido siempre en la dogmática penal, aunque de manera inconsciente y, por eso, inconsecuente, a través de la búsqueda de lo "justo"; p. ej. en la "imputación objetiva". Ver JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 22 y s., 38.

[29] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 23 y s.

[30] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 24.

[31] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 71 y s.

legitimidad para sancionarlos, así como tampoco habría legitimidad cuando determinada sociedad tratara de sancionar a miembros de otra sociedad (aunque esta sea una dictadura) sobre la base de normas propias de la primera[32].

La "sociedad" existiría cuando se llegara a garantizar un *contexto de comunicación* mediante "normas" (y no mediante "estados" o "bienes", los cuales solamente serían "reflejo de la norma"). Luego, para que la sociedad subsista, el "contexto de comunicación" debería ser mantenido igual frente a modelos divergentes[33]; esta protección del "contexto de comunicación", o sea de las normas que lo configuran, se produciría, entre otras formas, mediante el Derecho penal. La *protección de normas* no se dirigiría a todo tipo de ellas, sino solamente a aquellas que necesiten una "estabilización especial" por no estar suficientemente aseguradas por "vía cognitiva". A diferencia de estas, existen normas del mundo racional que todos "conocen" y, mayoritariamente, aceptan (p. ej. las provenientes de las ciencias naturales), y que no necesitarían "estabilización" alguna mediante protección legal, pues, en caso de no ser aceptadas, el sujeto declararía su "incompetencia" y sufriría las consecuencias "naturales" que acarrean su inobservancia (caída de una casa, falta de lluvia pese a ser invocada por un brujo, etc.). En cambio, las normas constitutivas de la sociedad, que no están dadas previamente sino son elaboradas, tendrían carácter contingente. Estas normas serían disponibles subjetivamente (para el individuo podría ser preferible infringirlas) y por ello (para evitar la disponibilidad) deben ser "estabilizadas", su vigencia debe garantizarse, a través de una sanción[34].

Las *personas* serían diferentes de los "individuos" (y de los "excluidos") en cuanto a que, a diferencia de los últimos, admitirían roles sociales; es decir, en un mundo ordenado normativamente, las "personas" tendrían deberes y derechos, reconocimiento como "ciudadanos plenos", o sea tendrían "competencia" para comunicar normativamente[35]. Entonces, según la terminología de JAKOBS, no podría ser "persona" cualquier "individuo", sino solamente quien tenga un "rol" (papel), o sea una "competencia socialmente comprensible", quien ostente "capacidad jurídica". La consecuencia de esta distinción

---

(32) JAKOBS ofrece como ejemplos: el intento de crear un Tribunal Internacional de protección de Derechos humanos en una comunidad internacional, y el juzgamiento penal, por parte de la República Federal Alemana, de violaciones a los derechos humanos cometidos en la extinta República Democrática Alemana; ver "Bases para una teoría funcional...", p. 73 y s.

(33) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 25.

(34) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 25 y s., 154 y s., respectivamente; "Der Zweck der Vergeltung...", p. 264 y s.

(35) Especialmente sobre el concepto de persona, últimamente, ver JAKOBS, "Personalität und Exclusion...", p. 448 y ss.; "Der Zweck der Vergeltung...", p. 253 y ss.; "Staatliche Strafe...", p. 40 y ss.

es decisiva para el Derecho[36]: un "individuo" no podría transmitir a otro directamente su "subjetividad", sino solamente a través de "manifestaciones", es decir, de manera "objetivada". Pero para que esta "trasmisión de subjetividad" pueda constituir una "comunicación" válida para todos los demás, debe existir antes un "patrón", o sea un "sistema vinculante" conocido por todos. Y para que este "patrón" pueda crear orden, debe basarse en "estructuras objetivas", es decir, en las que provee el Derecho. Y el Derecho se refiere a "personas" con *competencias*, o sea con un *rol* determinado.

Entonces, según JAKOBS, una vez asignados los roles existiría la *expectativa normativa* de que los sujetos (personas) cumplan con sus roles, que no los quebranten o traten de asumir otros roles que no les competen; si defraudaran esta expectativa, el Derecho debería "estabilizar el sistema" y reafirmar la vigencia de la norma, es decir, mantener la expectativa imputando el curso perturbador al responsable[37]. Así, en el Derecho penal, la "imputación objetiva" permitiría definir específicamente cuándo se ha producido una "defraudación de expectativas", o sea cuándo la persona ha quebrantado su rol[38].

Visto de otro modo, dentro de una sociedad, la *comunicación* entre sus miembros podría darse de dos formas[39]: como *comunicación instrumental* y como *comunicación personal*; solamente en este último caso se podría hablar de "personas", y solamente ellas serían destinatarias del Derecho y del Derecho penal. Esto sería así porque en la comunicación instrumental los individuos actuarían solo conforme al esquema satisfacción/insatisfacción, donde ellos se consideran a sí mismos como "centro preferencial". En cambio, en la "comunicación personal", el sujeto aceptaría "normas" para la comunicación con los otros, y por lo tanto, se concebiría a sí mismo también a través de estas normas. Luego, solamente la "comunicación personal" podría dar lugar a "expectativas normativas" que son la base del funcionamiento del sistema social. Pero esto no quiere decir que en una sociedad no puedan existir ambos tipos de comunicación; ello podría ocurrir de distintas maneras; es más, en una sociedad que exacerbara la "pluralidad" se tendería cada vez más a la

---

[36] JAKOBS, "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional", en "Bases para una teoría funcional...", p. 38 y ss.; también, haciendo un paralelo con Kant, quien habría usado una distinta terminología (distinción entre el sistema causal de la naturaleza y el sistema social del deber-ser) para expresar, en el fondo, lo mismo, en "Sobre la normativización...", p. 16 y ss.

[37] Aquí se manifiesta la diferenciación entre "normas del mundo racional" y "normas constitutivas de la sociedad" que se hizo antes; para las primeras solamente existirían "expectativas cognitivas" y habría "autoestabilización" cuando fueran quebrantadas, para las segundas habrían "expectativas normativas" inestables que necesitan ser reforzadas socialmente. Ver JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 18 y ss., 20 y s.; "Der Zweck der Vergeltung...", p. 264 y ss.

[38] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 40.

[39] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 48 y ss.

"comunicación instrumental", con lo cual nos convertiríamos cada vez más en "elementos de la naturaleza" (salvajes)[40]. Por cierto que la "persona" que haya infringido la norma cometiendo un delito, en principio, no dejaría de ser "persona" en el sentido "formal", pues el Estado, a través de la pena como reducción de libertades, no "excluiría" al delincuente, sino precisamente confirmaría este status de persona (sujeto que comunica) demostrando, eso sí, con la pena que lo que esta ha hecho no sería preponderante[41].

3.2. Consecuencias para la teoría del delito

Para el Derecho penal, JAKOBS propone lo siguiente:

a) El *concepto penal de acción* debería combinar "sociedad" y "Derecho penal" y, por lo tanto, en una sociedad moderna[42], solamente podría ser "acción" lo "socialmente inadecuado" cometido por una persona "responsable"[43]. "Acción" y "culpabilidad" estarían estrechamente ligados en una teoría funcional[44] pero, como lo que interesa es la "infracción de la norma" que se pueda "imputar" a una "persona", el "injusto" no pasaría, en realidad, de ser un "concepto auxiliar". Tendría autonomía como presupuesto "lógico" de la culpabilidad (la culpabilidad presupone la existencia de normas que deben ser conocidas antes), pero solamente expondría una parte del problema: la "lesión de la norma"[45]. Esto se demostraría ya por el hecho de que el Derecho penal no reacciona frente a todo injusto; recién con la vulneración "culpable" de la vigencia de la norma se cristalizaría la finalidad de la pena[46].

---

[40] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 49.

[41] JAKOBS, "Personalität und Exclusion...", p. 452.

[42] JAKOBS no excluye que, según el tipo de sociedad de que se trate, exista un "concepto de acción" distinto; así la acción como "responsabilidad por el destino" (nivel más amplio de la "responsabilidad objetiva") se correspondería funcionalmente (y razonablemente) con un tipo de sociedad antigua donde la imputación penal se basaría en la defraudación por la "desgracia de la existencia" del infractor (involuntario); ver JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 80 y ss. En tal medida, la existencia de un concepto jurídico-penal de "acción" dependería del estadio de desarrollo de la sociedad "y no de una pretendida configuración inmutable de la naturaleza o del ser humano"; ídem, 81.

[43] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 77 y ss., 106.

[44] "Sólo quien vulnera la norma de comportamiento siendo responsable, esto es, siendo culpable, vulnera *esta* norma, y en *esta* vulneración de la norma es en donde cristaliza la finalidad de la pena, porque es *esta* vulneración de la norma la que constituye la lesión de la vigencia de la norma" (la cursiva es del original); JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 105.

[45] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 104.

[46] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 104 y s. Es por eso que JAKOBS afirma que un "injusto sin culpabilidad" sería igual, desde la perspectiva funcional, que la "falta de injusto": en ambos casos se trataría de "naturaleza"; ver ídem, p. 104, nota 40.

b) La *imputación objetiva* vendría a ser, consecuentemente con lo anterior, la constatación de la competencia por la infracción de la norma. No sería un concepto adicional de la "acción" como lo entiende la doctrina dominante, pues la "acción", en sentido funcional, solamente podría ser entendida, desde el principio, como una "causación imputable" en el sentido de una "toma de postura relevante en el plano de la comunicación, una expresión de sentido comunicativamente relevante"(47), y la conducta imputable, correctamente entendida, solo podría ser algo "socialmente inadecuado" que, como acción en sentido funcional incluiría ya la "evitabilidad" y la "culpabilidad"(48).

Lo que se estaría discutiendo actualmente bajo el concepto de "imputación objetiva" no sería otra cosa que una "precisión de la controversia relativa al concepto de la acción"(49). El concepto tradicional que entiende la acción como un "proceso bio-psicológico" solamente describiría lo que acontece en el ámbito de la naturaleza, o sea, lo que no tendría relevancia jurídica(50). Ya concretamente, en el análisis del delito, se toma ciertamente como punto de partida a la causalidad en el sentido científico-natural dado que en el mundo moderno de libertades, tal causalidad ha obtenido una atribución de sentido por la sociedad; en tal medida, tal causalidad, como "elemento" de la imputación solamente "marca los límites máximos de una posible vinculación entre persona y efecto externo", pero todavía se necesita precisar cuándo existiría verdaderamente una "falta de fidelidad al ordenamiento jurídico en la planificación de la conducta" (o sea, una infracción del deber o, por último, de la responsabilidad), la cual se determinaría tomando una serie de criterios de "imputación objetiva"(51). JAKOBS reconoce los siguientes: superación del riesgo permitido (conducta incorrecta), actuar a propio riesgo (competencia de la víctima), prohibición de regreso (competencia de terceros)(52).

c) Con esta concepción funcional de la "acción" también perdería importancia la distinción entre *acción y omisión*, pues en ambos casos se trataría de la "atribución de un suceso" a un ser humano que "comunica" en la so-

(47) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 93.

(48) Cfr. JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 107.

(49) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional"...", p. 93.

(50) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 93.

(51) JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 33 y ss., 43 y s.

(52) JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 38 y s.

ciedad, o sea a una "persona"[53]. Desde que se entiende funcionalmente a la "persona", dentro de la sociedad, como un sujeto con "competencias" que no debe configurar la realidad en ámbitos donde otros están autorizados para hacerlo (arrogarse ámbitos de organización) ni defraudar expectativas que derivan de determinados "roles" que ellos ostentan (lesión de una institución), el elemento tradicional de la "omisión" de la "posición de garante" también existiría en la "comisión"[54]. Tanto en la "comisión" como en la "omisión" lo que interesaría sería "imputar" a "personas" que, por ser tales, serían "garantes" de que se observen determinados "deberes"; precisamente el hecho de que estos sujetos tengan a su cargo el respeto de tales deberes, determinaría su carácter de "personas"; si no, pertenecerían al ámbito de la naturaleza[55]. La única diferencia que existiría entre "comisión" y "omisión", desde la perspectiva normativa, no estaría en la conducta en sí como "defraudación de expectativas", sino en el "deber" al cual se refieren: en el caso de la "comisión" la defraudación se dirigiría a un "deber negativo" (de no arrogarse competencias ajenas); en la "omisión", a un "deber positivo" (expectativa de ayudar a otros)[56].

A partir de esta diferenciación de "deberes", JAKOBS desarrolla los grupos de casos de delitos según la "infracción de deberes". En el caso de la *infracción de deberes negativos*, donde se trataría de "no lesionar a otro", la responsabilidad penal devendría, por un "actuar", cuando mediante "movimientos corporales" se vulnere el "deber de aseguramiento en el tráfico" (el sujeto es responsable por las consecuencias de su "autoadministración"); y por un "omitir", cuando dicho "deber de asseguramiento" esté vinculado a un "ámbito de organización" (deber de no permitir un "output lesivo" de una organización; deber proveniente de la "asunción", o sea de prestar una protección "asumida" previamente; deber proveniente de la "injerencia", o sea de reponer la disminución de la protección que se ha impuesto a otro)[57]. Y en el caso de la *infracción de deberes positivos* (deberes propios de la evolución cultural de la sociedad) se trataría de conductas de no prestar "aportaciones positivas de solidaridad" cuando tal aporte era exigible a los titulares del deber; tal sería el caso de los deberes del Estado y de sus funcionarios, los deberes de los padres frente

---

(53) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 93 y ss.

(54) Reconociendo aquí un paralelo con la distinción que ROXIN hace entre "delitos de dominio" y delitos de "infracción del deber", "Bases para una teoría funcional", p. 94 y s., esp. nota 32.

(55) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 95 y s.

(56) JAKOBS, "Sobre la normativización ...", p. 29 y ss., 43, 65 y s., 101 y ss.

(57) JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 102 y ss., 133.

a sus hijos menores de edad, y otros casos de "confianza especial" ante "roles irrenunciables"[58].

Por lo demás, el portador de un "deber positivo" también puede infringirlo, más allá de una mera omisión, mediante un aporte positivo; y cuando lo haga siempre será "autor" de la infracción del deber y por lo tanto del delito (delito de "infracción del deber"), sin importar la forma específica de su infracción (de propia mano o mediante una colaboración con otros)[59].

d) Dado que la "acción" indicaría una "falta de reconocimiento de vigencia de la norma", no se precisaría, dentro del concepto, un *resultado externo* en el sentido tradicional de "desvalor del resultado". Mejor dicho, el "resultado" que sí se necesitaría sería uno que produjera la "objetivación" de tal "expresión de sentido": la "persona" tendría que expresar de algún modo reconocible ante los demás que para ella la norma no rige; cualquier otra consecuencia que derive de esta conducta objetivadora solamente incrementaría "cuantitativamente" la objetivación[60].

e) La *tentativa* debería ser entendida "objetivamente" como conducta "perturbadora" que sale del "ámbito interno" de la persona y no es ya controlable por ella; para ello no sería necesario analizar primero la subjetividad del autor: recién "una conducta externa que perturba permite la pregunta acerca del contexto interno"[61]. La doctrina dominante procedería al revés, haciendo predominar la "parte subjetiva" del hecho para definir la tentativa, pero ello supondría admitir un "control de los aspectos internos", un "derecho penal del enemigo"[62].

La "tentativa" sería punible, entonces, cuando el autor, de acuerdo con su comportamiento externo "comienza a arrogarse una organización"; recién con ello "se convierte en vinculante lo que subjetivamente quería expresarse"[63]. En cambio, esta "arrogación" no existiría o sería insignificante en los casos de "falta de objeto" y de utilización de "medios

---

[58] JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 123 y ss., 133. Con esta sistematización, JAKOBS rechaza una serie de casos de "posición de garante" admitidos por la doctrina dominante, donde sin embargo, no existiría la "especial confianza" exigida para el "deber positivo". P. ej. en el caso del "matrimonio" o el "vínculo no matrimonial", JAKOBS argumenta que aquí se confundiría "intimidad" con "juridicidad"; lo único que importaría para determinar el "deber" (la posición de garante) sería la imputabilidad del rol de cuidar de otro, no que la comunidad sea estrecha o no; ver ibídem, p. 128 y s.

[59] JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 131 y s.

[60] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 97 y ss.

[61] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 220.

[62] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 219 y s.

[63] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 224.

inidóneos", motivo por el cual –en contra de la ley alemana y de parte de la doctrina– debería haber impunidad en estos casos[64].

La doctrina dominante no propondría principios para explicar esta criminalización; el "comienzo" de la tentativa sería visto de manera muy variada según el delito que se trate; y tampoco se explicaría convincentemente la punibilidad de los actos preparatorios, ni de la "tentativa de participación" (punible según el art. 30 del CP alemán). Esta "carencia de principios" que llevaría a aceptar sin más anticipaciones de la punibilidad, se debería a una "tendencia a la subjetivización" retroalimentada por una "tendencia a la anticipación", fomentada a su vez por razones "preventivo-policiales" y, sobre todo, la influencia de la teoría del "bien jurídico"[65]. Al creer que sería legítimamente punible todo ataque peligroso contra un bien jurídico, se caería fuera de la esfera jurídica del "autor" y se le defininiría solamente como "fuente de peligro" del bien jurídico, como "enemigo", con lo cual no habrían ya límites (se podrían penar también los "pensamientos peligrosos" o las fuentes de estos). Un límite a esto solamente puede argumentarse "desde afuera" (límites externos); la teoría de bienes jurídicos no sería capaz de autolimitarse[66].

En cambio, si –como el funcionalismo sistémico hace– se partiera de una definición de "autor" como "ciudadano", este no sería considerado "peligroso" para los bienes jurídicos, se le reconocería "estatus mínimo", un derecho a una esfera exenta de control ("ámbito interno") del cual, por lo demás, se podrían derivar límites contra las anticipaciones de punibilidad[67]. Este "ámbito interno" no sería definido naturalísticamente (meros pensamientos, cuerpo del ciudadano), sino funcionalmente a partir de la concepción que se tenga de la sociedad y, dentro de esta, según el ámbito de que se trate[68]. Luego, en el Derecho penal, no solamente se trataría de los pensamientos de las personas, sino de toda su vida privada, o sea, conductas que, aunque naturalísticamente puedan ser vistas como externas, no intervengan en la esfera privada de otra persona[69].

La *punibilidad de la tentativa* debería ser menor que la de la "consumación", pero mayor que la de la conducta cometida bajo "imprudencia"

---

(64) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 223 y s.

(65) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 210 y s.

(66) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 211 y s., 247.

(67) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 212.

(68) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 214, 247.

(69) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 214 y s.

o "error evitable". Ciertamente, por su estructura parecería existir una similitud entre la "tentativa" y el "error" en el sentido de que el autor, en ambos casos, cree erróneamente que su conducta llevará a la realización de consecuencias típicas (la consumación) aunque luego ello no se produzca; luego, en ambos casos habría un "esbozo incompleto de la realidad". Pero ambos casos deberían tener una respuesta penal distinta, porqué el significado del "error" sería distinto en cada caso: "... el autor imprudente demuestra que cuando no se tiene cuidado, se lesiona a los demás y también a uno mismo, mientras que el autor de la tentativa enseña que hay que tener más cuidado si se quiere delinquir con éxito"(70). La "comunicación" expresada en la tentativa justificaría, en principio, su mayor punibilidad en relación con el "error", aunque también la posibilidad de su impunidad en caso de "tentativa inidónea"(71).

f) También a partir del "funcionalismo" podría explicarse adecuadamente la punibilidad de otros casos de *criminalización en el estadio previo* a la lesión de bienes jurídicos: solamente debería ser punible lo que desborde el ámbito interno (pensamientos, conductas en el ámbito privado y conductas externas per se irrelevantes) y, también, implique un comportamiento "perturbador"; es decir, cuando el autor "se arroga actualmente la configuración de ámbitos de organización ajenos"(72). Esta arrogación ha existido cuando el sujeto se salga de su ámbito interno y la conducta realizada escape de su "capacidad de organización", es decir, ya no sea "dominable" por él(73).

De esta manera resultarían límites y críticas a la criminalización de una serie de conductas internas: los *actos preparatorios* (incluso si se realizaran entre varios con fines de cometer futuros delitos), la "tentativa de participación" (punible en el art. 30 del CP alemán), algunos delitos contra la seguridad del Estado, la punibilidad de la constitución de asociaciones criminales o terroristas, la formulación (y la interpretación) de los tipos de "falsedades documentales" y "falsificación de moneda", etc.; y también se trazaría una delimitación clara entre "actos preparatorios", "tentativa" y "consumación. Mientras la teoría de bienes jurídicos no proveería principios claros y –según Jakobs– desembocaría aquí en un "Derecho penal de enemigos",

---

(70) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 153.

(71) JAKOBS afirma: "... la ignorancia inevitable de la inidoneidad del comportamiento para producir el resultado lleva al comportamiento cerca de la consumación, mientras que el error fácilmente evitable conduce al hecho más bien cerca del ridículo..."; "Bases para una teoría funcional...", p. 153.

(72) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 221 y s.

(73) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 226.

el funcionalismo sistémico ofrecería un concepto limitador claro (su entendimiento del "ámbito interno") y optimizaría las esferas de libertad[74]. Podría haber una legitimación excepcional a la punibilidad de actos preparatorios tipificados de manera autónoma como si fueran consumaciones, cuando el autor, ya al efectuar la preparación se estuviera introduciendo en un "ámbito ajeno de organización", p. ej. en el caso de actividades de "alta traición" o "sabotajes", pero no en el caso de una mera "concertación para cometer un delito" (o en la "tentativa de participación")[75].

Y en los *delitos de peligro*, a los sujetos se les debería imputar, funcionalmente, el haberse salido de su esfera interna con una conducta que, por más que se encuentre físicamente dentro de sus dominios privados, ya no puede ser manejada por él, ya no es dominable; de ello resulta una objetiva peligrosidad que sería la base para investigar luego el aspecto subjetivo del hecho del autor[76]. En este contexto, podrían admitirse también delitos de *peligro abstracto* en ámbitos en los que exista una "necesidad de estandarización", aunque a los individuos concretos les pueda parecer, desde la perspectiva de sus propios planes, que tal estandarización sea innecesaria (p. ej. tráfico rodado). Entonces, las "desviaciones de estos estándares" serían delitos de peligro abstracto cuando las conductas por sí mismas sean vistas como perturbadoras debido a su tendencia hacia la producción del daño (falso testimonio, perjurio, incendios de edificios habitados), o sean definidas como perturbadoras per se, porque generalmente serían adecuadas para producir efectos perturbadores (conducción bajo estado de embriaguez); en ambos casos, habría legitimidad en la intervención del ius puiniendi, pues ambos casos presuponen la realización de una conducta peligrosa de manera similar a una tentativa acabada[77].

Solamente sería dudosa la legitimidad de un grupo de *delitos de peligro anticipado*, en los que la conducta criminalizada no es peligrosa por sí misma o solamente lo sería de manera muy limitada a través de otra conducta posterior (p. ej. producción de armas sin permiso, la posesión de armas); aquí la legitimidad (problemática) podría darse, en casos límí-

---

[74] Cfr. JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 215.

[75] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 225.

[76] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 226 y s., 248. Allí mismo (nota 20) hace una distinción particular, desde la perspectiva de la víctima, entre delitos de peligro "potencialmente concreto" cuando el bien no está presente pero si hubiera estado presente, habría estado en peligro (equivalente, en realidad, al "peligro abstracto" entendido de manera restringida como "idoneidad"), "virtualmente concreto", cuando el bien generalmente está presente, y "concreto presunto", cuando un bien está presente, pero el peligro resulta de una valoración reducida que puede excluir la presunción (equivalente a los delitos de peligro abstracto-concreto).

[77] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 229 y s.

te cuando el "aspecto exterior" de la conducta sea "perturbador" por sí mismo: sea porque se trata un ámbito de contactos sociales en el que el sujeto debe soportar un control y no lo ha permitido (elaboración de productos alimenticios sin control, conducción de automóviles sin licencia de conducir, portación de armas en reuniones), sea porque se trata de determinados objetos que no pueden nunca o solamente en contadas ocasiones ser usados privadamente para fines legales (adquisición ilegal de armas, producción o adquisición de dinero falso, formación de bandas armadas). Pero aquí debe partirse siempre de la conducta por sí misma (perturbación externa por la incalculabilidad de los posibles cursos de daño) y no presuponer por adelantado un "dolo" de comisión de delitos futuros (p. ej. en la "portación privada de armas" o en la "falsificación de moneda", adquisición de sustancias explosivas), pues así se despojaría a la persona de su "esfera privada" y se tendería, en contra de ella, al Derecho penal del enemigo[78]: "La ley puede recortar, ciertamente, del ámbito privado lo que corresponde a un comportamiento abstractamente peligroso, pero esto tiene que suceder sin tomar en cuenta el contexto de planificación del sujeto"[79].

Más allá de esto, como alternativa ante la evidente necesidad de penar conductas difícilmente explicables con la teoría del bien jurídico (p. ej. delitos contra la "paz pública" o la "paz jurídica"), aunque altamente perturbadoras en la vida moderna, JAKOBS ofrece la criminalización de algunas conductas (coincidiendo en algunos casos con la tradicional tipificación autónoma de "actos preparatorios") bajo la legitimación funcional de la *protección de normas de flanqueo* (normas que garantizan la vigencia de las "normas principales"): las conductas tipificadas atentarían contra "normas de flanqueo", atacando así la base cognitiva de las normas principales, es decir, menoscabando la "confianza de los afectados"[80]. Y en esto no habría una "arrogación" de la configuración entre la víctima y el bien jurídico, sino la arrogación de la configuración entre la víctima y la norma principal, la arrogación actual de la "configuración de la base

---

[78] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 232 y s., 248. Sobre el "Derecho penal del enemigo", que sí sería posible en otros contextos ver más abajo en 4.3, 6.

[79] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 234.

[80] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 236 y ss. El ataque a la "vigencia de la norma" es entendido por JAKOBS de manera amplia; tal ataque contendría no solamente la conducta de los autores potenciales, sino también lo que las potenciales víctimas esperan. Para este último caso, existirían "normas de flanqueo" que deben ser protegidas con tipos penales; es decir, la protección no se dirigiría a un "clima" de paz o seguridad necesario para un bien jurídico determinado; ver ibídem, 236 y s.

cognitiva"[81]. Fuera de este ámbito no se justificaría una protección penal basándose en la tradicional idea de garantizar un "clima" a los bienes jurídicos, con lo cual serían ilegítimos, entre otros, los tipos alemanes de "incitación al odio racial"(art. 130, 131), "incitación a una guerra de agresión" (art. 80a), "recompensa y aprobación de delitos" (art. 140)[82].

Por otro lado, la diferencia entre *delitos de lesión* y *delitos de peligro* también se entendería de manera funcional de acuerdo a la forma en que la sociedad reparte roles: en los primeros, la ley solamente indica una finalidad ("no lesionar") y deja en manos de los ciudadanos cómo se debe respetar esta norma de manera "comunicativamente relevante" ("descentralización de la administración de conductas"); en los "delitos de peligro", por el contrario, la ley misma quiere garantizar estándares cognitivos y por ello prohíbe comportamientos que podrían lesionar ("administración centralizada" de conductas)[83].

En cambio, para los casos que sí son peligrosos y amenacen con erosionar la vida social, aunque provengan de "no personas" o de sujetos que dejaran de comportarse como "personas" (o sea, los "autoexcluidos"), se hace necesario tomar medidas que garanticen un mínimo de "base cognitiva" de las "personas" (o sea, que estas relacionen su propio bienestar con el Derecho)[84]. Para esto se necesitaría la previsión de reglas penales específicas de "lucha" contra las conductas de estos sujetos (los "enemigos"), que prevean medidas de aseguramiento; o sea un "Derecho penal del enemigo" (ver al respecto más adelante en 3.4, número 8).

g) El concepto del *dolo* es replanteado en los siguientes términos: dado que el análisis no se dirige a "sujetos" (individuos), sino a "personas", no debería importar la subjetividad, lo psíquico, o sea el "conocimiento actual", sino lo normativo, es decir, la defraudación de expectativas y la expresión de un modelo distinto. En un mundo "desmitificado" como el actual ciertamente no sería útil, en el sentido de funcional, una "responsabilidad por el resultado"; las "personas" saben que pueden moldear la realidad y planificar. Si se planificara bajo un "defecto cognitivo" en el mundo de la naturaleza, el resultado será que el sujeto no podrá ir lejos,

---

[81] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 238, 241.

[82] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 241 y ss., 248. Solamente se justificaría la protección de un "clima" fuera del Derecho penal o, dentro de él, en tiempos de crisis de legitimación, cuando se tiene que suspender temporalmente la libertad para asegurar luego su restablecimiento; ibídem, p. 245 y s.

[83] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 100 y s.

[84] JAKOBS, "Personalität und Exklusion...", p. 461.

su error lo llevará al fracaso; y si tal planificación con defecto cognitivo se diera en el mundo de las normas (error de tipo), en el ámbito penal, esto debería tener efecto liberador de pena, porque tal conducta no ofrecería un "patrón válido en la sociedad", no tendría "carácter ejemplar"; no implica un aporte "comunicativamente relevante", aparte de que tal conducta conllevaría el riesgo de una "pena natural"(85). En resumen, sería la estructura misma del funcionamiento de la sociedad moderna y no un "principio de culpabilidad" ni la evitabilidad o inevitabilidad del error lo que explicaría (mejor) el porqué de la impunidad o punibilidad por imprudencia en los casos de "error de tipo".

Luego, no tendría sustento la diferenciación tradicional entre el "dolo del tipo", en sentido sicológico, y la "culpabilidad" (con el elemento de la "consciencia de antijuricidad") como concepto normativo. La "acción" comprendería todo lo que objetivamente pueda entenderse como expresión de sentido, quedando para el ámbito de la "culpabilidad", el análisis de la evitabilidad individual de dicha expresión de sentido(86).

Además, para diferenciar lo penal de lo civil (donde también habrían "expresiones de sentido" imputadas objetivamente) en función de sus tareas propias (en el Derecho penal: garantizar la vigencia de la norma y no, como en el Derecho civil, la protección de bienes jurídicos), se debería incluir en el injusto penal la expectativa normativa dirigida a la "persona" desde el Derecho penal. Luego, afirma JAKOBS, si la "expectativa normativa" consiste en que actúe en sociedad motivándose en el cumplimiento de la norma, o sea actuando como un "ciudadano perfecto" portador de un rol, la "evitabilidad" que se exige no sería una de carácter individual sino "objetivo"(87). En consecuencia, el "déficit de motivación" que exista en la persona se manifestaría como algo que, en términos tradicionales, se corresponderían con el "dolo" y la "imprudencia". El "dolo" (y todos los elementos del "lado subjetivo"), como hecho psíquico, no fundamentaría el injusto, sino solamente sería un "indicio" de la existencia de la falta de motivación para cumplir la norma(88). Y esta "motivación" recién se podría verificar en un nivel más adelante, en la "culpabilidad".

---

(85) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional ...", p. 141 y ss., p. 81 y ss., esp. 84 y s.

(86) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 99.

(87) "No hay nada que sea evitable porque en el autor se presenten cualesquiera fenómenos psíquicos, sino porque, si nos lo imaginamos con la motivación de un ciudadano perfecto, el autor evitaría", JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 101.

(88) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 102, p. 76.

h) En el caso del *error de tipo*, se trataría de un "defecto cognitivo", de un error de la persona sobre el estado y el curso de la realidad externa. La impunidad en los casos de "error invencible" resultaría de que el sujeto no habría "comunicado" nada de manera relevante; el sujeto habría demostrado, más bien, una "falta de competencia organizativa". Por lo demás, el tradicional concepto de "invencibilidad" del error no sería importante aquí; en el plano comunicativo el que erró descuidadamente llevaría el estigma de un "descuidado" y el que erró de manera inevitable es "digno de compasión" por su mala suerte(89). El que cometió un "error de tipo inevitable" no tendría siquiera "culpabilidad"; el que cometió un "error de tipo evitable" por no haber planificado correctamente su conducta, pese a que ello era posible, tendría una culpabilidad disminuida(90); la pena para este último sería, pese a todo, necesaria para garantizar determinados estándares de riesgo y que haya un "aprendizaje selectivo" (no es el individuo, sino la sociedad quien decidiría el límite de lo socialmente tolerable)(91).

i) Solamente si se prescindiera totalmente de lo sicológico, del elemento "cognoscitivo", podría darse, según JAKOBS, una solución razonable a los casos de *indiferencia y escrupulosidad* que llevan a la comisión de delitos (imprudentes). Desde la perspectiva funcional, el "indiferente", debido a su negación del rol, debería merecer mayor pena que el "escrupuloso" que reconoce el rol, pero calcula mal (imprudente) y, por lo tanto, no expresa un modelo a seguir. La doctrina tradicional procedería –dice JAKOBS– al revés al imponer pena de "dolo" al "escrupuloso", mientras premia al "indiferente" con una pena de "imprudencia", fundamentando esto en el elemento cognoscitivo del dolo(92).

En contra de la ley y la doctrina tradicionales, "esclavos de los hechos psíquicos", lo que debería interesar no es el "conocimiento" (perceptible por los sentidos) de la realización del tipo, sino la "razón del conocimiento"; y ahí no puede tratarse por igual el desconocimiento de la norma de aquel que no tiene interés por conocer y el desconocimiento de aquel que quiso saber, pero no pudo. El tratamiento jurídico-penal del "indiferente" debería, entonces, ser igual cuando tal "déficit cognitivo" debido

---

(89) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 142, 168.

(90) De manera resumida: "... la ignorancia inevitable de las consecuencias producidas ya ni siquiera es imprudencia, es totalmente impune; pero, en cuanto mayor es el nivel de evitabilidad, más se aproxima la culpabilidad a la máxima expresión que alcanza los supuestos de indiferencia"; JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 153.

(91) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 150 y s., 168.

(92) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 41 y s.; p. 149 y s.

a un "déficit volitivo" se hubiera dirigido al tipo como cuando se hubiera dirigido al injusto[93].

En la práctica, según JAKOBS, la doctrina y ley actuales evitarían "resultados escandalosos" a través de la llamada "responsabilidad por el resultado" (el autor responde por el resultado más grave si este ha sido causado por lo menos por imprudencia y tal imprudencia es la consecuencia directa del riesgo creado por la primera acción dolosa)[94].

j) La *antijuricidad*, al igual que la participación delictiva, no deberían vincularse al "injusto" como se hace tradicionalmente, sino deberían tener una sistemática propia[95]. Con las tesis tradicionales no se podría decir más que las causas de justificación serían "buenas razones" para permitir que una conducta prohibida se ejecute sin que su autor se vea sometido a una pena. El contenido de la antijuricidad dependería del estado de la sociedad (y, en algunos casos, de tareas normativas fijadas autónomamente), situación que, en el caso de sociedades modernas, no podría ser resumida en una corta "fórmula social"[96].

En este sentido, JAKOBS se manifiesta a favor de una "teoría pluralista" que reconozca tres grupos de causas de justificación según tres principios distintos[97]. En el primer grupo, se trataría de que la conducta del interventor (p. ej. el agresor en la legítima defensa) justificaría la consecuencia derivada de dicha "conducta de organización" debido al "principio de responsabilidad", y, en menor medida, al "principio de causación [Veranlassung]": la víctima de la intervención tiene que responder por las consecuencias de su conducta de organización (la legítima defensa, el estado de necesidad defensivo, del derecho de resistencia ante el atacante). En el segundo grupo, se trataría del "principio de definición de intereses a través de la víctima de la intervención": la propia víctima de la intervención define la intervención como favorable o, por lo menos aceptable, y reestructuraría convenientemente sus intereses (p. ej. en el "consentimiento" y el "permiso de la autoridad", pero también en el "estado de necesidad" y en el "consentimiento presunto"). En el tercer grupo, se trataría del "principio de solidaridad", según el cual se incide en la víctima de la inter-

---

[93] JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 86 y ss., 91 y s., 99 y s.

[94] JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 91, 79 y s.

[95] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 103.

[96] JAKOBS (traducción libre), "Strafrecht. A. T.", p. 349, n. marg. 1.

[97] Ver JAKOBS (traducción libre), "Strafrecht A. T.", p. 350 y ss., n. marg. 3 y ss.

vención en interés de otras personas o de la generalidad (p. ej. el estado de necesidad agresivo u otros derechos de intervención de la autoridad).

Finalmente, para garantizar la proporcionalidad entre el daño de la intervención y el bien rescatado, deberían respetarse algunos principios básicos como[98]: la responsabilidad a cargo del causante por todos los costos ocasionados; la reestructuración de la víctima de la intervención, en caso de que no lo hiciera ella misma, debe arrojar un saldo positivo; el recurso de la solidaridad también debe basarse en un saldo positivo, el cual además debe ser considerablemente mayor.

Últimamente, JAKOBS ha desarrollado más su posición sobre las causas de justificación a partir de un análisis diferenciado de los distintos "grados de incumbencia" (competencia) de las personas y los deberes de actuación y de tolerancia[99]. En este caso, que se referiría por lo visto al primer grupo de causas de justificación señalado en su Manual[100], se trataría de establecer cuándo una persona (que tiene la "incumbencia") debe, o bien "alejar un peligro" de otra persona (aportando una determinada prestación), o bien "soportar los costes" (lesión de sus propios intereses) que resulten de solucionar un conflicto (colisión de intereses). A partir de su distinción previa entre "deberes negativos" y "deberes positivos" (derivados a su vez de "derechos" a la libre organización), reconoce que, de la "pura normatividad" (conceptos "propiedad" y "organización de la propiedad") solamente sería posible obtener limitaciones basadas en la "necesidad" de la "legítima defensa": la violencia defensiva y el deber de soportar la violencia llegarían hasta que el límite del sujeto afectado no se vea "despersonalizado"[101]. En el campo puramente normativo, afirma JAKOBS, los derechos o bien existen o no, y los sujetos titulares (personas) o bien los hacen valer indiscriminadamente (incluso ante amenaza de perjuicios mínimos o contra personas que actuaron sin culpabilidad alguna)

---

[98] JAKOBS (traducción libre), "Strafrecht. A. T.", p. 350 y s., n. marg. 3a.

[99] JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 135 y ss.

[100] Como señala al final de su exposición, existirían otros casos (equiparables a los otros dos grupos de causas de justificación de su Manual) de limitaciones de la "competencia" derivados de "fundamentaciones formales propias de un Estado de Derecho" ("idoneidad" en un estado de necesidad defensivo y agresivo, prioridad de la policía) y de "permisiones derivadas de su ejercicio en un Estado de Derecho" (límites ético-sociales o de solidaridad mínima en la legítima defensa); ver c. más ref. "Sobre la normativización...", p. 159 y s.

[101] JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 144 y s. Esta idea es desarrollada últimamente por JAKOBS con la siguiente argumentación: si el Estado exigiera sacrificar la propia vida, en realidad, estaría "excluyendo" al sujeto afectado del statuts de "persona"; ver "Personalität und Exklusion...", p. 452 y ss., 458 y ss., 466. Aquí, JAKOBS rechaza las argumentaciones "cuantitativas" tendentes a admitir una justificación (p. ej. al afirmar que habría una "compensación del desvalor del resultado" cuando se salvara la propia vida y la de otros sacrificando la vida de menos sujetos o sujetos con calidad de vida disminuida); ver ibídem, p. 456 y s., nota 41.

o no (esperando, p. ej. una compensación) sin que nada, normativamente, obligue a una u otra decisión[102]. Otras limitaciones (p. ej. "proporcionalidad") surgirían recién, desde afuera, considerando la racionalidad jurídica de criterios "utilitaristas"; en alusión a Hegel: la "moralidad" (deseo de vivir en armonía: estado de necesidad defensivo) y la "eticidad" (síntesis entre forma y armonía: estado de necesidad agresivo)[103].

k) La *culpabilidad*, como categoría penal, privada de toda base empírica, solamente podría ser entendida como aquella "imputación" que contenga una "expresión de sentido relevante para la comunicación"; lo no-culpable (o sea, lo que no participa en la comunicación) sería "naturaleza" y por lo tanto tampoco entraría en la tarea genuinamente penal, sino del Derecho civil o administrativo[104]. Mejor dicho, lo que tradicionalmente se conoce como "imputabilidad" y se considera como un elemento de la "culpabilidad" o "responsabilidad penal", dejaría de formar parte del Derecho penal, pues solamente podría ser "persona jurídico-penal" "... quien dispone de la competencia de enjuiciar de modo vinculante la estructura de lo social...", pues solamente las conductas de esta podrían tener "repercusiones sociales", o sea, "comunicar normativamente"[105].

Lo culpable, en el sentido penal equivaldría, entonces, solamente a una imputación por un "defecto volitivo", por un "déficit de motivación fiel al Derecho", imputación que es dirigida a la "persona": la persona (se descarta, desde el principio, al individuo) sería "culpable" por el hecho de no haberse procurado por sí misma razones para cumplir las normas sociales y no haber sido "fiel a la norma"[106]. El "defecto volitivo" no tendría nada que ver con lo psicológico, pues no importa que la persona perciba conscientemente este defecto, sino solamente que tal defecto exista[107]. Los "hechos psíquicos", que por lo demás deben ser interpretados según el contexto social, tendrían el papel de constituir "indicadores" de la existencia del déficit; como tales, estos "hechos psíquicos" son tanto el "dolo" y la "consciencia de antijuricidad" como también la "falta de atención", la "indiferencia" o el "desinterés"[108]. No habría, p. ej.,

---

[102] Cfr. JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 146 y ss.

[103] JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 146 y ss., 160 y s.

[104] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 43 y s., 46.

[105] JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 22 y ss., 43.

[106] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 156, 168; "Sobre la normativización...", p. 23 y s.

[107] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 156.

[108] JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 23

"falta de fidelidad" o esta sería leve en los casos conocidos de "estado de necesidad exculpante" y similares, en el homicidio bajo una provocación previa de la víctima, etc.

Sin embargo, el "defecto volitivo" por sí solo no podría explicar todavía la "culpabilidad penal", sino solamente una "culpabilidad formal" existente en cualquier quebrantamiento de normas vigentes en cualquier tipo de ordenamiento, y ante las cuales existirían distintos tipos de "penas" disuasorias. Lo característico de la "culpabilidad penal" o *culpabilidad material* sería la imputación de falta de fidelidad a "normas legítimas", o sea a normas enmarcadas dentro de un sistema social que trata a los individuos como "personas" (les atribuyen un "rol")[109]. Como lo que importa es que el Derecho penal "comunique", sin que para ello se necesite una conexión psicológica con el autor[110], la "culpabilidad" presupondría que el Derecho penal solamente reaccionará con una "pena" contra el infractor (que sigue siendo "persona") cuando este, *dentro* de la sociedad (lo que está afuera, es naturaleza) exprese una contradicción a la norma social; es más, es así como el ciudadano sería tratado como "persona" y no como objeto, pues al reconocerse que este puede "comunicar" algo contradictorio a la norma también se le reconoce aquel estatus[111]. JAKOBS hace, además, la salvedad de que no siempre tendría que haber consecuencia penal: solamente habría "responsabilidad" cuando las razones del conflicto actual "no pueden imputarse a otra persona que al autor sin perturbar la vigencia de la norma", algo que podría llevar a la atenuación o la impunidad en casos en los que la víctima "merecía la pérdida"[112].

Ante un quebrantamiento de la norma, el Derecho penal garantizaría que esta "expresión de sentido" con contenido "defectuoso" va a ser contradicha con una pena[113]. Esta sería la expectativa propia del Derecho penal. La "libertad", el *libre albedrío*, no sería un problema que concierna a la "culpabilidad" así entendida; la única "libertad" que interesaría sería la "libertad de autoorganizarse" de la cual, por lo demás, gozarían todas las "personas" dentro de la sociedad; solamente si existiera esta "descentralización" (posibilidad de autoorganizarse que tienen todas las personas)

---

[109] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 157 y ss., 168.

[110] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 154 y ss., 158.

[111] Cfr. JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 154 y ss., 157 y s. Siguiendo a Hegel, afirma que al imponerse la pena al delincuente, este es tratado como persona, se le trataría como un igual y "se honra al delincuente como ser racional"; ídem, p. 159.

[112] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 165.

[113] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 45; 154 y ss., 158 y s.

podría existir una culpabilidad[114]. Es más, en realidad, el libre albedrío equivaldría a "la competencia de la propia voluntad" para autoorganizarse y alcanzar la suficiente fidelidad al ordenamiento jurídico[115].

En consecuencia, para la teoría funcional de JAKOBS, la "culpabilidad" abarcaría todo; las demás categorías penales no pasarían de ser conceptos auxiliares para entender mejor la culpabilidad. El "concepto normativo" de la culpabilidad "mediría" solamente el cumplimiento o no de los roles de las personas; más allá de esto, en la "culpabilidad" entrarían a tallar otros datos solamente cuando, pese a haberse aceptado el rol, la persona tuviera dificultades para mantener la fidelidad al ordenamiento jurídico y llegara a realizar hechos típicos; en estos casos (error sobre la norma, exceso en la legítima defensa, autoría por convicción, etc.) sería posible admitir una "disminución de la culpabilidad"[116].

El menor o mayor *grado de culpabilidad* de sujetos ya reconocidos como "personas" dependería del "contexto" de la conducta en el sentido de si "perturba el orden" o no. Si no lo hiciera, la conducta puede atribuirse a la "naturaleza" (y excluirse la culpabilidad); si la perturbación fuera parcial, puede haber disminución de culpabilidad (y de pena), y si perturbara el orden, la culpabilidad será plena[117]. Así, en los casos englobados por la doctrina tradicional bajo la *inexigibilidad de otra conducta*, y tratados dentro de la "culpabilidad", en realidad se trataría de casos dominados por lo "natural". El autor de la famosa "tabla de Carneades" (estado de necesidad exculpante) se encuentra "coaccionado", bajo un "miedo", una "naturaleza" que no puede dominar. Pero este "miedo", esta "inexigibilidad" no dependería de la situación en sí en la que se encuentra el sujeto, sino de la "posibilidad de solucionar el conflicto" como si fuera "producto de la naturaleza"; si no existiera esta posibilidad, no debería haber exculpación[118].

En la *autoría por convicción*, afirma JAKOBS, habría que distinguir si el autor actuó por un "conflicto de consciencia" (p. ej. como miembro de una determinada confesión religiosa) o si manifiestó más bien una "acti-

---

[114] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 166 y s.; 166 y s.

[115] JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 88.

[116] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", c. más ref., p. 46 y s.; 163 y ss., 168. El hecho que de lege lata se prevea, en la ley alemana, la atenuación o, en la doctrina, la impunidad de algunos de estos casos demostraría, además, que el funcionalismo ya se habría impuesto, pues estas reglas solo podrían explicarse desde la perspectiva de la "estabilización de la norma"; ver ibídem, p. 166.

[117] JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 96 y ss., esp. 99.

[118] JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 96 y ss., 100.

tud recalcitrante" (p. ej. un terrorista). Como no se trataría de resolver un "conflicto individual", sino de determinar si el hecho en sí resulta "peligroso" por ser "susceptible de generalizacón"; en el primer caso, podría haber una atenuación, mientras que en el segundo, incluso una agravación[119].

JAKOBS insiste en que su teoría de la culpabilidad no instrumentalizaría al ciudadano, pues ella solamente "describiría" las condiciones de fundamento de toda sociedad: "... una descripción no instrumentaliza, sino que en todo caso descubre instrumentalizaciones existentes desde hace mucho tiempo"[120]. La culpabilidad entendida en el sentido de que tendría una función propia resolvería el dilema tradicional entre "funcionalidad" y "respeto a la dignidad humana" (el incremento de uno iría siempre en desmedro del otro); el principio de "culpabilidad" sería la condición de subsistencia del orden social[121].

l) Los casos de *error de prohibición* son tratados por JAKOBS de manera paralela a los de error de tipo, pues en ambos casos se trataría de "defectos" de la persona en la sociedad. En el "error acerca de la existencia de una norma" se trataría de un "defecto volitivo", el cual sería imperdonable en un sistema que quiere ser funcional[122].

En las sociedades modernas, ante "defectos volitivos", que sí pueden cuestionar el ordenamiento vigente, la regulación legal del error de prohibición tendría en cuenta esta situación y solamente excluiría de pena los "errores inevitables". A diferencia de la sociedad burguesa naciente donde el "error iuris nocet" (se trasladaba el riesgo de desconocer las leyes al ciudadano) habría sido necesario (funcional) para lograr la libertad de movimientos de la época; en la actualidad, el riesgo de un error sobre el contenido de la norma se habría traladado a la "generalidad"[123]. En la actualidad, a diferencia de épocas anteriores, debido a la sofisticación de las leyes, sería necesario (funcional) separar el reconocimiento de la razón de vigencia de un ordenamiento positivo respectivo al conocimiento de su contenido. Esta "retirada hacia la positividad" hace que el ordenamiento se proteja a sí mismo contra todos los ataques a su legitimidad:

---

[119] JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 98 y s.

[120] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 161.

[121] Cfr. JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 135 y ss.

[122] JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 87 y ss., 99.

[123] Comentando la sentencia del TFA de 1952 (BGH 2, 0. 194 y ss.) que adoptó el "principio de culpabilidad" en el "error de prohibición" y proscribió el "error iuris nocet"; JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 143 y ss.

para afirmar el "conocimiento de la norma" basta con que se conozca que la vulneración de la norma signifique una perturbación al orden existente; no que se acepte como correcto el contenido de la norma[124]. El desconocimiento de las normas, como "déficit cognitivo", equivaldría a la ignorancia o "falta de competencia" en el mundo de la naturaleza. En este mundo, tal defecto llevaría al fracaso del ignorante, a una "poena naturalis"; en el mundo de las normas, el "déficit cognitivo", aunque no aporte ventajas al ignorante, tampoco llevaría a una autoestabilización del sistema. Por eso, también en el ámbito del "conocimiento del injusto" (error de prohibición) se necesitaría la punibilidad en algunos casos, ya que se trataría, al igual que en el "conocimiento del tipo" (error de tipo) de lo siguiente: no dejar la decisión sobre el riesgo del desconocimiento al autor, establecer un conocimiento mínimo de la peligrosidad e impedir un "aprendizaje selectivo" en el sentido de que el autor solamente evite lo que importe un riesgo de autolesión[125].

Un argumento de lege lata vendría dado por la propia ley alemana vigente (similar en esto a la peruana, española o a muchas otras legislaciones penales), la cual habría reconocido la mera "normatividad" del dolo a través de la regulación de la "consciencia de la antijuricidad" en el "error de prohibición": el "desconocimiento de la ilicitud", si fuera evitable, solamente atenuaría la pena[126]. Por lo demás, aquí la "indiferencia dirigida al injusto" (no interesa saber si lo que se hace tiene carácter prohibido o no) no tendría efectos exoneradores, lo cual es comprensible, pues, en palabras del funcionalismo, el "indiferente" ha tenido un "defecto cognitivo" debido a un "defecto volitivo" y, con ello, una "falta de fidelidad latente al ordenamiento jurídico"[127].

m) En la *autoría y participación*, JAKOBS plantea la distinción en función de la "arrogación de ámbitos de competencia" y prescinde por completo de la "subjetividad". En ese sentido, todo lo que –según su concepción– sea realizado en el "ámbito interno" tendría que ser impune como autoría o como participación, así pueda demostrarse que la "subjetividad" tendía a un ataque contra bienes jurídicos[128].

---

[124] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 147, 148, 168.

[125] JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 86 y s.

[126] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 41; "Sobre la normativización...", p. 91 y s.

[127] JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 88 y ss.

[128] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 222 y s.

3.3. Teoría de la pena

Según la teoría de JAKOBS, la *pena* tendría que reafirmar la vigencia de la norma y, con ello, la identidad social. Con la "pena" se caracterizaría al delito como delito; con esto se lograría confirmar la configuración normativa concreta de la sociedad para evitar una "erosión general"[129]. Precisamente la "prestación" del Derecho penal consistiría en mantener esta identidad social en el plano de la comunicación, reafirmando normas mediante procedimientos previstos como reacción contra su infracción; otras finalidades sociales no serían más que "esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual"[130]. La pena, entonces, se dirigiría a la "persona" que haya infringido la norma y que, con ello, haya afirmado una realidad distinta que la sociedad no quiere aceptar[131]. Pero, el hecho de haber cometido el delito (negado la norma) no eliminaría la cualidad de "persona" del infractor. Esta cualidad sería otorgada por la sociedad y no por él mismo; y la sociedad insiste en la atribución de tal cualidad; por lo tanto, la conducta del infractor seguiría siendo una "contradicción" y no "naturaleza" (que no incumbe al Derecho), y esa contradicción que "comunica" significado se vería rechazada (marginada) mediante una "pena" con la cual se manifieste que la realidad pretendida con la comunicación del infractor no es reconocida, no es válida, y la norma sigue teniendo vigencia[132].

Ahora bien, para JAKOBS no bastaría tampoco con la mera atribución de responsabilidad al infractor, la atribución de "competencia" por la "defraudación de expectativas normativas"; para que quede marginado el significado de hecho del delito (la "infración de la norma"), la pena también tendría que ejecutarse a través de la *violencia,* pues solamente así podría privarse al infractor de la norma de los medios de interacción. Esto tendría que ser así, pues el infractor no solamente habría expresado algo en el plano normativo-simbólico (negación de la norma), sino también lo habría configurado en el mundo externo (ha matado, lesionado, etc.); para dar respuesta adecuada a esto, el Derecho penal tendría que actuar también en los dos planos. Así, afirma el

---

[129] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 63; "Sobre la normativización...", p. 47 y s., 71; "Der Zweck der Vergeltung...", p. 266; rescatando expresamente similares ideas de Hegel en este sentido, "Staatliche Strafe...", p. 25 y ss.

[130] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 21 y s. De manera enfática dice: "... la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo". Y más adelante: "... la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias [todo tipo de finalidades preventivas]: significa una autocomprobación"; ver ibídem, p. 21.

[131] JAKOBS aclara una confusión terminológica muy común: el delincuente no "lesiona" la "vigencia de la norma", pues en el plano "abstracto" no puede conseguir esto: tal lesión solamente existiría cuando nadie respetara la norma. Pero el delincuente sí crea una "tendencia hacia la lesión"; es esta tendencia la que sería contrarrestada con la imposición de la pena para que la "norma" siga siendo "real"; ver JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 28.

[132] Cfr. JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 67.

autor alemán, por un lado, en lo "normativo", la generalidad deberá ser confirmada en su actitud de fidelidad al ordenamiento mediante "aprendizaje de fidelidad", el cual se logra comunicativamente a través de la pena que califica el hecho del "autor" como delito; por otro lado, en lo "cognitivo", deberá causarse un "dolor" al infractor para que todos entiendan que la conducta infractora ha constituido una empresa fracasada, que dicha conducta no debe servir de orientación[133]. Es por eso que, siguiendo su teoría, JAKOBS puede afirmar que la "pena" tendría como destinatarios tanto al "autor" como, y sobre todo, a todas las "personas fieles al Derecho"[134], y que el autor, con la ejecución de la pena contra él, prestaría una "indemnización" en sentido amplio[135].

JAKOBS considera que las teorías tradicionales de la "pena" no son exactas en cuanto atribuyen "funciones" al Derecho penal. Sus mayores críticas se dirigen a las "teorías de la unión" [136], pues considera que pretenden "unificar" lo que por definición es antagónico, pretenderían combinar mediante "adición", "legitimaciones" (retribución de la culpabilidad) con "fines" (prevención). Lo cierto sería que la "retribución" excluiría por completo cualquier "prevención especial" desde que aquella presupone un "responsable" mientras que esta última precisamente se dirige a un sujeto que necesitaría un tratamiento (y por lo tanto, es tratado como un "objeto"). Incluso si (como expone, entre otros, Roxin) se empleara la "retribución" de la culpabilidad solamente para "limitar" y no "legitimar" la pena, existiría una contradicción: no se puede limitar algo que tiene distinta naturaleza; la "retribución" no podría servir como limitadora de penas "preventivas" (en el sentido de "educación", "intimidación", etc.). Por lo demás, también existiría el problema práctico de la constatación empírica, pues las estadísticas de la "reincidencia" demostrarían que las penas privativas de libertad, aparte de "asegurar" a los que están encerrados en las cárceles, no habrían tenido un efecto preventivo-especial (limitado por la culpabilidad) relevante. La explicación estaría en la naturaleza distinta de ambas "finalidades": la "retribución" implica una reacción a una perturbación social, mientras que la "prevención especial" incide en la "motivación" y la intensidad de esta, que ha llevado a la comisión del delito. Pero el Derecho penal no estaría en condiciones de incidir en esta "motivación", pues, para que tenga éxito, llevaría en muchos casos a superar la medida de la culpabilidad[137].

---

[133] Cfr. JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 75; "Sobre la normativización...", p. 48 y ss., 71 y s.; "Staatliche Strafe...", p. 28 y ss.

[134] JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 31.

[135] JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 32.

[136] JAKOBS, "Sobre la teoría de la pena", en "Bases para una teoría funcional...", p. 61 y s.; "Staatliche Strafe...", p. 33, nota 149.

[137] C. ej. JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 62 y s.

Tampoco ha escapado a sus críticas la teoría de la "prevención especial". Esta teoría perdería legitimidad desde el principio: si el sujeto necesitara "tratamiento", "reeducación", etc., se estaría reconociendo que el sujeto no era "persona" cuando cometió el delito o, mejor dicho, que era una "persona deficitaria"; pero tampoco podría explicar la legitimidad de las "medidas de seguridad" (no reeducativas) a los "autores incorregibles"(138). Desde la perspectiva estricta de separación entre Derecho y moral, entre "violación del derecho" y la "actitud interna deficitaria", no se podría dar una solución correcta a esta problemática; se tendría que admitir que, en algunos casos, las "actitudes internas" expresadas exteriormente de alguna manera legitimarían la exclusión del carácter de "persona" y para dar paso a un tratamiento con "medidas de seguridad"(139), lo cual llevaría a admitir así un "Derecho penal del enemigo".

En realidad, sostiene JAKOBS, con el entendimiento funcional de la pena se afirmaría una *autosuficiencia del sistema jurídico*, pues no sería exacto exigir que el Derecho penal cumpla "funciones", ya que, desde que con la pena se contrarresta la "realidad" que el infractor de la norma pretende imponer, con ello ya se reafirmaría la "realidad de la norma", o sea su vigencia; luego: "... la sanción no tiene un fin, sino constituye en sí misma la obtención de una sanción, (es decir) la constatación de la realidad de la sociedad sin cambios"(140). Si alguna "prevención" existe en su teoría sería la de evitar la "erosión de la configuración normativa de la sociedad", pero no la comisión futura de delitos(141); algo que –como él mismo observa– podría ser llamado "prevención general positiva", pero que, en todo caso, no debe confundirse con las tesis tradicionales, pues se agotaría en sí misma y, por ello, no necesitaría ninguna corroboración empírica. La "prevención de delitos" sería, más bien, en primer lugar, tarea de la Policía(142).

JAKOBS reconoce, por otro lado, que su teoría podría tener alguna coincidencia con la "teoría absoluta" y la "prevención general positiva". La teoría de la *prevención general positiva* en su versión más difundida(143) señala que la

---

(138) JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 36 y s., 37 y ss., respectivamente.

(139) Cfr. JAKOBS, quien recurre ilustrativamente a la discusión entre Feuerbach y Grolmann, y, con algunas salvedades, da la razón a este último; ver "Staatliche Strafe...", p. 38 y ss., 40.

(140) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 70.

(141) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 64; "Staatliche Strafe...", p. 31.

(142) JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 31.

(143) JAKOBS también ha reconocido coincidencias con la "prevención general negativa", pues tanto en esta como en su versión de la "prevención general positiva", podría ser que la "intimidación", desde la perspectiva de los que se orienten en el rol del autor, juegue algún papel en la realidad. La "fidelidad a la norma" podría ser consecuencia del miedo o de la comprensión, pero, al tomar por base la responsabilidad del autor por su hecho en la medida en que

función del Derecho penal consistiría en mantener la vigencia de la norma para confirmar la confianza de los ciudadanos en ella y tomarla como esquema de orientación. La coincidencia con la (nueva) teoría de la pena de JAKOBS estaría en la "vigencia de la norma", pero mientras que aquella "prevención general positiva" tiene el ingrediente sicológico de la "repercusión síquica" (la motivación, la orientación), JAKOBS postula que lo único que interesaría sería la "comunicación" expresada en la pena; el alcanzar el proceso síquico de la "confirmación de la norma" mediante la pena pública puede desearse, pero no formaría parte del concepto de pena: la pena sería un fin en sí misma y se agotaría con "la permanencia de la realidad normativa sin modificaciones"(144). En cuanto a la "teoría absoluta", si bien JAKOBS mismo se basa en gran medida en Hegel, uno de los más conocidos representantes de la "retribución", enfatiza que existiría una diferencia decisiva, por lo menos con el entendimiento tradicional de la teoría absoluta: la retribución afirma que a todo quebrantamiento de la norma debería seguir la reacción penal; en cambio, en la tesis funcionalista, la reacción penal solamente entraría a tallar cuando el quebrantamiento de la norma perturbe la vigencia de la norma; si no existiera tal riesgo, no habría razón para una sanción; si el riesgo fuera reducido, la sanción debería ser leve(145).

Para el caso de los "inimputables", que no tienen carácter de "personas", pero también para quienes voluntariamente quieran estar al margen del ordenamiento normativo (los "enemigos"), como contra ellos no es posible aplicar "comunicativamente" una "pena", aunque siga siendo necesario proteger la vigencia de las normas (evitar ulteriores infracciones), solamente sería posible aplicar *medidas de seguridad* basadas en la idea de la "prevención especial"(146). Aquí no se trataría ya de "sujetos competentes", de "personas", sino de "individuos peligrosos". A estos no sería posible dirigir "expectativas normativas" y, por tanto, al ser excluidos del ámbito de las personas, se cuentan dentro de los enemigos que constituyen "focos de peligro" y contra los cuales debe llevarse a cabo una "custodia de seguridad"(147).

Por otro lado, JAKOBS aclara que su teoría de la pena, al igual que la teoría absoluta de Hegel, por sí misma no sirve para determinar la *medida de la pena*,

---

compense el peligro para la validez de la norma, se atenuarían los efectos de la pena (que en la prevención general negativa resultan desproporcionados); "Staatliche Strafe...", p. 32 y ss.

(144) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 75.

(145) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 70 y s. Una exposición más detallada sobre las coincidencias y diferencias con la doctrina de Hegel puede verse en "Der Zweck der Vergeltung...", p. 251 y ss., 266 y ss., y, especialmente en "Staatliche Strafe...", p. 24 y ss.

(146) JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 54, 57 y ss.

(147) JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 58 y s.

pues ella solamente se quedaría en el nivel abstracto para afirmar que debe suspenderse la comunicación del infractor sin que pueda decir cómo concretamente debe hacerse esto; para dar una "medida de la pena" se necesitarían datos adicionales sobre el "peso" de un Derecho o una expectativa para la persona(148). Tampoco una teoría "retributiva" como la de Kant, en contra de la creencia general, no podría proporcionar ningún criterio para definir la medida de la pena, pues la supuesta "proporcionalidad" entre el mal inferido (a la víctima) y el de la pena retributiva (al delincuente) no consideraría el "daño social" que es distinto del daño individual causado por el delincuente; y para considerar estos otros perjuicios, siempre será necesario tomar en cuenta los intereses y finalidades de los miembros de la sociedad(149). En cambio, el "concepto moderno y funcional de culpabilidad" (el que él defiende) sí tendría en cuenta esta diferenciación decisiva, pues, por un lado, otorgaría una finalidad a la "retribución de la culpabilidad" (Schuldvergeltung); y, por otro lado, determinaría la culpabilidad, desde el principio, según su idoneidad para alcanzar dicho objetivo. En pocas palabras: se trataría de la "culpabilidad" como "la necesidad de estabilizar la validez de normas a través de la pena" y la medida de la pena como "lo necesario para conseguir tal estabilización"(150).

En concreto, para determinar la "medida de pena", JAKOBS propone los criterios (externos) de orientación en la fijación de la "gravedad social" sobre el hecho cometido: 1.- El peso de la norma infringida y de la medida de su infracción, 2.- El grado actual de aseguramiento cognitivo de dicha norma, y 3.- La responsabilidad del autor por su motivación hacia el hecho que ha cometido (o sea si la motivación es de su plena o parcial competencia)(151). Este último criterio establecería el límite máximo de la pena: esta no puede ir más allá de lo que el autor se "merece" en función de su "responsabilidad"; quedan fuera de consideración finalidades externas a las derivadas de la propia conducta del autor(152).

3.4. Crítica a JAKOBS

Las posturas de JAKOBS han sido duramente criticadas desde distintos sectores de la doctrina y con argumentos muy variados(153).

---

(148) JAKOBS, "Der Zweck der Vergeltung...", p. 266, 267 y s.; "Staatliche Strafe...", p. 27, 31 y s.

(149) JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 16 y s.

(150) JAKOBS; "Staatliche Strafe...", p. 17.

(151) JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 32.

(152) Coincidiendo en esto, en gran medida con Kant, y recogiendo su crítica a la "prevención general negativa" (prohibición de tratar a la persona como a un objeto sujeto a finalidades), JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 34, 35 y s.

(153) Debido a la trascendencia que las propuestas de Jakobs tendrían en toda la dogmática penal, las críticas, como es natural, se presentan en todos los niveles afectados por el funcionalismo radical. Aquí solamente pueden exponerse algunas de ellas.

1. Sobre la tesis de la *protección de normas* y su rechazo a la "protección de bienes jurídicos" se afirma que las normas no existirían desconectadas de una utilidad social y que precisamente ellas habrían sido creadas para proteger bienes jurídicos (las normas no tendrían sentido sin los bienes jurídicos)(154); y que los ejemplos de Jakobs para sustentar sus críticas a la teoría de bienes jurídicos precisamente se basaría en ejemplos de tipos penales también criticados por partidarios de esta teoría(155).

   JAKOBS no desconoce, por cierto, la existencia de bienes jurídicos, así como la teoría dominante no desconoce tampoco la existencia de normas; y ambas posiciones no desconocen la interrelación entre bienes jurídicos y normas; pero, la diferencia irreconciliable está en la preeminencia que se da a uno u otro concepto y en el reproche que se hacen mutuamente sobre los excesos que permitirían una u otra teoría. Así, se critica la falta de límites que tendría el Derecho penal con la tesis de JAKOBS, amplitud que precisamente se buscaría limitar con la teoría de los bienes jurídicos, pues él, conscientemente abre el Derecho penal a todo "problema social", mientras el sistema jurídico no alcance la "complejidad adecuada" para asumirlo. Por su parte, JAKOBS afirma que la teoría de bienes jurídicos puede ser, y de hecho ha sido históricamente, manipulada para dar cabida a cualquier interés político(156).

   Ahora bien, puede observarse que muchas de las críticas de JAKOBS contra la teoría de bienes jurídicos no son nuevas ni decisivas(157). En contra de lo que él afirma, es posible delimitar mejor, aunque sin una exactitud matemática, el ámbito de los bienes jurídicos; y es posible, escoger entre todos estos, cuáles necesitan más protección y contra qué ataques tal protección es más urgente. Para todo esto se han desarrollado precisamente los criterios de "merecimiento" y "necesidad de pena", además de que es posible, incluso antes del empleo de estos criterios, precisar más el

---

(154) En palabras de ROXIN (traducción libre): "Un sistema social... no debe ser mantenido en aras de sí mismo sino en aras de los seres humanos que viven en la sociedad respectiva"; ver "Rechtsgüterschutz als Aufgabe...", p. 20 y s.

(155) Ver últimamente ROXIN, en "Problemas actuales...", p. 19 y ss., 49 y ss. También, expresamente en respuesta a Jakobs, "Rechtsgüterschutz als Aufgabe....", p. 20 y ss.

(156) JAKOBS, "Strafrecht. A. T.", p. 35 y ss., esp. n. marg. 22 y ss.; "Sobre la normativización...", p. 69 y ss. Más críticas y respuestas de JAKOBS en "Bases para una teoría funcional...", p. 25, 34 y s.; "Sobre la normativización...", p. 47 y ss.; "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus...", p. 849 y ss.; y en ZIESCHANG, "Informe de la Jornada", p. 928.

(157) Por ejemplo, la crítica de que el carácter de "bien jurídico", a través de la historia sería muy cambiante, es rechazada por ROXIN, quien argumenta que nadie defiende un carácter de "validez eterna" en el sentido del Derecho natural de los bienes jurídicos, sino que su concreción se ve afectada por las bases constitucionales y las relaciones sociales del momento; "Rechtsgüterschutz als Aufgabe...", p. 22 y s.

contenido mismo de los bienes jurídicos[158]. El que el concepto "bien jurídico" no sea preciso, necesite concreción y sea cambiante en el tiempo no es una crítica decisiva. Al igual que los "principios", los bienes jurídicos necesitan ciertamente concreción, pero también crítica, en un debate público; algo que precisamente es manifestación de democracia[159].

Un análisis jurídico-penal que prescinda de un contexto valorativo previo, pasaría a centrar el punto de atención, exclusivamente, en el "deber" y no en el "derecho", lo cual tendría la consecuencia de llevar a un Derecho autoritario por falta de posibilidad crítica[160]. La teoría de bienes jurídicos, aunque no pueda explicarlo todo y tenga insuficiencias, sigue siendo, entonces, preferible a la teoría funcionalista de JAKOBS, pues esta no es capaz (ni quiere serlo) de poner límites a la intervención punitiva del Estado. Es cierto que un "Derecho penal restrictivo" constituye una "opción de política jurídica"[161], pero, como precisamente intenta la postura "garantista", la "opción" debería estar incluida ya en la misma dogmática penal para evitar, "desde adentro", la arbitrariedad, la manipulación del Derecho penal.

2. La *base filosófico-jurídica* de JAKOBS, su "normativismo", quiere prescindir por completo de la naturaleza y de la individualidad para definir a la "sociedad" [162], pues –como él mismo afirma– quiere encontrar sola-

---

[158] P. ej. mediante una "teoría constitucional"; ver refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", p. 46 y ss. Últimamente han rescatado la importancia de la teoría de "bienes jurídicos", además de identificar sus coincidencias con la teoría anglosajona del "Harm Principle", VON HIRSCH, WOHLERS y HEFENDEHL, ver en GA 2002, p. 2 y ss. 15 y ss., 21 y ss.; MIR PUIG, "Valoraciones...", p. 76 y ss. PORTILLA CONTRERAS critica la tesis "constitucionalista" tradicional por su falta de concreción; propone en cambio, y bajo un categórico rechazo del funcionalismo sistémico, un "Derecho penal mínimo" en el sentido de "minimización de reacción violenta", pero que contenga la "defensa de derechos económicos sociales" propios de la vida moderna y de la globalización. La Constitución establecería los límites mínimos de valoración para escoger los intereses que deberán protegerse; pero cualquier "bien jurídico" tutelado deberá seleccionarse a partir de que contenga un interés de la persona y este se vea amenazado directa o indirectamente; ver p. 115 y ss.

[159] MIR PUIG, "Valoraciones...", p. 79; ROXIN, "Rechtsgüterschutz als Aufgabe...", p. 5 y ss., 23.

[160] Como acertadamente enfatiza MIR PUIG: "Mientras que el concepto político-criminal de bien jurídico condiciona la legitimidad de una norma penal a que sirva a la protección de valores que la merezcan, la concepción de Jakobs invierte en cierto modo el planteamiento y convierte la norma en objeto en sí mismo legítimo de la protección penal: la norma pasa de instrumento que necesita ser legitimado por su fin, a fin en sí mismo legitimado"; ver "Valoraciones...", p. 79.

[161] JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 69.

[162] Tradicionalmente, las dos formas de concebir a la sociedad se remiten a Hobbes o a Kant; en el primer caso, bajo una deducción causal de la sociedad, como una "coexistencia ordenada"; en el segundo, bajo una deducción trascendental de la sociedad, como una "vida común integrada". En Hobbes, la sociedad se deduce partiendo de la naturaleza por la necesidad de conseguir la paz a través de un instrumento de intimidación: el Estado. Kant no cree que se pueda deducir a la sociedad a partir de la naturaleza; la sociedad sería el medio de desarrollo de la razón; la razón llevaría al ser humano a vivir en una sociedad con otros seres humanos para cultivarse, civilizarse y moralizarse a través del arte y la ciencia. Ver la exposición de KARGL, "Das Recht der Gesellschaft ...", p. 53 y ss.

mente lo característico de ella. Por eso, no trata tampoco el tema de la legitimación del orden social existente, pues presupone que este –como quiera que haya surgido– sería siempre uno que se determine según su utilidad para las preferencias subjetivas; con el sometimiento de los individuos a las tareas grupales (reparto de roles), las reglas se transformarían en "normas" y los individuos en "personas"(163). Pero se pasa así por alto que este "déficit en la explicación de la génesis", que libera al concepto de "sociedad" de la "naturaleza", tiene el resultado de "liberar" al Estado de la contradicción y el consenso de los sujetos(164).

A esto replica JAKOBS que es cierto que su teoría se interesaría en primer lugar por el "mantenimiento del sistema", pero que, a través de este, también incluiría al "sujeto libre". O sea, la tesis de Jakobs sería "neutral" a la cuestión del "sujeto libre"; si el sistema lo considerara (lo que ocurre en sistemas de Estado de Derecho), entraría a tallar; si no, no(165). Ante la crítica de que el "sujeto libre" debería constituir el contenido principal del Derecho penal, Jakobs observa que la "subjetividad" siempre se desarrollaría en una "socialidad"; no existiría una contradicción "libertad" versus "colectivismo", pues recién la "sociedad" otorgaría las condiciones objetivas para la "subjetividad"; luego, afirma él: "... sin proceso de comunicación no se generan sujetos libres"(166). La perspectiva social-funcional no sería hostil al sujeto, sino lo consideraría realistamente dentro de la sociedad. Por ello, no debería ser confundida con un modelo social de orientación colectivista o totalitarista; el modelo propuesto sería *neutral*, no estaría atado a un modelo social determinado, pues –según Jakobs– pueden ciertamente existir sociedades colectivistas organizadas de manera "funcional" o "disfuncional", como también puede ocurrir ello en sociedades liberales(167). La "fuerza de autoconservación" del Derecho penal sería irrenunciable. Por ello, una retirada del Derecho penal para dar paso exclusivamente a medidas jurídico-civiles sería inadmisible, pues no solamente revelaría una crisis del ius puniendi, sino también de lo público(168).

---

(163) Ver la exposición de la teoría social de Jakobs en KARGL, "Das Recht der Gesellschaft...", p. 56 y ss., 66.

(164) Perspicaz crítica resumida de KARGL, "Das Recht der Gesellschaft ...", p. 66.

(165) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 27.

(166) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 27 y ss., 29.

(167) "Quien sólo sabe que una sociedad está organizada de modo funcional, no sabe nada acerca de su configuración concreta... Pero sabe una cosa, sabe que esa sociedad posee y usa de un instrumentario para tratar los conflictos que se producen de forma cotidiana, como, por ejemplo, los delitos, de tal forma que los contrapesos desplazados vuelvan a estar en equilibrio"; JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 31.

(168) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 31.

Pero en contra de lo que afirma JAKOBS, su teoría no puede ser "neutral", pues ha dejado de aplicar el funcionalismo como mero "método de observación" de un statu quo determinado (el "ser") para representar un "criterio de decisión" (el statu quo como sistema funcional debe ser mantenido); con ello llega a confundir "facticidad" con "normatividad": la "facticidad" como aspecto inherente a las ciencias sociales no puede sustituir a la argumentación normativa propia del Derecho; la "decisión" sobre un determinado fin solamente puede hacerse desde criterios valorativos(169). Al definir al "individuo" a partir de la "sociedad", al no asumirlo en su subjetividad, al considerarlo un elemento más del sistema, existe en verdad una identificación con una visión organicista de la sociedad en la cual "... los intereses del individuo son reconocidos en tanto vienen atribuidos por la misma y, por tanto, pueden ser sacrificados –funcionalizados– en aras del interés superior de la perpetuación del todo social"(170). Y es que el concepto mismo de "individuo" está indefectiblemente ligado a "principios"; un método que parte del "individuo", del conflicto entre individuos (intersubjetividad) tiene que desarrollar una "lógica intersubjetiva" que lleva al reconocimiento de principios garantísticos no contingentes. Pero si se prescindiera de esta consideración intersubjetiva, si lo único que importara fuera el sistema, no tendría cabida la idea de "conflicto" entre intereses subjetivos contrapuestos, ya que solamente interesaría un sujeto: el sistema(171). De esta manera, por lo demás, se desatendería la "relación dialéctica" existente entre el "sujeto" y la "sociedad", una actitud que parece estar influida por la creencia en el mito, nunca probado, de que la totalidad (la sociedad) sería más que la suma de sus partes (los individuos)(172).

3. Vinculada con las dos anteriores críticas está la que acusa a la posición de Jakobs de postular un fuerte *conservadurismo* e incluso le llega a atribuir un carácter fascista debido a su acriticismo y a la posibilidad de que legitime regímenes autoritarios.

---

(169) ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 243 y ss., 259. La crítica se dirige básicamente al planteamiento de la "responsabilidad subjetiva" (culpabilidad) que viene definida "desde arriba", o sea, desde las necesidades de estabilización del sistema; en cambio, la teoría de la pena de Jakobs, entendida como "prevención general positiva" (protección de expectativas normativas, reafirmación de víctimas potenciales en la confianza de la vigencia de la norma), eventualmente podría ser compatibilizada con premisas liberales, aunque la formulación no deje de ser, por sí misma, vacía (todo Derecho debe tender a la "protección" de normas jurídicas emanadas de una sociedad); ver ibídem, p. 246, 249 y s. También niegan "neutralidad" a la concepción funcionalista-sistémica de Jakobs, PORTILLA CONTRERAS, p. 107 y s.; MIR PUIG, p. 78 y s.

(170) ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", c. más ref., p. 240; expresamente rebatiendo la respuesta de Jakobs, p. 243 y s.

(171) Cfr. ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", c. más ref., p. 242.

(172) LÜDERSSEN, "Strafrecht zwischen Funktionalismus...", p. 883 y s.

JAKOBS responde que es cierto que toda sociedad organizada funcionalmente tiende a proteger sus normas, pero eso no iría en contra de su teoría, pues ella solamente quiere describir el funcionamiento comunicativo de la sociedad, no avalarla o cambiarla de manera revolucionaria. Y esta explicación funcional aséptica sería plausible tanto en una sociedad liberal como en una esclavista o en el Derecho de las Américas o en el sistema de la Alemania comunista(173).

Al Derecho penal solamente le correspondería una función interpretativa hasta el límite de poder evidenciar los alcances de nuevas regulaciones legales y si estas van a tener un efecto positivo o negativo desde la perspectiva de las valoraciones previas a ellas; no sería tarea del Derecho penal, sino del Derecho público "decidir" si las regulaciones constituyen una criminalización excesiva o innecesaria, o si existiría un vacío de protección(174). El Derecho penal "... es impotente frente a los cambios políticos de valores, y no puede optar a favor de los cambios políticos de valores"(175); la legitimidad de una teoría determinada (la de "bienes jurídicos" o la de "protección de normas") "... sólo son tan legítimas como lo sea el estadio de evolución de la sociedad cuyo Derecho retratan"(176). Es más, JAKOBS dice que pretender establecer un "orden nuevo" con el Derecho penal, y no solamente reconocer el "orden existente", desconocería "... la libertad de los individuos no vinculados por un orden real en ambos lados, tanto en el lado de las víctimas como en el de los autores"(177).

Ahora bien, aunque sea cierto que JAKOBS mismo no haya propuesto ni busque proponer una concepción autoritaria del Estado, lo cierto es que, debido a sus *premisas metódicas*, contiene una "potencialidad" de política criminal autoritaria independientemente de sus intenciones(178). Ello es así porque sus propuestas no son ni pueden ser "neutrales", pues ya su "descripción" inicial del funcionamiento social (como toda teoría de la sociedad) contiene una decisión valorativa, un concepto de "deber ser" escondido dentro del concepto de "función": el "bien", el fin, es concebido como el "mantenimiento del sistema"; su "política criminal" apunta

---

(173) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 32 y s.

(174) Cfr. JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 33.

(175) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 34. En una fórmula resumida dice (traducción libre): "El Derecho penal solamente puede preservar una configuración normativa existente, mas no llevar a mejores tiempos", ver en "Das Selbstverständnis...", p. 55.

(176) JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 70.

(177) JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 73 y s.

(178) ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 256. MIR PUIG, "Valoraciones...", pp. 79; BOCK, p. 645, 649.

a mantener el "estado actual del deber ser" en el sentido de "optimización de la práctica de reconocimiento normativo"[179]. Un análisis del Derecho penal, basado en conceptos provenientes de la sociología, como pretende JAKOBS es, por cierto, metodológicamente posible (no lo afecta la objeción de la "falacia naturalista"[180]), pero –como acertadamente afirma ALCÁCER– "... la cuestión es si deben o no asumirse las premisas valorativas de la teoría funcionalista de sistemas, dadas las implicaciones y consecuencias que pueden derivarse de ello"[181]. Y es que el método funcionalista de JAKOBS, peligrosamente, "voltea la tortilla" al hacer que la "racionalidad valorativa" dependa de la "racionalidad instrumental", porque los principios éticos y las garantías limitadoras recién obtendrán su vigencia y su contenido cuando sean funcionales a la conservación del sistema[182]. En la opción entre el "individuo" y la "sociedad", JAKOBS se decide a favor de esta última, y ni siquiera prevé una teoría del Estado que excluya tendencias autoritarias[183]. Proceder así es ciertamente posible en el análisis del "ser", pero, para poder formular prescripciones de "deber ser" se tiene que ir de la mano con la introducción de límites (a la punibilidad) derivados de criterios axiológicos orientativos; si no se hiciera esto, se caería en el "decisionismo". En ese sentido, la teoría de JAKOBS tiende a mantener el statu quo, a ser acrítica y, por lo tanto, reaccionaria[184].

La construcción meramente normativo-funcional de las categorías jurídicas son extrañas a un *control externo*, a una constatación empírica. Precisamente, el reconocimiento de lo ontológico y de valores como base de

---

[179] BOCK, p. 648 y s.; ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 233 y ss., esp. 238 y s.

[180] La "falacia naturalista" es la que se produce cuando, en la argumentación lógica, se derivan del "ser" consecuencias para el "deber ser". O sea, de la observación de "premisas fácticas" sería falaz obtener "criterios normativos" (estos últimos solamente pueden provenir de otra decisión normativa previa). Ver c. más ref. ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 231 y ss. Pero precisamente en el "funcionalismo sistémico" existe, aunque se niegue esto, una decisión valorativa previa. P. ej. al observar "funciones" en determinada "realidad de la naturaleza", en realidad, no se está haciendo una "constatación fáctica" (no existen funciones intrínsecas a la física de ningún fenómeno), sino se está asignando a lo observado una "finalidad" basada en un "esquema de valores" del observador. Ver, c. más ref. ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 238 y s., esp. nota 41.

[181] ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 239.

[182] Cfr. ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 241.

[183] El problema se traslada de la dicotomía individuo-sociedad a la dicotomía "sociedad"-"Estado", pues este último debe ser concebido de tal manera que no desarrolle una dinámica sobredimensionada (sobrerrepresión, Derecho penal simbólico) ni subdimensionada (falta de protección de bienes jurídicos); ver LÜDERSSEN, quien propone para ello una "teoría de la experiencia", "Strafrecht zwischen Funktionalismus...", p. 892 y s.

[184] ALCÁCER, aunándose a otras voces críticas conocidas, "Facticidad y normatividad", p. 256 y s.; PORTILLA CONTRERAS, c. más ref., p. 108.

la cual parte el Derecho tiene la finalidad de no dejar desamparado al ciudadano frente a la posible manipulación (históricamente experimentada) del Derecho. Así, el concepto de "bien jurídico" no es una construcción gratuita que pueda ser reemplazada con la "lesión de la norma", pues solo el concepto de bien jurídico permite controlar al legislador y al intérprete en la formación y la aplicación de las leyes penales.

JAKOBS replica que él tampoco busca una "constatación empírica" a la "estabilización de normas", pues no sería necesaria desde la perspectiva normativa.

Pero, de esta manera, la teoría funcionalista se vuelve extremadamente *positivista y formal*; el "intérprete", en contra de lo que tradicionalmente ha entendido la doctrina jurídica, solamente se limitaría a describir, explicar el sistema positivo de normas de una sociedad determinada, sin introducir, de ninguna manera, "consideraciones valorativas" de sobre cómo debería ser conformada la sociedad(185). Esto vuelve al tema del "conservadurismo", pues para JAKOBS, la sociedad, tal como está, es un "ser" que solamente debe ser analizado, no valorado; las valoraciones vendrían recién con la "política criminal" y no con el Derecho penal mismo; y este último no se verá afectado por las valoraciones del primero. Es decir, JAKOBS vuelve a separar estrictamente política criminal y dogmática penal(186). Pero esto no es fácticamente viable, porque ya hace tiempo se ha demostrado que no es posible una mera "subsunción formal" de la ley penal (la interpretación dada por el operador del Derecho siempre tendrá que recurrir a un razonamiento teleológico y valorativo)(187).

El potencial conservador de la teoría de JAKOBS puede llevarlo a sacrificar al "individuo" frente al interés primordial de "estabilizar el sistema". Ello se mostraría de manera patente –y JAKOBS lo ha expuesto así sin ambages– en la "culpabilidad" y en la "fijación de la pena"(188).

4. La *prevención general positiva*, como tarea del Derecho penal, como ya se dijo, consistiría, para JAKOBS, en afirmar ante todos los individuos la validez (o vigencia) de valores fundamentales (bienes jurídicos) con lo cual

---

(185) ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 252 y ss.

(186) Cfr. ALCÁCER, c. más ref., p. 253 y s.

(187) ALCÁCER, c. más ref., "Facticidad y normatividad...", p. 254 y s. El "teleologismo" de Jakobs se reduce a la "estabilización del sistema normativo", no dice nada, pues todo sistema jurídico busca siempre un "reconocimiento" de validez; esa "finalidad" seguirá vacía de contenido, mientras no diga cuál es el medio para que se consiga llevarla a cabo (¿el terror, la internalización de valores, etc.?); ver ibídem, p. 255.

(188) ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 258 y s.

se da forma a un juicio ético-social entre ellos y se fortalece su "fidelidad al Derecho". No se trataría de crear miedo, sino de tranquilizar mediante una pena que restablezca la vigencia de la norma afectada con la finalidad de posibilitar la convivencia pacífica de los ciudadanos en sociedad(189).

Esta idea de preservación de la "vigencia de la norma", atribuida a JAKOBS, lleva a la aplicación también funcionalista de la prevención como atribución a cambio de la "culpabilidad". Pero una concepción tal sería muy peligrosa, pues, si se quieren limitar los peligros de la prevención general (la extralimitación en las penas), no se puede prescindir del "principio de culpabilidad" tal como ha insistido continuamente ROXIN(190). Por otro lado, también se podría objetar aquí el carácter totalmente acrítico de esta concepción, pues presupondría la bondad de los "valores" previamente dados cuya fidelidad se quiere asegurar. Además, en relación con la "prevención general negativa" esta teoría implicaría, en realidad, solamente un cambio de formulación: sea que se hable de "motivación" o "fortalecimiento de la fidelidad al Derecho", ellos constituyen los efectos deseados, pero desde la perspectiva del ciudadano, la pena implica también "intimidación" dentro de este marco, además de un uso instrumental con fines ajenos al individuo en aras de un sistema de normas declarado como el bien de mayor nivel moral(191).

La crítica inicial a la formulación de la "prevención general positiva" de JAKOBS, sin embargo, ha perdido algo de actualidad, ante la nueva formulación expuesta por este en un sentido incluso más radical en apego a la doctrina filosófica de Hegel. Ahora ha prescindido por completo de toda "finalidad" de la pena, pues ella solamente buscaría la *estabilización de la norma*. La pena no tendría por qué perseguir un fin determinado, sino se legitimaría únicamente a través de la necesidad de marginalizar la afirmación que hace el delincuente con su hecho ("la norma no vale") mediante una contraafirmación objetivada en la pena ("la norma sí vale")(192). Se había criticado a Jakobs que el criterio rector la de "estabilización del

---

(189) JAKOBS, describiendo el delito como contradicción de la norma, se refiere a la necesidad de garantizar "orientación en la vida social" de los ciudadanos que interactúan en la sociedad; el delito perturbaría esto y la pena tendría que confirmar a los que confían en las normas que estas siguen teniendo vigencia; ver "Strafrecht A. T.", p. 6 y ss.

(190) Ver últimamente, c. más ref., "Strafrecht A. T.", p. 59 y ss., n. marg., 48 y ss.; "Dogmática penal y política criminal", p. 171 y ss.

(191) Cfr. KARGL, "Handlung und Ordnung", p. 568 y s.

(192) GÜNTHER, "Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe", p. 205; SCHÜNEMANN, "La relación entre ontologismo...", p. 646 y s. La crítica se dirige fundamentalmente a la última versión del funcionalismo radical de Jakobs (antes postulaba la "prevención general positiva") que, según la observada por Schünemann (ver ídem, p. 645), empezó a regir desde 1992.

sistema" (delito sería todo lo que atenta contra esto) sería de difícil, si no de imposible constatación empírica[193]. Ahora esta crítica ya no lo alcanza (ni la de su identificación con la prevención general negativa), pues, como él mismo admite, el fenómeno de la "confirmación de la identidad" logrado por el Derecho penal no puede aprehenderse empíricamente; ni tampoco interesaría esto: la vigencia perturbada de la norma se reestablecería solamente en el plano de la comunicación[194].

Pero con esta nueva posición, JAKOBS cae en la *tautología y la circularidad* criticadas, en general, al funcionalismo de Luhmann, pues "la finalidad del Derecho de ejercitar en el reconocimiento de la norma no es más que la pretensión de respeto a que tiende todo sistema de normas prescriptivas... Con afirmar dicho fin no se ha dicho aún nada puesto que no se explicita cómo debe llevarse a cabo", o sea, qué mecanismo va a entrar en acción para proteger la "expectativa normativa"[195]. Para responder a esta pregunta se tendrá que volver a introducir la noción de "finalidades preventivas". Además, esta "forma como" debería poder ser constatada empíricamente en cuanto al cumplimiento de los fines; la "validación empírica" es un criterio insustituible de legitimación en la teoría de los fines de la pena[196]. Con ello, el sistema funcionalista dejaría de ser "cerrado" tal como lo pretenden sus defensores. Y en efecto, el propio JAKOBS no puede evitar recurrir a criterios "valorativos" para concretar el "fin" de "estabilización del sistema jurídico". Así, ya la finalidad de proteger la "vigencia de las expectativas" de seguridad de los ciudadanos frente a eventuales lesiones de sus intereses" implica una cierta concreción, aunque todavía no se precisan los "medios"[197]. Por cierto que resulta dudoso que estos "medios" puedan ser encontrados alguna vez y que la teoría

---

[193] Así, SILVA SÁNCHEZ, quien destacaba inicialmente la "potencialidad reaccionaria" de la teoría de Jakobs; ver "Aproximación", p. 70. Pero en últimas publicaciones se ha acercado a esta postura de Jakobs; ver en especial "Die Expansion des Strafrechts".

[194] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 21.

[195] ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", c. múlt. ref. de literatura sociológica y filosófica, "Facticidad y normatividad...", p. 250, 251 y s. La "circularidad" está en que el "telos" perseguido en el sistema de Jakobs no puede concretarse, sino remitiendo otra vez a las normas positivas de la cual fue extraído; ver ibídem, p. 255. También críticamente, en el mismo sentido, respecto al fin "aseguramiento de la existencia" que, en principio, sostiene Jakobs, LÜDERSSEN, "Strafrecht zwischen Funktionalismus...", p. 885. Este último autor encuentra, sin embargo, elementos en el análisis de Jakobs (particularmente en su definición de "comunicación personal" y en la "culpabilidad") que demostrarían que no habría desvinculado por completo la tarea del Derecho penal de los intereses individuales en la sociedad; más bien, Jakobs, a diferencia de las doctrinas dominantes tradicionales, solamente iría a un mayor grado de abstracción, a una mayor generalización de la protección de los individuos (diferencia cuantitativa); ibídem p. 881, 887, 891.

[196] ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 259; BOCK, p. 654 y s.

[197] ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 256.

funcionalista radical no pase de proporcionar meras "consideraciones de plausibilidad" sobre los efectos reales de la prevención general positiva[198].

Por otro lado, SCHÜNEMANN critica el error metodológico de deducir de la "lesión a la norma", automáticamente, la "sanción penal específica" dado que la gran mayoría de lesiones a la norma quedan impunes[199]. La base misma de la dogmática penal postulada por JAKOBS se manifiesta aquí en toda su crudeza: la pena no tendría un fin, sino que ella constituiría ya por sí misma el alcance de un fin (método de "reducción medio-fin desde el fin"). Ante esto SCHÜNEMANN opone que "... en una justicia que alcanza su fin mediante su mera existencia no hay lugar para una política criminal en el sentido de acreditación y control a través de persecución de fines demostrables empíricamente"[200].

La nueva posición de JAKOBS sobre la "función de la pena" no es por cierto consecuencia vinculante con sus otras propuestas. Se puede llegar a conclusiones similares desde posiciones más bien tradicionales. Así, los que postulan un carácter "simbólico-expresivo" de la pena coinciden en afirmar que la pena *también* tendría una función "estabilizadora" de normas (aparte de atender a la víctima y reprochar al delincuente), pues se dirigiría igualmente a la generalidad a la cual comunicaría que la conducta constituye un injusto y no un accidente, que esta conducta no es aceptada y que la responsabilidad por ello no recae ni en la víctima ni en la generalidad[201]. Y tampoco esta "prevención general positiva" es nueva, pues presenta notables coincidencias con la "teoría de la anomia" de Durkheim, la cual también entendía que ante una "conducta desviada" como el "delito" se debía reforzar la consciencia colectiva mediante una desaprobación simbólica, ceremonial y pública[202].

5. La concepción de la *culpabilidad* de JAKOBS es inaceptable por varios motivos. En primer lugar, no convence su afirmación de que la "culpabilidad" en el sentido de la "retribución", no sea capaz de proporcionar una *medida de la pena*, que esta recién pueda obtenerse a través de finalidades externas (preventivas); esta afirmación no demuestra, en todo caso, que el "principio de culpabilidad" sea innecesario y que, obligatoriamente, se tenga que admitir un "concepto funcional de culpabilidad" en el sentido

---

[198] BOCK, p. 655 y s.

[199] SCHÜNEMANN, "La relación entre ontologismo...", p. 647.

[200] SCHÜNEMANN, "La relación entre ontologismo...", p. 648.

[201] GÜNTHER, quien cita expresamente a Jakobs, p. 218 y s.

[202] Observación de BOCK, p. 636.

de "práctica en la fidelidad de la norma"[203]. Tal afirmación parece contener, más bien, una confusión. Y es que, tal como hace la doctrina penal alemana desde mediados de los 70, debe distinguirse la culpabilidad como "fundamentadora de la pena" (principio de culpabilidad) de la culpabilidad como criterio de "medición de la pena"; esta última función puede discutirse en cuanto a sus alcances[204]. La crítica de JAKOBS apunta a esta última función, pero descuida la primera[205] aparte de que tampoco el funcionalismo radical pueda por sí mismo garantizar una "medida" de pena justa si solamente se basara en el criterio empíricamente indemostrable de lo "necesario" para mantener la "fidelidad normativa"[206].

En segundo lugar, precisamente esta función de "principio" de determinación del "si" de la pena que cumple el "principio de culpabilidad", lo hace irrenunciable para el Derecho penal pues, gracias a él se tiene una garantía ante las posibilidades de abuso, arbitrariedad, de instrumentalización (incluso con fines sociales) del ciudadano. Por eso, se afirma categóricamente que el "principio de culpabilidad" está al mismo nivel que el principio constitucional de la "dignidad humana": el ser humano no debe ser instrumentalizado para servir a intereses sociales de estabilización[207]. La "culpabilidad" tiene que poner un límite a toda política criminal y al derecho positivo así sean estos entendidos en el sentido de que pretendan solamente una "práctica de reconocimiento normativo". Es más, este principio exige que la ley, en el fondo, solamente tenga un "carácter declarativo" y que no sobrepase el entendimiento material que se tenga de la culpabilidad (una "consciencia del injusto anterior a lo positivo", un "mínimo ético", etc.)[208]. El que la ley vigente, a veces, no respete este principio, es un asunto diferente y no afecta al análisis sistemático-funcional[209].

6. La distinción entre *individuo y persona*, que pretende diferenciar entre estado natural y sociedad, entre hecho y validez, instrumentalidad

---

[203] BOCK, p. 638 y s.

[204] Enfatiza en esta distinción, c. más ref., ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 747, especialmente criticando la tesis de Jakobs, p. 739.

[205] Por eso BOCK dice de la crítica de Jakobs a la teoría tradicional de la culpabilidad (para identificarla luego con la "prevención general positiva") que implicaría una "batalla aparente en escenarios secundarios"; p. 639.

[206] Cfr. BOCK, p. 656.

[207] ROXIN, c. más ref., "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 724 y ss.; igualmente el mismo autor en "El principio de culpabilidad...", p. 171 y ss., y "Problemas actuales...", p. 66; BOCK, p. 642.

[208] BOCK, p. 646 y s.

[209] Cfr. BOCK, p. 646 y s.

y normatividad, resulta artificial cuando –como ocurre con la teoría de Jakobs que prescinde del origen de lo común– la norma social se llega a transformar en un factum en estado natural, cuando el ser de la persona se agota en su inclusión en un hecho social[210]. Aunque Jakobs afirme que el ordenamiento del deber ser social que postula surgiría cuando la norma contenga el parámetro que sirva para la "comunicación" (o sea, la descripción de la conducta que interesa a todos cumplir y hacer respetar) y que las prohibiciones que no cumplan con esta comunicación social no serían normas (sino solamente imposiciones que contienen dichos sobre consecuencias desventajosas), estas afirmaciones no pueden prescindir de los individuos: si se prescindiera de los individuos, el ordenamiento conceptuado se asemejaría a un suceso natural, nada impediría que el orden normativo mismo contenga "violencia" (arbitraria), pues tampoco existirían parámetros para definir cuándo esta violencia se presentaría[211].

Por otro lado, trasladada a lo penal esta diferenciación entre persona e individuo, tropieza con contradicciones. Así, cuando la "persona" hubiera infringido la norma (defraudación de expectativas), lo lógico sería retirarle su "personalidad"; el delincuente se habría excluido por sí solo de la sociedad. Pero esto resultaría desproporcionado y llevaría a consecuencias inhumanas; por eso, Jakobs tampoco quiere esto; pero si el infractor de la norma continúa siendo persona, ¿cómo es posible, lógicamente, que una "persona" que por definición realiza conductas correctas pueda infringir la norma? Jakobs ofrece la salida de distinguir entre "personalidad material" (la que actúa de conformidad con la norma) y "personalidad formal" (la de aquel que infringe la norma, pero tiene la aptitud de participar en el esquema del deber ser). Esta es una solución que suena artificial, sobre todo, cuando en otro desarrollo de su doctrina JAKOBS sí admite que "personas" que delinquen puedan autoexcluirse y transformarse en "enemigos" (ver el punto 8).

También hay con la concepción de la "pena" y la "medida de pena" propuestas por JAKOBS. Según él, como la infracción de la norma (y con ello la negación de las condiciones de la vida en común) y la consecuencia jurídica ocurrirían en el mundo normativo, no sería tarea del Derecho penal la "dirección de conductas"; la "pena" solamente podría tener la ta-

---

(210) Cfr. KARGL, "Das Recht der Gesellschaft ...", p. 60 y ss.

(211) Cfr. KARGL, "Das Recht der Gesellschaft ...", p. 62. Jakobs solamente pone un límite a la "carga" que supone el ser "persona": cuando la sociedad exija del individuo el sacrificio de su propia existencia, la "persona" puede recurrir al "mundo instrumental", se volvería "individuo" (Jakobs denomina a esto: "la salida del individuo") y el "grupo" toleraría esto.; ver ibídem.

rea de "negar" el "significado" dado a la norma vigente que el delincuente haya expresado con su conducta. Pero, como ya se dijo, esta concepción contiene el peligro de la "desproporcionalidad" de la pena, peligro que no puede ser rebatido con los argumentos de JAKOBS de que frecuentemente no existiría el peligro de que se imite la infracción de la norma y que la medida de la pena tendría que orientarse en la medida de la "negación de personalidad objetivada en el hecho". Al primer argumento se puede contestar que la determinación de si existe o no un "riesgo de imitación" sería arbitaria y llevaría a comtradicciones valorativas en cuanto a la gravedad de los distintos delitos (p. ej., los homicidios tendrían una menor pena que los hurtos); y al segundo argumento se puede reprochar una grave incongruencia: no es compatible con la definición normativa de "persona" la posibilidad de graduar la "negación de personalidad"; se necesitarían parámetros cuantitativos sin saber cuál es su origen(212).

Por lo visto, el mismo JAKOBS, al final, no puede tampoco dejar de recurrir a algún elemento "individual-psicológico" a la hora de definir la "comunicación personal", pues admite que en el "proceso comunicativo" tendrían que considerarse "la unidad y la complejidad de la consciencia"(213).

7. También puede discutirse la validez y posibilidad de aplicación práctica de conceptos funcionalistas como *comunicación* y *estabilización de la confianza en el ordenamiento normativo*.

El concepto *comunicación*, como elemento del "sistema social" ha sido tomado por JAKOBS de la teoría social de Niklas Luhmann, quien pretende, excluyendo todo lo ontológico y en un nivel muy abstracto que sirva luego de modelo universal, explicar la "sociedad" como sistema autopoiético, o sea con capacidad de autoobservación, autodescripción, autoorganización e incluso, autodirección(214). Un sistema autopoiético como el propuesto por Luhmann es, por cierto, cerrado y circular, lo cual se opone, ya desde el principio, al entendimiento usual del Derecho como sistema "abierto"(215). Pero también es discutible la desvinculación de los "sistemas" (supuestamente autopoiéticos) analizados; en el caso

---

(212) Ver la crítica de KARGL, "Das Recht der Gesellschaft ...", p. 65.

(213) JAKOBS, "Strafrecht zwischen Funktionalismus...", p. 874, nota 70, al final. LÜDERSSEN, de quien parte esta aguda observación, atribuye, por eso un "eclecticismo mínimo" en las tesis de Jakobs que, apartándose con esto de su fuente sociológica (Niklas Luhmann), llevaría a admitir el carácter originario del sujeto; ver "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus...", p. 887 y s.

(214) Ver ref. en KARGL, quien advierte que, entre las distintas posibilidades de entendimiento del concepto "autopoiesis", la de Luhmann llevaría a admitir incluso una "autorreproducción del sistema", con lo cual este se transformaría en un "supersujeto"; "Kommunikation kommuniziert?", p. 356 y ss., esp. 358.

(215) KARGL, "Kommunikation kommuniziert?", p. 360.

de un sistema social en concreto, este estaría desvinculado de otros sistemas, tanto sociales como individuales. En lo que interesa al Derecho, que funcionaría a través de la "comunicación", la desvinculación de los sujetos de tal "comunicación", o sea la total desubjetivización, tendría implicancias éticas inaceptables, pues privaría al sistema social de su "base vital", de su relación con "valores" y de una posibilidad de controlar la eficacia del sistema jurídico con lo cual se tiende al "legalismo"(216). La referencia al "sujeto" es, entonces, indispensable en todo modelo explicativo de la sociedad o de un elemento de ella (como el Derecho, en general, o el Derecho penal, en particular) para poder encontrar las causas y los mecanismos de lo analizado, pues, de lo contrario, el modelo solamente podrá explicar los "efectos" (déficit explicativo de la génesis) de una diferenciación funcional en la sociedad; las estructuras (sociales) no tienen actividad propia, sino se modifican recién con la actuación de individuos y actores colectivos(217). Como resume KARGL: no es la "comunicación" la que comunica, sino los "sujetos"(218).

El concepto *estabilización de la confianza en el ordenamiento* resulta arbitrario y contraproducente para los propios fines funcionalistas. Por un lado, este concepto (o finalidad) no es accesible a una medición empírica (¿cómo medir que se ha conseguido el mínimo de estabilización?) y queda en manos del libre arbitrio del legislador o del juez; por otro lado, si se divulgara entre la población que la punibilidad no dependería de la actitud con la que se actúe, sino de factores externos a los ciudadanos, el resultado será precisamente una falta de estabilización de la confianza en el ordenamiento(219). En la práctica judicial, sería, por ejemplo, impensable e incomprensible para el afectado que el juez fundamente su resolución afirmando que, aunque no tiene pruebas de que el sujeto haya actuado "queriendo" el resultado producido, se le va a imponer una pena para reforzar la confianza de los ciudadanos en la validez normativa(220).

Y es que el problema de aplicación práctica de este concepto funcionalista radica precisamente en su naturaleza, o sea en su carácter "latente". Desde que deja de ser "latente", pierde eficacia; o sea, para que "funcione" la pena como reafirmación en la vigencia del ordenamiento normativo,

---

(216) KARGL, c. más ref., "Kommunikation kommuniziert?", p. 353, 363, 370 y ss., esp. nota 78.

(217) KARGL, c. más ref., "Kommunikation kommuniziert?", p. 370 y ss., esp. notas 78 y 89.

(218) KARGL, "Kommunikation kommuniziert?", p. 373.

(219) ROXIN, "Strafrecht. A. T.", p. 739 y s.

(220) BOCK, p. 651.

este objetivo –si fuera el único– tendría que permanecer "oculto" a los ciudadanos, pues si ellos lo conocieran, precisamente dejarían de actuar en el sentido que se quiere[221]. La racionalidad de los ciudadanos es diferente a la de un Derecho penal funcional; a los primeros les interesan sus propios objetivos y valores, entienden un código moral que está mejor representado por la "culpabilidad" entendida como pena justa derivada de haber hecho algo "malo" (con dolo o con imprudencia), y no como pena dirigida a mantener la fidelidad normativa en los ciudadanos[222].

El entendimiento jakobsiano de la "prevención general positiva" pone de manifiesto el *riesgo de irracionalización* derivado de la aplicación de métodos sociológicos al Derecho penal. Al considerar al Derecho penal como un medio más de "control social", también se quiere equiparar funcionalmente las llamadas "funciones latentes" (efectos que también sirven a la estabilidad social, pero no son perseguidas o asumidas conscientemente; p. ej. la venganza) con las "funciones manifiestas" (las perseguidas conscientemente y aceptadas por la generalidad) de la pena. Pero esto va en contra del garantismo más elemental, pues supone sustituir la legitimación derivada de un consenso real por la producción estratégica de un consenso ficticio. Por eso, afirma ALCÁCER enfática y acertadamente: "... el lenguaje de la *racionalidad sistémica*, basado en el código binario de lo funcional/disfuncional, no es traducible al lenguaje de la *racionalidad intersubjetiva*, en el cual la comprensión de lo social y, por ello, de lo jurídico, parte de la idea democrática de creación intersubjetiva del Derecho, del mutuo reconocimiento de derechos entre los individuos y, por tanto, del establecimiento de principios no instrumentalizables en aras de la sociedad"[223].

8. En un ulterior desarrollo de la distinción entre "individuo" y "persona", JAKOBS ha comenzado a desarrollar lo que él denomina *Derecho penal del enemigo*. Inicialmente JAKOBS no empleaba una posición tan radical, aunque el contenido de esta idea ya estaba presente en su manual y en contribuciones anteriores a la hora de tratar los "delitos de peligro abstracto" y otros casos de punibilidad adelantada[224].

---

[221] Cfr. BOCK, quien analiza el problema de la "latencia", p. 649 y ss.

[222] Cfr. BOCK, p. 652 y s.

[223] ALCÁCER (las cursivas son del original), "Facticidad y normatividad...", p. 261. LÜDERSSEN observa, sin embargo, que los juristas nunca habrían respetado este esquema interpretativo de la sociología; "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus...", p. 877.

[224] JAKOBS, "Strafrecht A. T.", cap. 2, n. marg. 25a y ss., p. 46 y ss.; y también en "Bases para una teoría funcional...", p. 209 y ss. (que, recoge su artículo "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", publicado en la revista ZStW 97, 1985, p. 751 y ss.).

En sus primeras menciones al "enemigo"[225], afirmaba que un "Derecho penal del enemigo", solamente debería tener legitimidad en un "Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente", y que ello sería, más bien, signo de una falta de "fortaleza del Estado de libertades"[226]. El término "Derecho penal del enemigo" era usado así para criticar, a la doctrina tradicional y a la legislación penal basada en aquella que mediante algunas figuras dogmáticas tratarían al "ciudadano" como un "enemigo". JAKOBS criticaba a la teoría de "bienes jurídicos" por tratar al "autor" como "enemigo del bien jurídico", como fuente de peligro. Además, identificaba que tal tratamiento se presentaría de lege lata en algunos tipos penales como en la "falsificación documental" y la "producción, adquisición o entrega a otro de sustancias radioactivas", en los cuales se "desprivatizarían" las conductas para poder acceder a otro aspecto interno, el de los "planes del sujeto", tratándolo así como "enemigo"[227]. De esta manera, el Derecho penal se habría adelantado para proteger mejor bienes jurídicos, pero penetrando ilegítimamente en el "ámbito interno" de las personas. Por ello resume JAKOBS: "... el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad"[228].

Pero poco más tarde, con motivo de la "Jornada Berlinesa" de 1999, JAKOBS retomó y radicalizó esta idea en el sentido de que, en la situación actual, en la que el "dominio del sistema económico" y la "globalización" exigen a la ciencia penal una "efectividad" en la protección de bienes, una "sociedad consciente de los riesgos" no tendría otra alternativa que construir un "Derecho penal del enemigo", unas "reglas" especiales –distintas de las del Derecho penal del ciudadano– dirigidas a las "no personas" o sea a aquellas que se hayan apartado permanentemente del Derecho[229]. Para estos casos, el "Derecho penal del enemigo" debería prever una amplia anticipación de la punibilidad (delitos de peligro); una pena reducida, pero no correspondiente a la anticipación; una legislación penal de "lucha"; y la reducción de garantías procesales. Muchas de estas medidas

---

[225] Ver "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", ZStW 97 (1985), p. 751 y ss. El texto ha sido traducido al español y publicado, en el Perú, en "Bases para una teoría funcional...", p. 209 y s. En el párrafo que sigue, las referencias se refieren a la versión española.

[226] En "Bases para una teoría funcional...", p. 247, 246, respectivamente.

[227] En "Bases para una teoría funcional...", p. 211, 233, respectivamente.

[228] En "Bases para una teoría funcional...", p. 215.

[229] JAKOBS, "Das Selbstverständnis...", p. 47 y ss. En posteriores trabajos ha desarrollado más esta idea; ver, en especial, "Staatliche Strafe...", p. 40 y ss.; "Personalität und Exklusion...", p. 460 y ss., y en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, p. 21 y ss.

ya habrían sido tomadas (inconscientemente) por el legislador alemán y admitidas por la doctrina sin mayores problemas y como ha ocurrido con los tipos de "preparación de un delito" (Verbrechensvorbereitung)[230]. En concreto, JAKOBS identifica "enemigos" en las siguientes áreas: según su actitud, en los delitos sexuales y en supuestos de criminales habituales; según su ocupación, los delincuentes económicos y los de la criminalidad organizada; según su vinculación con una organización, terrorismo, criminalidad organizada, tráfico de drogas, complot para asesinar[231].

La situación de emergencia actual estaría condicionada y tendería a incrementarse por la disminución de fuerza vinculante de la sociedad, derivada de la desintegración de la familia y el "multiculturismo" desintegrador; una sociedad tendrá "enemigos" que circularán abiertamente como tales o "con piel de cordero"[232]. Estas "no-personas" (a diferencia de las "personas" capaces de "comunicación normativa" y cuyos delitos solamente podrían "irritar" internamente a la sociedad) equivaldrían a un "entorno perturbador" (störende Umwelt) y, como no ofrecen la garantía mínima de "cognitividad" para poder ser tratadas como "personas", deberían ser excluidas mediante reglas especiales previstas como una "segunda vía" si se quiere salvar el "Derecho penal de los ciudadanos". La "pena" tendría, entonces, una diferente función preventiva según el destinatario de la norma que se trate: si se tratare de "personas" (participantes de la comunicación), a ellas se dirigirá la "función abierta", "confirmadora" de las normas, a las cuales se les ejecutará de todos modos la pena para "objetivizar" duraderamente la declaración de culpabilidad"; si se tratare de "no-personas" (enemigos), o sea sujetos que solamente actúan siguiendo el modelo de satisfacción/insatisfacción (el homo phaenomenon de Kant), la pena tendrá solamente "funciones latentes", pues de ellas se quiere que aprendan "fidelidad jurídica" o "intimidación"[233]. El "Derecho penal del enemigo" equivaldría a una "guerra", aunque relativizada por la peligrosidad que se atribuya al enemigo ("lo que se tema del enemigo"); mientras más peligrosidad demostrara el "enemigo", más se incrementaría su "despersonalización", tal como habría ocurrido con los prisioneros en Guantánamo[234]. Por eso, afirma JAKOBS, que "constituye la tarea ape-

---

[230] JAKOBS destaca este ejemplo, con una exposición histórica, y da otros más existentes en la legislación penal alemana vigente; ver últimamente en "Staatliche Strafe...", p. 45 y s.

[231] JAKOBS, "Das Selbstverständnis...", p. 52; "Staatliche Strafe...", p. 41 y s.

[232] JAKOBS, "Das Selbstverständnis...", p. 52 y s.; también similar en "Personalität und Exklusion...", p. 462 y s.

[233] JAKOBS, "Das Selbstverständnis...", p. 50.

[234] JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 44.

nas comenzada de la ciencia, el identificar las reglas del Derecho penal del enemigo y, aislarlas del Derecho penal del ciudadano, a fin de poder persistir con más énfasis en este último en el tratamiento del delincuente como persona del Derecho"(235).

En el plano del Derecho penal internacional –siempre según JAKOBS– a primera vista parecería que también se estuviera empleando (aunque sea inconscientemente) el concepto de "enemigo" con la creación de un Tribunal Penal Internacional o jurisdicciones penales supranacionales para juzgar actos de violación a los derechos humanos cometidos por altos funcionarios gubernamentales y militares. En realidad, dice JAKOBS, pese a la apariencia de que la pena tendría aquí la función de "asegurar cognitivamente" la vigencia de los derechos humanos en contra de las infracciones de aquellos sujetos, en realidad, a estos no se les quita la personalidad, sino se les estaría "imponiendo una personalidad" ante un ordenamiento todavía inexistente(236). JAKOBS afirma que por más que se diga que aquí se trataría de confirmar la validez de los derechos humanos, dado que todavía no se habría construido un ordenamiento basado en una teoría consistente de "derechos humanos" vigente en el lugar y en el momento en donde se realizan las infracciones (o sea que sirva de "orientación normativa"), al sujeto se le estaría sancionando no por la "comunicación" que realice en el sentido de quebrantar un ordenamiento establecido, sino por no haber constituido un ordenamiento todavía inexistente; y esto atentaría contra el principio de legalidad y solamente constituiría una "pena en estado natural"(237). JAKOBS concluye afirmando que él no estaría en contra de establecer Derechos Humanos de validez universal, sino que solamente quiere, fiel a su concepción y terminología, aclarar que por ahora, con los tribunales penales supranacionales e internacionales "no se pena a ciudadanos sino se maltrata a enemigos"(238).

El rechazo de la doctrina alemana ha venido condicionado, en primer lugar, por los términos utilizados por Jakobs, pues recuerdan a los empleados durante el régimen nazi-fascista: "enemigo", "no persona", así

---

(235) JAKOBS (traducción libre), "Das Selbstverständnis...", p. 53. Entonces, según JAKOBS, debería diferenciarse "limpiamente" entre "ciudadano criminal" y "enemigo"; para el primero regiría el Derecho penal común que espera a que el autor exteriorice su hecho; para el segundo, el "Derecho penal del enemigo" no espera, sino dispone contra él todo lo necesario incluso "años antes" de que cometa el hecho; ver "Staatliche Strafe...", p. 41.

(236) JAKOBS, "Personalität und Exklusion...", p. 464 y s.; "Staatliche Strafe...", p. 47.

(237) JAKOBS, "Personalität und Exklusion...", p. 465 y s., 467. Recientemente JAKOBS es incluso más contundente: "Al autor se le declara entonces como persona en el Derecho para poder fingir una validez universal de los Derechos Humanos, presentes idealmente, como si ya existieran en la realidad"; "Staatliche Strafe..." (traducción libre), p. 47.

(238) JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 48.

como por la afirmación categórica de que no habría "otra alternativa" que recurrir a tal "Derecho penal del enemigo"(239). Y también ha sorprendido el cambio radical del uso que hace Jakobs con el término "enemigo". SCHULZ ha afirmado por eso que con ello Jakobs habría pasado de una categoría analítica en el sentido de un "así no es" a una categoría de "así quizás sí" o de un "así necesariamente sí"(240).

Pero no solamente la terminología merece un rechazo inmediato, sino también las bases en las que se asienta, así como las consecuencias a las que tiende el reconocimiento de un "Derecho penal del enemigo"(241). Para el Derecho penal de herencia liberal, todo delincuente, por el hecho de que haya cometido un delito cualquiera no deja de ser "persona" en el sentido de sujeto portador de todos los derechos. En el caso de conductas que, debido a la complejidad de la vida moderna, son especialmente peligrosas, de difícil persecución y de difícil probanza (p. ej. la "criminalidad organizada"), el Derecho penal y el Derecho procesal penal deben, ciertamente, reaccionar de forma "eficiente", pero esto implica solamente un "problema de regulación" ante una "modernización de la sociedad" y una correspondiente "mordernización de la criminalidad"(242). El hecho de que las leyes se refieran a veces a la "lucha" contra determinado grupo de delitos (en Alemania: tráfico de drogas, terrorismo, delitos económicos, delitos sexuales y otros delitos graves)(243) no obliga a interpretar que el legislador habría optado ya por un "Derecho penal del enemigo" ni menos aún que esto sea legítimo. En última instancia, ante una coyuntural aparición de una serie de casos, siempre podría argumentarse que los individuos se habrían "apartado duraderamente del Derecho". ¿Acaso apenas aparezca un grupo de delitos de especial trascendencia en la actualidad (p. ej. delitos violentos, "corrupción de funcionarios", etc.) debería optarse por tal Derecho penal del enemigo? Además, existe una contradicción notable: si la "persona" es definida por las reglas de imputación del Derecho penal, ¿quién va a definir, si no es el propio Derecho penal, al "enemigo"?(244).

---

(239) Observación crítica de SCHÜNEMANN a las primeras discusiones de penalistas alemanes contra esta propuesta de Jakobs, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", p. 211.

(240) SCHULZ, p. 659.

(241) Ver, en especial, SCHÜNEMANN, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", p. 211 y ss.; SCHULZ, p. 655, 659 y ss.; GRACIA MARTÍN, p. 120 y ss.

(242) SCHÜNEMANN, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", p. 211 y s.

(243) Así argumenta, sin embargo, JAKOBS, en "Staatliche Strafe...", p. 41 y s.

(244) Cfr. SCHÜNEMANN, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", p. 212.

Incluso si solamente se tratara de una "metáfora" para englobar una serie de complejos problemas actuales que requieren una difícil ponderación y el establecimiento de reglas efectivas, es evidente el peligro de "liberación de legitimidad" a la intervención penal en estos casos[245]. JAKOBS es consecuente con sus postulados previos, pero demuestra aquí cómo, bajo su desapego (o rechazo) de criterios legitimadores de un ordenamiento jurídico, su "empirismo" lo lleva a absolutizar cualquier ordenamiento normativo[246].

9. Pese a los esfuerzos de JAKOBS por construir una *teoría de la justificación* que armonice con sus conceptos de norma, sociedad y Derecho, se observa una conflicto ineludible: ¿cómo se puede evitar que los intereses de las "personas" primen siempre frente a los de los que no son personas (individuos y excluidos) cuando ambos tipos de sujetos entren en conflicto (para los conflictos entre "personas" sí existirían deberes de tolerancia)? Y es que estos últimos, al no ser personas, al formar prácticamente parte de la naturaleza tendrían, lógicamente, que ser sacrificados cuando entraran en conflicto con el "desarrollo de libertades" de las personas (p. ej. en el estado de necesidad, la legítima defensa agresiva, etc.). Por eso no se entiende, en sentido lógico, que JAKOBS tome como ejemplo a una "no persona" como el "feto" para criticar a la doctrina dominante que recurre a la "ponderación de bienes". Según él, dado que el feto no sería "persona" no se le podría atribuir un "defecto de organización" o siquiera exigir un "deber de tolerancia" en el caso en que su vida colisionara con la vida o la salud de la madre; la atención del Derecho penal debería, luego, dirigirse a una "configuración de organización impuesta a la persona" (a la madre). Luego, –prosigue JAKOBS– en un aborto, en realidad, se estaría "excluyendo" al feto como "persona" de la misma manera como se excluiría si se admitiera un "deber de tolerancia" en quien ha sido empujado a la fuerza contra otro para lesionar a este último[247]. La afirmación de que la "configuración de organización" (el embarazo) se haya impuesto obligatoriamente a la madre no resuelve, sin embargo, el problema pues este se traslada simplemente a la definición del "deber" del afectado (la madre); es decir, solo las reglas (penales y extrapenales) decidirían cuándo tal deber existe, no existe o incluso puede ser atenuado. Y lo mismo tendría que regir para todos los demás casos de conflicto entre "personas" y "no personas". La ponderación de intereses puede perder así contenido material, pues la decisión se quedaría en lo formal.

---

(245) SCHÜNEMANN, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", p. 212.

(246) SCHULZ, p. 663.

(247) JAKOBS, "Personalität und Exklusion...", p. 458 y s.

Por lo demás, incluso podría discutirse si los principios en los que basa JAKOBS su teoría "pluralista" (principio de responsabilidad o de causación por parte de la víctima de la intervención, principio de definición de intereses a través de la víctima de la intervención y el principio de solidaridad) pueden explicar coherentemente, o mejor que otras teorías, algunas variantes de casos conocidos de "causas de justificación"[248], tarea que excede los límites de esta contribución.

10. Con la explicación del delito como "defraudación de expectativas por infracción del rol asignado a la persona" se perdería también la *delimitación del Derecho penal* con otras áreas del Derecho. En efecto, el funcionalismo radical no puede explicar por sí mismo cuándo tal defraudación de expectativas contiene un "injusto penal" o cuándo se trata de un mero "injusto administrativo", "civil" o de una minucia; todo eso se puede explicar materialmente recién a través del tradicional "principio de lesividad" y de los criterios de "merecimiento" y "necesidad" de pena. El mismo problema tiene el concepto funcionalista de culpabilidad en el sentido de "práctica en fidelidad a la norma", pues, al quitarse todo contenido material al principio tradicional de culpabilidad, se pierde la distinción "ética" entre pena, contravención, multa, etc.[249].

Consecuentemente con el funcionalismo se tendría que hacer una distinción jerárquica de las "defraudaciones" y de las "competencias" no solamente para distinguir las diferentes áreas jurídicas, sino también para poder "medir" las consecuencias penales. Esto lo ha visto, obviamente JAKOBS y pretende solucionar el problema dentro de su sistema, pero de una manera que no convence. ¿Cómo puede hablarse de diferencias cualitativas (que fundamentarían una mayor o menor pena e incluso una impunidad o remisión a otras áreas del Derecho) entre una o más conductas que expresen "comunicativamente" su desprecio a una "norma" u otra? Tendría que hacerse una "valoración" de normas, entre unas más importantes que otras, así como una valoración de las "arrogaciones de competencias" entre más y menos graves.

El mismo problema de fondo se presenta también en muchos otros casos en los cuales se quieren establecer diferencias cualitativas sin recurrir a la teoría de bienes jurídicos.

En los *delitos de infracción del deber*, Jakobs no quiere relacionar la "infracción del deber" con la afección de bienes jurídicos, pero aparte de que esto

---

[248] ROXIN observa, entre otras cosas, problemas explicativos en los casos de "estado de necesidad justificante" donde la situación haya sido causada en parte por la víctima de la intervención y, en parte, no sea en absoluto de su responsabilidad, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 519, n. marg. 43.

[249] Cfr. BOCK, p. 646.

es plenamente discutible, la mera infracción del deber no puede sino ser un elemento más de la autoría, pues sin la corroboración de un atentado contra un bien jurídico, no se podría explicar por qué tendría que sancionarse penalmente, recurriendo al mismo tipo penal, la participación de los extranei (ellos no pueden infringir deber alguno)[250].

Y si el delito se constituyera solamente por la desobediencia a la norma (la "expresión de una infracción normativa"), no se explica por qué se necesitaría un *resultado típico*, por qué el injusto penal no debería agotarse ya con el mero "desvalor de la acción". La "lesión de un objeto del bien jurídico" reaparece para exigir el "resultado" en el injusto consumado[251]. No elimina la contradicción el recurso de JAKOBS de concebir el "resultado" como una "objetivación" (significancia suficiente) del proceso comunicativo, objetivación necesaria para distinguir la "consumación" de la "tentativa", pues –si quisiera ser consecuente con el funcionalismo sistémico– el "desvalor de la acción" debería interpretarse como una "objetivación" e injusto completo desde la perspectiva de la "infracción de la norma"; exigir todavía un "resultado", una "lesión de bienes" equivale a admitir la "afección de bienes jurídicos para fundamentar el injusto[252]. La *tentativa*, e incluso los *actos preparatorios*, podrían ser definidos como "expresión de infracción normativa"; el criterio adicional de "grave puesta en peligro" a través de la "cercanía al tipo" para fundamentar la punibilidad de la tentativa y de los actos preparatorios, aunque en el fondo correcto, es, en realidad, extraño a la propia concepción de JAKOBS, pues tal "cercanía" va más allá de la mera expresividad de la infracción de la norma y tendría que vincularse a "bienes"; algo que precisamente él no quiere aceptar[253].

Por último, la desvinculación del análisis dogmático-penal de la teoría de bienes jurídicos lleva también a soluciones poco convincentes desde la perspectiva de la defensa de intereses de la colectividad (y en última instancia también del mismo sistema social). Tal es el caso, p. ej., de los *conocimientos especiales*, a los cuales Jakobs no otorga importancia alguna cuando los tenga un sujeto (persona) que, sin salirse de su rol haya contribuido a la realización de un delito. Esto puede ser correcto desde la perspectiva funcionalista-sistémica, pero no es comprensible desde la perspectiva de protección de bienes jurídicos, pues tales conductas son perfectamente dañosas socialmente y no se entiende por qué deberían quedar impunes[254]. Es más, incluso desde la pers-

---

[250] ROXIN, "Rechtsgüterschutz als Aufgabe...", p. 22; "Strafrecht. A. T.", tomo I, n. marg. 47, p. 29.

[251] ROXIN, "Rechtsgüterschutz und individuelle Freiheit...", p. 15 y ss.; "Strafrecht A. T."; tomo II, p. 346, n. marg. 44.

[252] ROXIN, "Rechtsgüterschutz und individuelle Freiheit...", p. 16 y s.

[253] Cfr. ROXIN, "Strafrecht. A. T.", tomo II, p. 346, n. marg. 45; "Rechtsgüterschutz und individuelle Freiheit...", p. 18.

[254] Cfr. ROXIN, "Rechtsgüterschutz und individuelle Freiheit...", p. 19 y ss.; "Strafrecht. A. T.", tomo I, p. 935 y ss.

pectiva funcionalista-sistémica podría discutirse si tales conductas de ayuda a la comisión de un delito (el caso del mozo que, con pleno conocimiento, alcanza el vaso envenenado a la víctima) no "comunican" realmente una falta de fidelidad a la norma; en todo caso sí comunican plenamente una falta de respeto a la pretensión de vigencia de un bien jurídico (en el ejemplo, al bien jurídico "vida").

4. Resumen

Después de la exposición y confrontación de las dos tendencias "normativistas" y "funcionalistas" deben haber quedado en claro sus posiciones divergentes. El hecho de que ambas sean denominadas "funcionalistas" no debe confundir ni hacer perder de vista las profundas diferencias de contenido entre ambas concepciones.

La diferencia metodológica más notable consiste en que mientras ROXIN mantiene una base empírica impregnada de principios político-criminales, JAKOBS renuncia por completo a esta base empírica[255]. Y es que la postura de ROXIN tiene de "funcional" el hecho de que reconoce "funciones" sociales (político-criminales) en la construcción de todas las categorías del Derecho penal, pero, partiendo antes de una base ontológica, la cual da una cierta estabilidad, una cierta garantía contra posibles manipulaciones en la interpretación. Por su parte, el "funcionalismo" de JAKOBS quiere explicar el Derecho penal a partir del funcionamiento (real, según él) de la sociedad y de las personas (distintos de los individuos) que actúan en ella para luego, sobre esta base, elaborar los conceptos jurídico-penales.

En última instancia, el normativismo de JAKOBS constituye un positivismo con "fundamentación sociológica", el cual renuncia a responder a cuestiones materiales de legitimación y remite para ello, sin más, a la política criminal u otras ciencias afines. Por ello, también en última instancia, la decisión del penalista oscilará entre optar por un "positivismo de fundamentación mejorada" o un "garantismo de límites conceptuales indefinidos". Dentro de este último grupo, el "normativismo moderado" de ROXIN resulta, en mi opinión, la mejor opción y es preferible al "normativismo radical" de JAKOBS no solamente debido a las implicancias políticas, sino también a la mayor fuerza explicativa del primero a la hora de solucionar problemas particulares de dogmática penal. El fascinante análisis de JAKOBS no puede servir, en la práctica, de base constitutiva de un Derecho penal enclavado en un Estado social y democrático de

---

[255] Por eso, SCHÜNEMANN afirma que, para mayor exactitud, la escuela de ROXIN debería denominarse "normativismo politicocriminal-teleológico", mientras que la de JAKOBS, "normativismo libre de empirismo"; ver "La relación entre ontologismo...", p. 645.

Derecho. Ciertamente también puede explicar el porqué de algunas acciones humanas y cómo la reacción penal se manifiesta dentro de la sociedad (como comunicación). Pero eso no es todo y ni siquiera es lo principal. La explicación funcional, en el sentido de "comunicación", de reacción, dirigida a reafirmar expectativas normativas –independientemente de sus aciertos explicativos en el ámbito de lo "latente"– no puede ni debe encontrar aplicación práctica.

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: "Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas", Lima, 1997.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael: "Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre las ciencias sociales y el Derecho penal", Actualidad Penal, 2001, España, p. 229 y ss.

BOCK, Michael: "Ideen und Chimären im Strafrecht", ZStW 103 (1991), p. 636 y ss.

GRACIA MARTÍN, Luis: "Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia", Valencia, 2003.

GÜNTHER, Klaus: "Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe", L. H. a Klaus Lüderssen, Baden-Baden, 2002, p. 205 y ss.

HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco: "Introducción a la Criminología y al Derecho penal", Valencia, 1989.

JAKOBS, Günther: "Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck", Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G390, Padeborn, 2004; "Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal", Madrid, 2003; "Der Zweck der Vergeltung. Eine Untersuchung anhand der Straftheorie Hegels", en: L. H. a Nikolaos K. Androulakis, Atenas, 2003, p. 251 y ss.; "Personalität und Exklusion im Strafrecht", en: L. H. a Dionysios Spinellis, Atenas, 2001, p. 447 y ss.; "Das Selbsverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)", en: Eser/Hassemer/Burkhardt, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick", Múnich, 2000; "Bases para una teoría funcional del Derecho penal", Lima, 2000; "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken", ZStW 107 (1995), p. 843 y ss.;"Strafrecht. Allgemeiner Teil", Berlín, 1993.

JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel: "Derecho penal del enemigo", Madrid, 2003.

KARGL, Walter, "Das Recht der Gesellschaft oder das Recht der Subjekte?", Goltdammer's Archiv 1999, p. 53 y ss.; "Handlung und Ordnung. Grundlagen einer kognitiven Handlungs- und Straftheorie", Berlín, 1991; "Kommunikation kommuniziert?", Rechtstheorie (Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie) 21 (1990), p. 351 y ss.

LAMPE, Erns-Joachim: "Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts", L. H. a Hans Joachim Hirsch, Berlín, 1999, p. 83 y ss.; "Zur funktionalen Begründung des Verbrechenssystems", L. H. a Claus Roxin, Berlín, 2001, p. 45 y ss.

LÜDERSSEN, Klaus: "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzinpiendenken", ZStW 107 (1995), p. 877 y ss.

MIR PUIG, Santiago: "Valoraciones, normas y antijuricidad penal", en: Libro-Homenaje a José Cerezo Mir, ed. Technos, 2003, p. 73 y ss.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés: "Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal", en: Universidad Nacional de Educación a distancia (ed.), "Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología", Madrid, 2001, p. 579 y ss.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: "La influencia de las Ciencias sociales en el Derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales", en: Arroyo Z., Luis/Neumann, Ulfrid/Nieto M., Adán, "Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo", Cuenca 2003, p. 99 y ss.

ROXIN, Claus: "Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?" (¿Protección de bienes jurídicos como tarea del Derecho penal?), manuscrito original de la primera conferencia dictada en el VI Curso internacional de Derecho penal (Lima, 04-06 de noviembre 2004); "Rechtsgüterschutz und individuele Freiheit im Spannungsfeld der Strafrechtsdogmatik" (Protección de bienes jurídicos y libertad individual en la encrucijada de la dogmática jurídico-penal"), manuscrito original de la segunda conferencia dictada en el VI Curso internacional de Derecho penal (Lima, 04-06 de noviembre de 2004); "Problemas actuales de dogmática penal", Lima 2004; "Strafrecht. Allgemeiner Teil" (tomo I: Múnich, 1997; tomo II: Múnich, 2003); "Dogmática penal y política criminal", pp. 169- 201, Lima, 1998; "Política criminal y estructura del delito", Barcelona, 1992; "Problemas básicos del Derecho penal", Madrid, 1976; "Política Criminal y sistema del Derecho penal", Barcelona, 1972.

SCHULZ, Lorenz: "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum 'Feindstrafrecht'", ZStW 112 (2000), p. 653 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd: "Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende", GA 2001, p. 205 y ss.; "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal", en: Universidad Nacional de Educación a distancias (comp.), "Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología", Madrid 2001, p. 643 y ss.; "Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio", Madrid, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús: "Die Expansion des Strafrechts", Fráncfort del Meno, 2003 (en español: "La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales", Madrid, 1999); "Aproximación al Derecho penal contemporáneo", Barcelona, 1992.

STRATENWERTH, Günter: "Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?", Berlín, 1995.

ZIESCHANG, Frank (informante): Informe de la Jornada de penalistas germanoparlantes (Rostock, 25-28 de mayo de 1995): "Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1995 in Rostock", ZStW 107 (1995), p. 907 y ss.

El llamado "Derecho penal" del enemigo

Especial referencia al Derecho penal económico[*]

Dentro de su concepción normativista radical y como un ulterior desarrollo de la distinción entre "individuo" y "persona", JAKOBS ha planteado últimamente la teoría de lo que él denomina *Derecho penal del enemigo.* Esta propuesta ha generado una viva discusión entre los penalistas, sobre todo los hispanoparlantes. Para evitar caer en la crítica emocional apresurada[1], provocada sobre todo por la terminología empleada por JAKOBS, es necesario primero enmarcarla dentro de su teoría normativo-radical y analizar con cuidado sus propuestas para luego hacer un análisis crítico tanto de su observación "descriptiva" (existirían ya, en las leyes penales, procesales y penitenciarias vigentes, regulaciones basadas en la tesis que propone) como de su "valoración" (sería preferible e inevitable introducir abiertamente una regulación penal del enemigo).

1. Desarrollo del "Derecho penal" del enemigo de JAKOBS

Inicialmente JAKOBS no empleaba una posición tan radical, aunque el contenido de esta idea ya estaba presente en su manual y en contribuciones anteriores a la hora de tratar los "delitos de peligro abstracto" y otros casos de

---

[*] El texto principal del presente artículo fue terminado a finales del 2005 con miras a su publicación en España en el libro "Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión", compilado por Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez (Euros Editores, Madrid-Buenos Aires). Dado que esta publicación se hizo efectiva casi un año después, el artículo ha quedado, en su texto original, un poco desactualizado (ver ibídem, tomo 1, pp. 1-51). Por eso, para atender por lo menos en parte a las más recientes publicaciones que se han hecho sobre el tema, se ha incluido al final de este trabajo una "nota adicional posterior". En su versión inicial, el artículo también fue publicado en la "Revista Peruana de Ciencias Penales", N° 18, Lima, pp. 17-65; y en la versión ampliada en la "Revista de Derecho penal" 2006-2, Buenos Aires, pp. 703-800.

[1] GRACIA MARTÍN concuerda con la afirmación de Jakobs, en el sentido de que la crítica a su propuesta habría sido hasta ahora mayormente "emocional y retórica"; ver "El trazado histórico...", p. 453 y s.

punibilidad adelantada[2]. En sus primeras menciones al "enemigo"[3], afirmaba que un "Derecho penal del enemigo", solamente debería tener legitimidad en un "Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente", y que ello sería, más bien, signo de una falta de "fortaleza del Estado de libertades"[4]. El término "Derecho penal del enemigo" era usado, entonces, para criticar[5] a la doctrina tradicional y a la legislación penal basada en aquella, la cual, mediante algunas figuras dogmáticas tratarían al "ciudadano" como un "enemigo". JAKOBS criticaba así a la teoría de "bienes jurídicos" por tratar supuestamente al "autor" como "enemigo del bien jurídico", como fuente de peligro. Además, identificaba que tal tratamiento se estaría dando ya de lege lata en algunos tipos penales como en la "falsificación documental" y en la "producción, adquisición o entrega a otro de sustancias radioactivas", en los cuales se "desprivatizarían" las conductas para poder acceder a otro aspecto interno, el de los "planes del sujeto", tratándolo así como "enemigo"[6]. Con este adelantamiento del Derecho penal se habría pretendido proteger mejor los bienes jurídicos, pero al mismo tiempo se estaría penetrando ilegítimamente en el "ámbito interno" de las personas. Por ello, resume JAKOBS: "... el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad"[7].

Sin embargo, en 1999, en una polémica ponencia presentada en la "Jornada Berlinesa", JAKOBS "aclara" (en realidad: radicaliza) su postura, justificándola en una supuesta "descripción" de la situación actual en la que el "dominio del sistema económico" y la "globalización" exigen a la ciencia penal una "efectividad" en la protección de bienes, una "sociedad consciente de los riesgos", la cual no tendría otra alternativa que construir un "Derecho penal del enemigo", unas "reglas" especiales –distintas de las del Derecho penal del

---

(2) JAKOBS, "Strafrecht A. T.", cap. 2, n. marg. 25a y ss., p. 46 y ss.; y también en "Bases para una teoría funcional...", p. 209 y ss. (que, recoge su artículo "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", publicado en la revista ZStW 97 (1985), p. 751 y ss. Ver un análisis de los cambios que ha sufrido su postura inicial, desde una "crítica" a la teoría de bienes jurídicos hasta una "legitimación" de las leyes vigentes de corte autoritario, en CANCIO MELIÁ, "Feind'strafrecht'?", p. 277 y s., nota 24; PRITTWITZ, p. 110 y ss.; APONTE, "¿Derecho penal del enemigo...?, p. 11 y ss.; el mismo autor en "Krieg und Feindstrafrecht", p. 126 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, "¿Normativismo radical...?", p. 30 y ss., 32, columna izquierda [en esta compilación: p. 257 y ss.]. Una exposición amplia de la teoría del Derecho penal del enemigo, en su versión más reciente, puede verse en GRACIA MARTÍN, con múltiples refs., "El trazado histórico...", p. 447 y ss.

(3) Ver "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", ZStW 97 (1985), p. 751 y ss. El texto ha sido traducido al español y publicado, en el Perú, en "Bases para una teoría funcional...", p. 209 y s. En el párrafo que sigue, las referencias se refieren a la versión en español.

(4) En "Bases para una teoría funcional...", p. 247, 246, respectivamente.

(5) La misma observación hace MUÑOZ CONDE; ver "De nuevo sobre...", p. 123, nota 1.

(6) En "Bases para una teoría funcional...", p. 211, 233, respectivamente.

(7) En "Bases para una teoría funcional...", p. 215.

ciudadano– dirigidas a las "no-personas" o sea a aquellas que se hayan apartado permanentemente del Derecho[8]. Para estos casos –afirma el autor alemán– el "Derecho penal del enemigo" *debería prever* una amplia anticipación de la punibilidad (delitos de peligro), una pena reducida, pero no correspondiente a la anticipación, una legislación penal de "lucha" y la reducción de garantías procesales. Muchas de estas medidas ya habrían sido tomadas (inconscientemente) por el legislador alemán y admitidas por la doctrina sin mayores problemas, p. ej. los tipos de "preparación de un delito"[9]. En concreto, JAKOBS identifica "enemigos" en las siguientes áreas: según su actitud, en los delitos sexuales y en supuestos de criminales habituales; según su ocupación, los delincuentes económicos y los de la criminalidad organizada; según su vinculación con una organización, terrorismo, criminalidad organizada, tráfico de drogas, complot para asesinar[10].

Según sus palabras, la situación de emergencia actual, que va en incremento, se debería a la disminución de fuerza vinculante de la sociedad, la cual a su vez sería producto de la desintegración familiar y del "multiculturismo" desintegrador; en consecuencia, la sociedad tendrá "enemigos" que circularán abiertamente como tales o "con piel de cordero"[11]. Estas "no-personas" (a diferencia de las "personas" capaces de "comunicación normativa" y cuyos delitos solamente podrían "irritar" internamente a la sociedad) equivaldrían a un "entorno perturbador" (störende Umwelt) y, como no ofrecen la garantía mínima de "cognitividad" para poder ser tratadas como "personas", deberían ser excluidas mediante reglas especiales previstas como una "segunda vía", si se quiere salvar el "Derecho penal de los ciudadanos". La "pena" tendría, entonces, una diferente función preventiva según el destinatario de la norma que se trate: si se tratare de "personas" (participantes de la comunicación), a ellas se dirigirá la "función abierta", "confirmadora" de las normas, a las cuales se les ejecutará de todos modos la pena para "objetivizar" duraderamente la "declaración de culpabilidad"; si se tratare de "no-personas" (enemigos), o sea sujetos que solamente actúan siguiendo el modelo de satisfacción/insatisfacción (el homo phaenomenon de KANT), la pena tendrá solamente "funciones latentes", pues de ellas se quiere que aprendan "fidelidad jurídica" o "intimidación"[12]. El "Derecho penal del enemigo" equivaldría a una "guerra",

---

[8] JAKOBS, "Das Selbstverständnis...", p. 47 y ss. En posteriores trabajos ha desarrollado más esta idea; ver, en especial, "Staatliche Strafe...", p. 40 y ss.; "Personalität und Exklusion...", p. 460 y ss., y en JAKOBS/CANCIO, p. 21 y ss. Ver una exposición de las tesis planteadas en la Jornada Berlinesa en APONTE, "¿Derecho penal del enemigo...?", p. 21 y ss.

[9] JAKOBS destaca este ejemplo con una exposición histórica, y da otros más existentes en la legislación penal alemana; ver últimamente en "Staatliche Strafe...", p. 45 y s.

[10] JAKOBS, "Das Selbstverständnis...", p. 52; "Staatliche Strafe...", p. 41 y s.; también en JAKOBS/CANCIO, p. 39 y ss.

[11] JAKOBS, "Das Selbstverständnis...", p. 52 y s.; también similar en "Personalität und Exklusion...", p. 462 y s.

[12] JAKOBS, "Das Selbstverständnis...", p. 50.

aunque relativizada por la peligrosidad que se atribuya al enemigo ("lo que se tema del enemigo"); mientras más peligrosidad demostrare el "enemigo", más se incrementaría su "despersonalización", tal como habría ocurrido con los prisioneros en Guantánamo[13]. Por eso, afirma JAKOBS que "constituye la tarea apenas comenzada de la ciencia, el identificar las reglas del Derecho penal del enemigo y aislarlas del Derecho penal del ciudadano, a fin de poder persistir con más énfasis en este último en el tratamiento del delincuente como persona del Derecho"[14].

En el plano del *Derecho penal internacional* –siempre según JAKOBS– a primera vista parecería que también se estuviera empleando (aunque sea inconscientemente) el concepto de "enemigo" con la creación de un Tribunal Penal Internacional o jurisdicciones penales supranacionales para juzgar actos de violación a los derechos humanos cometidos por altos funcionarios gubernamentales y militares. En realidad –dice JAKOBS– pese a la apariencia de que la pena tendría aquí la función de "asegurar cognitivamente" la vigencia de los derechos humanos en contra de las infracciones de aquellos sujetos, a estos no se les quita la personalidad, sino se les estaría "imponiendo una personalidad" ante un ordenamiento todavía inexistente[15]. JAKOBS afirma que por más que se diga que aquí se trataría de confirmar la validez de los derechos humanos, dado que todavía no se habría construido un ordenamiento basado en una teoría consistente de "derechos humanos" vigente en el lugar y en el momento en donde se realizan las infracciones (o sea que sirva de "orientación normativa"), al sujeto se le estaría sancionando no por la "comunicación" que hubiera realizado en el sentido de quebrantar un ordenamiento establecido, sino por no haber constituido un ordenamiento todavía inexistente; y esto atentaría contra el principio de legalidad y solamente constituiría una "pena en estado natural"[16]. JAKOBS concluye afirmando que él no estaría en contra de establecer Derechos Humanos de validez universal, sino que solamente quiere, fiel a su concepción y terminología, aclarar que por ahora, con los tribunales penales supranacionales e internacionales "no se pena a ciudadanos sino se

---

[13] JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 44.

[14] JAKOBS (traducción libre), "Das Selbstverständnis...", p. 53. Entonces, según JAKOBS, debería diferenciarse "limpiamente" entre "ciudadano criminal" y "enemigo"; para el primero, regiría el Derecho penal común que espera a que el autor exteriorice su hecho; para el segundo, el "Derecho penal del enemigo" no espera, sino dispone contra él todo lo necesario incluso "años antes" de que cometa el hecho; ver "Staatliche Strafe...", p. 41.

[15] JAKOBS, "Personalität und Exklusion...", p. 464 y s.; "Staatliche Strafe...", p. 47; en Jakobs/Cancio, p. 51 y ss.

[16] JAKOBS, "Personalität und Exklusion...", p. 465 y s., 467. Recientemente JAKOBS es incluso más contundente: "Al autor se le declara entonces como persona en el Derecho para poder fingir una validez universal de los Derechos Humanos, presentes idealmente, como si ya existieran en la realidad"; "Staatliche Strafe..." (traducción libre), p. 47; también en Jakobs/Cancio, p. 54.

maltrata a enemigos"[17]. Este aspecto, que no atañe directamente a nuestro tema, no se va a profundizar más[18].

Después del atentado terrorista en Nueva York del 11 de setiembre de 2001 y de los demás acontecimientos que le sucedieron, la posición de JAKOBS ha tenido un desarrollo de mayor radicalización, expresada en una serie de conferencias realizadas sobre todo en Latinoamérica y otras obras recientes, en las que algunos autores creen encontrar una postura de "resignación" ante el avance y la necesidad de un Derecho penal del enemigo[19].

2. Orígenes filosóficos del término "enemigo". Otras acepciones

JAKOBS recurre a una impresionante cita de conocidos filósofos para demostrar que todos ellos reconocían un régimen de excepción con una distinción conceptual similar a la que él hace. En especial se refiere a KANT (que hablaba del "enemigo"), FICHTE (sujeto "sin derechos"), HOBBES ("malos ciudadanos" y "enemigos del Estado") y ROUSSEAU ("hombres" que dejan de ser "personas morales")[20]. Pero aquí, haciendo una propia interpretación de estas ideas, JAKOBS distingue entre una posición extrema, la de los contractualistas ROUSSEAU y FICHTE que habrían considerado como "enemigos" a todos los delincuentes, y una posición moderada –que él considera correcta– la de HOBBES y KANT, y que distinguiría entre delincuentes ordinarios y "enemigos"[21].

A partir de las concepciones de HOBBES y de KANT, trata de justificar su propuesta distinguiendo entre "personalidad real" (la del "ciudadano" que quebranta normas en un contexto "normal") y "personalidad fáctica" (la del

---

[17] JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 48. Como, contra los criminales que atentan contra los derechos humanos, no se trataría de personas (estarían fuera del ordenamiento normativo mundial de los derechos humanos) contra ellos se trataría de imponer "medidas de aseguramiento"; en otras palabras, ellos estarían dentro de un "Derecho penal del enemigo"; ver Jakobs/Cancio, p. 55.

[18] Aquí la teoría de JAKOBS manifiesta una gran capacidad crítica, pues –coincidiendo con críticas que podrían provenir de posiciones distintas– dirige su escepticismo contra una justicia penal internacional que, por más que tenga objetivos loables, pretendería instaurar, en el fondo, un sistema normativo sobre la base de la imposición ética y cultural ("superioridad moral de la justicia penal internacional"), así como asumiendo la flexibilización de una serie de principios penales (legalidad, retroactividad, aseguramiento del futuro). En este sentido, APONTE, "¿Derecho penal del enemigo...?", p. 58 y ss.; ídem, "Krieg und Feindstrafrecht", p. 136; CANCIO MELIÁ, "Feind 'stafrecht'?", p. 289, nota 78. Puede discutirse, sin embargo, la posición de Jakobs a partir de la idea de un "derecho único": un tribunal penal internacional aplicaría un solo Derecho ya vigente para todos a falta de la aplicación por parte del país de donde proviene el infractor (no habrían "dos Derechos"); en este sentido, ZAFFARONI, p. 1090.

[19] Constatación hecha por APONTE, "¿Derecho penal del enemigo..", p. 45 y s.; también ZAFFARONI, p. 1089.

[20] JAKOBS en Jakobs/Cancio, p. 25 y ss. Ver una discusión sobre estas influencias filosóficas en PORTILLA CONTRERAS, "Los excesos del formalismo...", p. 865 y ss.; PÉREZ DEL VALLE, p. 598 y ss.; ZAFFARONI, p. 1078 y ss.; ZUGALDÍA, "¿Qué queda en pie...", p. 110. ZAFFARONI, p. 1078 y ss.; GRACIA MARTÍN, "El trazado histórico...", p. 455 y ss.

[21] JAKOBS, en Jakobs/Cancio, p. 25 y ss., 28.

enemigo que no ofrece garantías de no seguir quebrantrando norma)[22]. Por cierto que JAKOBS solamente se apoya en estas citas de filósofos conocidos para dar a entender que ni el término ni su contenido deberían ser rechazados de antemano. A partir de esto, él construye su propio concepto desde una perspectiva más bien sociológica: "enemigo" sería el "otro" que pese a poseer todo para formar parte de la comunicación normativa entre personas, se niega a hacerlo "de manera permanente", con lo cual implica una "peligrosidad" para los demás que sí comunican y quieren comunicar. Esto no significaría, por cierto, una descalificación en términos morales, sino solamente una "construcción jurídica"[23].

En el terreno de la Filosofía, podría objetarse primero que la referencia a una parte de las propuestas de algunos pensadores conocidos no tienen por qué ser acogidas, así como tampoco tienen que ser acogidas otras propuestas de los mismos u otros filósofos por no encajar con un Estado democrático de Derecho[24]. También se puede discutir la exactitud de la exposición de alguna de las tesis filosóficas que le sirven de base[25]. Pero tiene todavía más trascendencia discutir la polarización empleada por JAKOBS en su fundamentación, pues frente a un HOBBES que tildaba de "enemigos" a cualquiera que se levantase contra el poder del soberano (mientras no lo eran ni los delincuentes más avezados) o el entendimiento de KANT de que el imperativo categórico estaría garantizado por un Estado intangible, podría resultar más pertinente, tal como ha resaltado ZAFFARONI, oponer el "liberalismo" de LOCKE y el posterior jusnaturalismo liberal de FEUERBACH, quienes justificaban un "derecho de resistencia" de los ciudadanos contra el soberano abusivo, basándose en derechos preexistentes que tendrían aquellos (el estado civil sería anterior al Estado)[26]. Para estos últimos, lo decisivo era reconocer "derechos" de los ciudadanos anteriores a la conformación del Estado y oponibles a éste en caso

---

[22] Ver en Jakobs/Cancio, p. 33 y ss.

[23] Hace esta aclaración APONTE, quien también señala que, por eso, el "enemigo" podría acceder a la "ciudadanía"; "¿Derecho penal del enemigo...?", p. 64 y s. Pero precisamente este "acceso" o "retorno" no ha sido precisado aún en la teoría de Jakobs, aparte de que parece ser difícil de lograr en la práctica, pues necesitaría toda una organización para la definición y el control de tal "retorno".

[24] Así argumenta MUÑOZ CONDE, quien menciona el "esclavismo" de Aristóteles, la justificación de la pena de muerte de Kant y el racismo de muchos teólogos españoles dirigido contra los indios y los esclavos negros africanos; "De nuevo sobre...", p. 124, columna derecha y s.

[25] ZAFFARONI pone en duda la interpretación que Jakobs ha hecho del término "enemigo" usado por Rousseau (p. 1079, nota 5); también analiza, de manera especial, estas contradicciones y el concepto de "guerra" en Rousseau, PÉREZ DEL VALLE, p. 602 y ss. GRACIA MARTÍN destaca la contradicción que se presenta entre la afirmación kantiana de la "dignidad humana" como algo absoluto y propio del Derecho y el tratamiento kantiano a los "enemigos" dentro del Derecho; ver "El trazado histórico...", p. 489 y s.

[26] ZAFFARONI, p. 1079 y s., 1081, 1082.

de que abuse, o, someter a los ciudadanos al Estado confiando a ciegas en este e impidiendo así un "derecho a la resistencia".

Precisamente dentro de un contexto histórico, mucho más amplio, se puede observar, en efecto, que, en el fondo, la propuesta de JAKOBS se enmarca dentro de una "constante histórica"(27) de una lucha entre dos concepciones diferentes: la que legitima la "exclusión" de los "otros" (los "delincuentes", los "enemigos") y la que agrupa a todos dentro de los mismos principios. Así se ha constatado que ya desde los sofistas griegos y PLATÓN(28) se encuentra permanentemente la idea del "enemigo" en la filosofía occidental, sea que se le haya considerado como "ser inferior", "defectuoso" o, incluso "peligroso"(29). En un tiempo más reciente, hubo muchos intentos teóricos, además de los arriba citados por JAKOBS, de justificar la exclusión de los enemigos(30), pero el ejemplo más importante y terrible fue el que se llevara a la práctica durante el fascismo y el nacionalsocialismo(31). En Alemania, el politólogo Carl SCHMITT(32), seguidor confeso de HOBBES, influyó en la legislación penal del régimen que se dio a partir de 1933 y que, bajo un criterio racista y biopolíti-

---

(27) Ver el amplio análisis, c. más refs., de GRACIA MARTÍN, "El trazado histórico...", p. 455 y ss., 477 y ss.; también las refs. de PÉREZ DEL VALLE, p. 602. En toda esta discusión, ZAFFARONI encuentra acertadamente un paralelo con dos filósofos griegos de concepciones opuestas sobre el ser de las cosas: Parménides y Heráclito, ver p. 1090 y s. Como se recuerda, Parménides defendía el "ser eterno", mientras que Heráclito se refería al eterno "devenir", "llegar a ser"; para el primero la "verdad filosófica" es preexistente, inmutable, permanente, puede ser descubierta si se mira más allá de la mera "realidad" que nos rodea y que alberga aparentemente cosas contrapuestas; para el segundo, la realidad, con sus contradicciones no deja de ser la realidad en la que vivimos y en la que se produce una permanente lucha de contrarios en la que a veces uno triunfa sobre el otro en un ciclo dialéctico eterno (puede consultarse una exposición accesible sobre estas ideas en Wilhelm WEISCHEDEL, "Die philosophische Hintertreppe", 29na. edición, Múnich 1999, p. 21 y ss.).

(28) GRACIA MARTÍN, "El trazado histórico...", p. 457 y ss.; ZAFFARONI, refiriéndose a Platón, p. 1085 y s.

(29) Particularmente notable es la coincidencia en los términos que se puede encontrar hasta en el sofista citado en el Anónimo de Jámblico, el cual también habla de la imposibilidad de vivir en una "sociedad" fundada sobre la base de "leyes" y donde precisamente la "legalidad" como bien supremo garantizaría la "confianza"; la "ilegalidad" generaría "desconfianza" y "riesgo permanente" y, por lo tanto, debería hacerse la "guerra" a los que la causaran; ver el profundo análisis que hace GRACIA MARTÍN comparando la teoría de Jakobs con la teoría e incluso la terminología del sofista del Anónimo de Jámblico y otros filósofos, en "El trazado histórico...", p. 456 y s., 477 y ss. Incluso la versión algo más moderada, de Silva Sánchez respecto de la "excepcionalidad" y "temporalidad" de un Derecho penal de enemigos (o de "exclusión") encuentra predecesores ilustres como Fichte y Hobbes; ver ibídem, p. 479 y s.

(30) GRACIA MARTÍN se refiere a la "escolástica medieval" con Tomás de Aquino, quien justificaba la pérdida del estatus, de la "dignidad humana" en el "pecador", el cual puede ser matado por el Estado como un animal, ver "El trazado histórico...", p. 457; ZAFFARONI menciona a Garófalo con su distinción entre "enemigo exterior" y "enemigo interior" (al primero se le eliminaría en el campo de batalla, al segundo con la pena capital); ver p. 1086.

(31) Para PRITTWITZ precisamente la experiencia real del nacionalsocialismo desacreditaría el recurrir a tesis filosóficas como las de Kant y que son planteadas sin tener a la vista las posibilidades de su realización práctica; cfr. p. 114; igualmente HEFENDEHL, p. 159, columna derecha.

(32) En sentido crítico, ver las tesis de Schmitt y sus coincidencias y diferencias con las de Jakobs, especialmente, MUÑOZ CONDE, "De nuevo sobre...", p. 131 y ss.; ZAFFARONI, p. 1083 y ss.; APONTE, "Krieg und Feindstrafrecht", p. 138 y ss. También se puede consultar PORTILLA CONTRERAS, "Los excesos del formalismo...", p. 861, 868 y s.

co, distinguía entre "amigo" y "enemigo"[33], excluyendo de derechos a estos últimos, sometiéndolos a un Derecho penal de autor, hasta llegar a su abierta "exterminación". Este desarrollo teórico-penal alcanzó su cumbre en 1943, cuando el famoso penalista neokantiano Edmund MEZGER, conjuntamente con Franz EXNER, elaboró un proyecto que distinguía dos áreas de punibilidad según se tratara de la "generalidad" o de "extraños a la comunidad"[34]. En este último caso, se trataba de "extraños" definidos por su "conducción de vida" o su "personalidad", "defectos de comprensión o carácter" que demostraran su incompatibilidad con las "exigencias mínimas de la comunidad del pueblo", para los cuales regiría un "Derecho policial", no el Derecho penal; una diferencia que no es meramente terminológica, sino que implica una escisión del poder punitivo del Estado según dos grupos de infractores[35].

Ahora bien, aunque como se ha visto, se pueden encontrar fuentes filosóficas tanto para los defensores de la "exclusión" como para los que la combaten, me parece importante destacar que el concepto de "enemigo" es un desarrollo consecuente de la teoría normativa radical de Jakobs[36]. Y es que con este concepto el autor alemán llena el vacío que surgía a través de su simple distinción entre "individuo" y "persona", según la cual, para los primeros, por pertenecer al mundo de la naturaleza, solamente les sería aplicable, "medidas de seguridad" que refuercen la base cognitiva, mientras que para los últimos, que pertenecerían al mundo de los que sí comunican normativamente, les sería aplicable el Derecho penal. Hasta ahí JAKOBS coincidía más o menos con el Derecho penal tradicional, pues hacía una separación de "sujetos" entre los que *no pueden* comunicar (inimputables) y que por lo tanto estarían dentro del Derecho de medidas de seguridad, y los que *sí pueden* comunicar (las personas) que estarían dentro del auténtico "Derecho penal"[37]. Sin embargo,

---

[33] Es particularmente esclarecedor el análisis de ZAFFARONI, quien revela que, según las tesis de Schmitt, el "liberalismo político" era entendido por este como una mera crítica a la (verdadera) política (la autoritaria) construida sobre la base de la distinción amigo/enemigo, y que el "liberalismo penal", paralelamente, sólo sería una crítica (episódica) al verdadero Derecho penal (autoritario), el cual no tendría límites cuando se tratara de defender el sistema constitucional; ver, p. 1084 y s.

[34] Ver refs. y críticas en MUÑOZ CONDE, "El nuevo Derecho penal autoritario...", p. 171 y s.; "De nuevo sobre...", p. 126, 131 y ss.; ZAFFARONI, p. 1085 y ss.

[35] Cfr., destacando también las coincidencias en este aspecto entre Mezger y Hegel (quien sugería un Derecho administrativo para los "extraños", los que no son "autoconscientes", los que no comparten el mundo de lo jurídico), ZAFFARONI, p. 1087 y s.

[36] De diferente parecer es ZAFFARONI, para quien sería posible desvincular la teoría del delito de Jakobs de su propuesta del Derecho penal del enemigo; ver p. 1077, 1090 y s.

[37] Sin embargo, habían y siguen habiendo distintas consecuencias, debido a la base metodológica de cada teoría. En el caso de los "inimputables", como el normativismo radical los considera fuera del Derecho penal, y por lo tanto como mero "peligro" para la "base cognitiva", se tiende a perder garantías y principios que sí son admitidos por el Derecho penal tradicional; al respecto, negando también que el "Derecho de las medidas de seguridad" constituya

en esto había una primera incongruencia: si la "persona" hubiera infringido la norma (defraudación de expectativas), lo lógico sería retirarle su "personalidad", pues el delincuente se habría excluido por sí solo de la sociedad, dejaría de ser "persona" al comunicar que para él no regiría el ordenamiento normativo. Esto resultaría evidentemente desproporcionado y llevaría a consecuencias inhumanas; pero mantener la "personalidad" pese a la comisión del delito no deja de sonar contradictorio, ¿cómo es posible, lógicamente, que una "persona" que por definición realiza conductas correctas pueda infringir la norma? La solución de JAKOBS es distinguir entre "personalidad material" (la que actúa de conformidad con la norma) y "personalidad formal" (la de aquel que infringe la norma, pero tiene la aptitud de participar en el esquema del deber ser). En una sociedad que funcione bajo un ordenamiento normativo, las infracciones a la norma (los delitos) no la conmoverían seriamente, pues solamente serían una "irritación" un "desliz reparable"[38]. Con esto, presuponía JAKOBS que las "personas" normalmente cumplirían las normas[39] y, solo, de manera excepcional las incumplirían; para estos casos, estaría el Derecho penal que reforzaría la comunicación normativa.

Pero, esto todavía tiene un vacío, ¿qué pasa con los que pueden comunicar, pero, *permanentemente no quieren* "respetar las normas" (p. ej. los terroristas)? Ellos, según la concepción normativista, no pueden ser meros "individuos", pero tampoco pueden estar en el mundo de las "personas". La respuesta a esto significó el desarrollo del "Derecho penal del enemigo": al poder y no querer, permanentemente, respetar las normas, el sujeto se habría "autoexcluido" como "persona". El Derecho tendría que reaccionar de manera similar (aunque no igual) a como hace con las "medidas de seguridad", pues cuando se sabe que los sujetos, permanentemente, van a defraudar expectativas, no puede regir para ellos el mundo normativo, sino solamente medidas de aseguramiento, pues no prestarían las "garantías mínimas para tratarlos como personas"[40]. JAKOBS asegura que su propuesta sería "sincera", pues el Derecho vigente, por lo menos contra los terroristas, insistiría en tratar a estos como si fueran "personas", mezclando reglas del Derecho penal del ciudadano

---

un "Derecho penal del enemigo", MUÑOZ CONDE, "De nuevo sobre...", p. 134, nota 34. En este último sentido analizan también las medidas de seguridad POLAINO NAVARRETE/POLAINO ORTS, aunque sin referirse directamente en esto al "Derecho penal del enemigo", p. 178 y ss.

[38] JAKOBS en Jakobs/Cancio, p. 35.

[39] Como el delito no conmovería las bases del ordenamiento normativo, el hecho delictivo sería, más o menos, "normal", y el delincuente no deja de ser ciudadano pasible de un Derecho penal que, con la imposición de una pena, va a reparar, "equilibrar el daño a la vigencia de la norma", JAKOBS, en Jakobs/Cancio, p. 35 y s.

[40] JAKOBS, en Jakobs/Cancio, p. 38 y ss.

con otras que son propias de los "enemigos"[41]. En conclusión, el "Derecho penal del enemigo" es inmanente a la concepción normativo-radical de JAKOBS, pues solamente así puede llenar el vacío que presentaba su distinción bipartita individuo-ciudadano.

3. Crítica a la tesis de JAKOBS

La tesis de JAKOBS sobre el "Derecho penal del enemigo", para efectos del análisis crítico, puede resumirse en tres aspectos básicos: el contenido "descriptivo" de una tendencia actual observable en la legislación penal, la posibilidad de distinguir legalmente entre "ciudadanos" y "enemigos" a través de un Derecho penal diferenciado para cada grupo, y la necesidad de tal distinción, por razones de efectividad (aseguramiento de la "base cognitiva" de la sociedad).

3.1 ¿Descripción neutral de la realidad jurídica?

La primera afirmación (mera descripción de una tendencia legislativa real), hecha a veces por el mismo JAKOBS, ha encontrado alguna comprensión en parte de la doctrina, la cual asegura que el profesor alemán solamente habría presentado una mera descripción y una crítica de la situación actual[42]. Pero, para la mayoría la reacción ha sido diferente (sobre todo después de la Jornada Berlinesa de 1999[43]): aunque la propuesta de JAKOBS parta primero de una constatación descriptiva sobre la existencia de brotes del "Derecho

---

(41) JAKOBS, en Jakobs/Cancio, p. 42.

(42) Puede verse esta postura, por ejemplo, de ZUGALDÍA ESPINAR, rechazando también la crítica apresurada y global a las tesis funcionalistas; ver "Seguridad ciudadana...", p. 1131 y ss., esp. 1132 ("... porque Jakobs, en realidad, critica y deslegitima el Derecho penal del enemigo..."); igualmente en "¿Qué queda en pie...?, p. 111 y s. También POLAINO NAVARRETE/ POLAINO ORTS parecen orientarse por entender en sentido meramente "descriptivo" la tesis del "Derecho penal del enemigo", la cual solamente es expuesta por ellos (p. 218 y ss.), sin incluirla dentro del análisis crítico que hacen luego a la concepción normativista radical de Jakobs (p. 243 y ss.). PORTILLA CONTRERAS, en el año 2000, hizo referencias sobre las dudas en cuanto al (supuesto) cambio "cualitativo" de la concepción de "enemigo" de Jakobs a partir de 1999; ver "La legislación de lucha...", p. 79 y ss. Más refs. sobre los que interpretan las tesis de Jakobs en sentido de una mera "descripción" y los que ven en ella también una "valoración" en CANCIO MELIÁ, en Jakobs/Cancio, p. 81 y s., nota 35, igualmente en "Feind'strafrecht'?", p. 277 y s., nota 34. Otra cosa es que ya la mera "descripción" implique una "legitimación". ZAFFARONI destaca esta tendencia de "legitimación per se" en Jakobs, criticando esto como defecto metodológico, ver p. 1089, 1091; CANCIO MELIÁ deja abierta la cuestión, ver en Jakobs/Cancio, p. 91 y s.; ídem "Feind'strafrecht?'", p. 283. En Alemania, Jakobs parece haber insistido en el contenido meramente descriptivo de su tesis, ver en SAUER, quien critica que aunque Jakobs no haya tomado posición valorativa, tampoco se ha distanciado de las tendencias que describe, p. 1703, columna derecha y s.

(43) Sobre las reacciones de la doctrina alemana a la exposición de Jakobs en la Jornada Berlinesa, que fueron desde el escepticismo hasta una aislada crítica fuerte, ver en PRITTWITZ, p. 109 y ss. La exposición de Jakobs fue entendida como un giro radical en el empleo del término "enemigo" que, de ser un concepto crítico de la teoría de bienes jurídicos pasó a ser un criterio para la formación de una nueva área del Derecho penal; por eso, SCHULZ ha afirmado que con ello Jakobs habría pasado de una categoría analítica en el sentido de un "así no es" a una categoría de "así quizás sí" o de un "así necesariamente sí"; ver SCHULZ, p. 659

penal del enemigo" que en alguna medida podría admitirse(44), también llega a conclusiones (más manifiestas en sus últimos trabajos) que implican una "valoración" que no puede aceptarse, tal como se verá más abajo(45).

A la confusión ha contribuido el mismo JAKOBS, pues –como ya se vio– él precisamente empleaba el término "enemigo" para acusar a la teoría de "bienes jurídicos" de no tratar a los delincuentes como "personas". En tal medida, el "Derecho penal del enemigo" era un concepto crítico que fue entendido por la mayoría de la doctrina alemana en el sentido de un "garantismo" de corte normativo (la defensa de un "fuero interno" mínimo e intocable) en contra de las tendencias autoritarias comprobadas en la legislación penal vigente (criminalización en el "estadio previo")(46). Pero –como también ya se vio– ahora su posición se ha radicalizado y puede verse claramente como una valoración a favor de un "Derecho penal del enemigo"(47). Y aún así se presta a confusiones. Y es que aquí nuevamente recurre al argumento de la "descripción neutral" que empleó también para fundamentar su base metodológica

---

(44) Entre otros, ver, SAUER, p. 1704, columna derecha, 1705; HEFENDEHL, analizando la legislación penal alemana contra la "criminalidad organizada", p. 157, columna derecha, y s.; MUÑOZ CONDE, quien agrega más ejemplos del Código Penal español de 1995 con las modificaciones producidas durante el régimen conservador en el año 2003; ver "De nuevo sobre...", p. 126 y s.; el mismo autor, con otros ejemplos europeos de legislación penal de emergencia entre los años 50 y 80 del siglo XX, y un análisis de la legislación estadounidense después del atentado del 11 de setiembre de 2001, en "El nuevo Derecho penal autoritario", p. 166 y ss.; CANCIO MELIÁ, destacando solamente el valor descriptivo del concepto "Derecho penal del enemigo" respecto del actual desarrollo de las legislaciones penales, con ejemplos de la legislación española, en Jakobs/Cancio, p. 61, 84; el mismo autor en "Feind'strafrecht'?", p. 268, 279 y s., y con ejemplos de la ley española antiterrorista del 2000, "'Derecho penal' del enemigo y delitos de terrorismo...", p. 24 y ss. También coinciden en observar estas tendencias autoritarias, ZAFFARONI, con un análisis filosófico previo, p. 1089; GRACIA MARTÍN, tras un amplio análisis de las fuentes filosóficas e históricas de la propuesta de Jakobs, "El trazado histórico...", p. 480 y ss., 490 y s.; en relación con la descripción de los cambios sociales y compartiendo el escepticismo de Jakobs sobre el Derecho penal en general, PRITTWITZ, p. 117 y s. Recientemente, de manera especialmente amplia y analizando las tendencias autoritarias de la modernidad, ver las contribuciones de PORTILLA CONTRERAS, "La legislación de lucha...", p. 77 y ss., 91, "El Derecho penal de la 'seguridad'...", p. 52 y ss., 61 y ss. Para él, el "Derecho penal del enemigo sería "... desde hace años, una realidad (en la que)... se oculta su notorio carácter ilegítimo al suprimir las garantías del procedimiento en función de las características del autor" ("La legislación de lucha...", p. 91). Bajo el pretexto (coyuntural y sobredimensionado) de una sensación de inseguridad ciudadana, se estaría retornando a fórmulas represivas que se creían ya superadas, con lo cual "La política criminal se convierte en la política de la 'seguridad interior' y el Derecho penal queda constreñido al campo de la neutralización de personas peligrosas (inocuización)"; ver ídem, "El Derecho penal de la 'seguridad'...", p. 62.

(45) Ver un análisis crítico amplio sobre la supuesta "neutralidad" del normativismo radical de Jakobs (y, en general, del "formalismo jurídico"), en PORTILLA CONTRERAS, "Los excesos del formalismo...", p. 853 y ss. En España, es similar a la tesis de Jakobs, la "tercera velocidad" propuesta por SILVA SÁNCHEZ que se analiza más abajo; manifestando que el Derecho penal del enemigo sería consustancial al contractualismo y al sistema liberal, pero dudando de que se trate ya de un "Derecho", PÉREZ DEL VALLE, p. 612 y s.

(46) Así explica PRITTWITZ que el giro radical de Jakobs en 1999 hubiera causado tanto impacto; p. 112.

(47) CANCIO MELIÁ, en su más reciente publicación, tras distinguir con múltiples refs. sobre las dos posiciones interpretadoras de Jakobs, concluye que con las últimas ponencias de este "... ya no queda duda alguna de que [Jakobs] considera, más allá de la descripción, que es legitimable un Derecho penal del enemigo bajo ciertas circunstancias" (traducción libre); ver en "Feind'strafrecht'?", p. 278, nota 34, al final.

del normativismo radical: la "descripción" se refería en aquella a la (supuesta) realidad del funcionamiento de la sociedad como modelo autorreferencial; en la propuesta del "Derecho penal del enemigo", se trataría de una descripción de la legislación actual de los últimos años en algunos ámbitos acuciantes (tráfico de drogas, terrorismo, delitos económicos, delitos de peligro, etc.). Y si antes se le criticaba su "conservadurismo" y "tendencia al autoritarismo" por avalar (aunque sea implícitamente) el status quo social (para él no importaría el tipo de sociedad, sino que esta "funcione")[48], ahora también puede criticársele algo semejante en cuanto al "status quo legal", pues no solamente lo toma como un mero "dato", sino también lo avala (sería necesario para evitar la "erosión de la sociedad"). Es más, exige que se desarrolle, dentro del propio Derecho penal, hasta formar una subdivisión de éste, pues –según él– sería "menos peligroso" para el Estado de Derecho tener un Derecho penal del enemigo "claramente delimitado" que mezclarlo dentro del Derecho penal común[49]. En esto va más allá de lo descriptivo y hace una valoración: el "Derecho penal del enemigo" sería bueno y necesario. Pero como esto es "ambiguo" (nuevamente: no interesa en qué tipo de sociedad se haga la separación de Derechos penales), incluso si se admitiera que tal propuesta fuera posible de lege lata, tendría que verse si puede tener cabida en un Estado de Derecho[50].

Hasta aquí se puede constatar que la tesis de JAKOBS, como "descripción", no es novedosa, pues, en cuanto crítica, se refiere a tendencias legislativas que cualquier posición garantista siempre ha criticado bajo las definiciones de "Derecho penal autoritario" o "Derecho penal de autor" [51]. Lo que sí es "novedoso" es que JAKOBS considere que esto sería bueno y necesario para el funcionamiento del sistema en un Estado de Derecho[52]. Con esto, la discusión se traslada a este último punto, pues se trata ahora de ver si serían compa-

---

[48] Ver, c. más refs. sobre estas críticas en ABANTO VÁSQUEZ, "¿Normativismo radical...?", p. 23 y ss. [en esta compilación: p. 246 y ss.]

[49] JAKOBS, en Jakobs/Cancio Meliá, p. 56.

[50] Cfr. MUÑOZ CONDE, "De nuevo sobre...", p. 133, columna derecha, y s.; APONTE, "¿Derecho penal del enemigo...?", p. 26 y s.; GRACIA MARTÍN, "El trazado histórico...", p. 486 y ss.

[51] El "Derecho penal del enemigo", en el sentido de derecho penal construido para "otros", ha estado siempre presente en la legislación penal y puede enmarcarse dentro del fenómeno "expansivo" del Derecho penal de los últimos años. En esto coincide con otros dos fenómenos ampliamente conocidos y criticados: el Derecho penal (puramente) simbólico y el "punitivismo" (o "sobrerrepresión"); cfr. las observaciones de CANCIO MELIÁ en Jakobs/Cancio, p. 65 y ss., 78; también en "Feind'strafrecht'?", p. 270 y ss., 275 y s. ZAFFARONI recuerda que la doctrina siempre ha tratado (aunque no lo haya resuelto hasta ahora) el problema de la polaridad entre "ciudadano" y "enemigo", aunque con distinta terminología, al referirse a los fines de la pena (combinación de "retribución" con "neutralización") o la legitimidad del Derecho penal (Derecho penal de culpabilidad o del acto y Derecho penal de peligrosidad o de autor), p. 1078; en igual sentido, analizando la base filosófica del Derecho penal del enemigo así como su parentesco con el sistema penal propuesto a finales del siglo XIX y principios del XX, en especial por von Liszt, GRACIA MARTÍN, en "El trazado histórico...", p. 474 y ss.

[52] MUÑOZ CONDE, "De nuevo sobre...", p. 123 y s., 136.

tibles con el Estado de Derecho y la Constitución[53], esta legislación positiva (que estaría tratando ya ahora a algunos sujetos como "enemigos") y, más aún, una futura legislación penal específica que abiertamente, flexibilizando principios y garantías, se dirija exclusivamente a "enemigos".

Por otro lado, también podría objetarse que el entendimiento del "enemigo", en el sentido de Jakobs, tampoco parece encajar en la realidad que el Derecho penal quiere atender ni siquiera cuando se trata de la legislación penal vigente criticada como autoritaria[54]. Puede dudarse de que, en el sentido de JAKOBS, las reglas contra los "enemigos", que él quiere ver en el Derecho penal vigente, hayan sido introducidas debido a la existencia de una situación que, aunque no sería exactamente la de una "guerra", implique la posibilidad de llegar a una guerra, o sea de un estado "potencial" de guerra[55]. Y es que no es posible constatar que exista una situación de tanto peligro en el sentido, aunque sea potencial, de "guerra" ni que la criminalidad existente ponga en peligro la comunicación normativa en el sentido de la propia teoría general de Jakobs[56]. Lo que sí es característico de los delitos violentos, y de todos los que atenten contra "configuraciones sociales esenciales", es que producen una afección en el plano "simbólico" de elementos especialmente "vulnerables" (p. ej. en el tráfico de drogas, la criminalidad organizada y el terrorismo)[57]. Entonces, ya desde la propia perspectiva normativista radical y de la sociología puede cuestionarse que una respuesta en el sentido de "reglas penales contra enemigos" sea "funcional", pues lo que se necesitaría en el plano simbólico,

---

[53] Cfr. MUÑOZ CONDE, "De nuevo sobre...", p. 127, columna derecha.

[54] Como ha destacado CANCIO MELIÁ, hasta cierto punto tampoco es tan exacta la descripción que hace Jakobs, pues aquella legislación penal que este identifica con el "Derecho penal del enemigo" (p. ej. leyes antiterroristas o contra el tráfico de drogas), más que basarse en la mera y neutral "exclusión" del "otro" (que equivaldría a un "fenómeno natural"), se basa en la "demonización", la "atribución de perversidad" de ciertos grupos de delincuentes a los que sí se les reconocería "competencia normativa"; ver en JAKOBS/CANCIO, p. 87 y s.; igualmente en "Feind'strafrecht'?", p. 280 y s.

[55] Cfr. APONTE, "¿Derecho penal del enemigo...?", p. 48.

[56] CANCIO MELIÁ, dudando en esto de la "descripción" de la criminalidad actual que hace Jakobs, afirma que un "enemigo" tan peligroso que, como en el modelo de Jakobs, ponga en riesgo real la comunicación normativa, que erosione la identidad de la sociedad, no puede encontrarse ni en los casos de criminalidad violenta más grave, pues, por su frecuencia, estos casos son, en realidad más raros que otros que sí ocurren con frecuencia y forman parte de la "normalidad" (hurtos, corrupción, etc.); ver en Jakobs/Cancio, p. 94 y s., y en "Feind'strafrecht'?", p. 284; en similar sentido, PRITTWITZ, p. 118; APONTE, "Krieg und Feindstrafrecht", p. 189 y ss., 218 y ss.; refiriéndose a la "criminalidad organizada", HEFENDEHL, p. 157 y s., 161. En general, se habla de una "dramatización de la violencia" o, de manera políticamente más aguda, de un "aprovechamiento" de situaciones de crisis o, incluso de una "manipulación" de la opinión pública para alimentar momentos coyunturales de especial inseguridad ciudadana, para introducir (o reintroducir o desarrollar más) una legislación penal, procesal penal y policial del enemigo; al respecto ver PORTILLA CONTRERAS, con ejemplos de legislación internacional derivada del atentado del 11 de setiembre de 2001 en Nueva York, "La legislación de lucha...", p. 83 y ss.; en el mismo sentido HEFENDEHL, p. 159, columna izquierda.

[57] Cfr. CANCIO MELIÁ, en Jakobs/Cancio, p. 96 y ss., también en "Feind'strafrecht'?", p. 285.

más bien, sería reforzar la sensación de "normalidad", "negar la excepcionalidad", lo cual se conseguiría aplicando a estos criminales el Derecho penal con todas sus garantías[58]. Por el contrario, aplicar un "Derecho penal del enemigo" implicaría "reconocer competencia normativa" al infractor a la par que "dar resonancia social a sus hechos"[59]. En este mismo sentido, APONTE afirma que para luchar contra una masiva comisión de delitos y la "impunidad generalizada" en algunos países en crisis permanente como Colombia, si se quiere estabilizar expectativas, se tiene que incorporar en el Derecho el "discurso de la impunidad" precisamente haciendo que la actuación estatal se dé dentro del Derecho y no fuera de él (aseguramiento, frente al respetuoso del Derecho, de que el Estado y otros también lo van a respetar)[60].

3.2 ¿Posibilidad de tratamiento penal diferenciado entre "ciudadanos" y "enemigos"?

Más allá de la terminología chocante y quizá provocativa empleada por JAKOBS[61], lo que interesa analizar es la plausibilidad de las *bases* y las *consecuencias* a las que llevaría el reconocimiento de un "Derecho penal" que recoja la idea del "enemigo"[62], incluso si se utilizara para legitimarlo una distinta terminología[63]. Para el Derecho penal de herencia liberal, todo delincuente, por el hecho de que hubiera cometido un delito cualquiera no deja de ser "persona" en el sentido de sujeto portador de todos los derechos. En el caso de conductas que, debido a la complejidad de la vida moderna, son especialmente peligrosas, de difícil persecución y de difícil probanza (p. ej. la "criminalidad organizada"), el Derecho penal y el Derecho procesal penal deben, ciertamente, reaccionar de forma "eficiente", pero esto implica solamente un "problema

---

[58] En este sentido, la crítica de CANCIO MELIÁ, en Jakobs/Cancio, p. 97 y s., 99; en el mismo sentido en "Feind'strafrecht'?", p. 285 y s. Ver también la teoría penal intercultural de RÖSSNER, p. 213 y ss., 222 y s.

[59] CANCIO MELIÁ, en Jakobs/Cancio, p. 100; también en "Feind'strafrecht'?", p. 289.

[60] APONTE, "¿Derecho penal del enemigo?", p. 74 y ss.

[61] Los términos "enemigo" y "no-persona" se asemejan a los empleados durante el régimen nazi-fascista y, por eso, tuvieron un rechazo categórico en las primeras discusiones entre los penalistas alemanes; ver las observaciones de SCHÜNEMANN; "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", p. 211. Esto explica quizá por qué la doctrina alemana ha tendido a ignorar, hasta ahora, la propuesta de Jakobs. Es ilustrativa la reciente advertencia de SAUER, quien ha llamado a no entrar en la discusión propuesta por Jakobs, pues ello implicaría "destabuizar" el concepto de "enemigo" y hacer una primera "concesión": que sea posible un "Derecho" basado en "enemigos"; ver p. 1704, columna izquierda.

[62] Ver las críticas especialmente de SCHÜNEMANN, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", p. 211 y ss.; SCHULZ, p. 655, 659 y ss. En la literatura hispanoparlante ver: GRACIA MARTÍN, "Prolegómenos...", p. 120 y ss.; el mismo autor, "El trazado histórico...", p. 481 y ss., esp. p. 490; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 84; MUÑOZ CONDE, "El nuevo Derecho penal autoritario", p. 170 y ss.; igualmente en "De nuevo sobre...", p. 126 y ss.; VELÁSQUEZ V., p. 201 y s.; ZUGALDÍA ESPINAR, "¿Qué queda en pie...", p. 111.

[63] PRITTWITZ cree que la tesis de Jakobs hubiera ganado aplauso si se hubiera atenido a la terminología tradicional de "Derecho de lucha contra la delincuencia" y no los polémicos términos de "enemigo" y "no-persona"; p. 113.

de regulación" ante una "modernización de la sociedad" y una correspondiente "modernización de la criminalidad"(64).

El hecho de que las leyes contengan en su título, a veces, la denominación "lucha", referida a determinado grupo de delitos (en Alemania: tráfico de drogas, terrorismo, delitos económicos, delitos sexuales y otros delitos graves)(65) no obliga a interpretar que el legislador habría optado ya por un "Derecho penal del enemigo" ni menos aún que esto sea legítimo. En última instancia, ante una coyuntural ola de crímenes de determinado tipo, siempre podría argumentarse que sus autores se habrían "apartado duraderamente del Derecho". Además, existe una contradicción notable: si la "persona" es definida por las reglas de imputación del Derecho penal, ¿quién va a definir, si no es el propio Derecho penal, al "enemigo"?(66). En efecto, si, en el mismo sentido de HOBBES, el Estado solamente va a tratar a los "enemigos" no en sentido autoritario, sino "solamente" con las reglas del "estado de la naturaleza" (estado que se caracterizaría por la "enemistad" y el "miedo" entre los individuos)(67), ya no se debería recurrir al "Derecho" (que rige en la sociedad) y su administración de justicia (integrada por "personas" que no se caracterizarían por la enemistad ni por el miedo), sino a algo que no lo es (en el mundo de la naturaleza precisamente no hay Derecho), pero que es impuesto y que se caracterizaría por introducir el "miedo" y la "enemistad" en un mundo que, por su propia concepción, no funciona así.

Incluso si, como en el caso del "terrorismo", el sujeto se declarare a sí mismo como "enemigo" del sistema político y económico de la sociedad en la que vive, ello no implica que el Derecho deba tratarlo como "enemigo". Es sabido que tales sujetos, por su convicción, no se identifican con las normas vigentes, pero ello no significa que la sociedad deba prever para ellos, de manera similar a una guerra, un Derecho (penal) ad hoc. El Derecho penal, dentro de un Estado social y democrático, tiene que respetar el status de "persona" a todos los individuos ya como realidad física; mejor dicho, *la personalidad no es una construcción jurídica*, no puede depender de un reconocimiento social, sino de la mera existencia de los individuos; por eso ya una distinción entre "persona" e "individuo" lleva a relativizar los derechos humanos para un gru-

---

(64) SCHÜNEMANN, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", p. 211 y s.

(65) Así argumenta, sin embargo, JAKOBS, en "Staatliche Strafe...", p. 41 y s.; también en Jakobs/Cancio, p. 39.

(66) Cfr. SCHÜNEMANN, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", p. 212.

(67) En este sentido, PÉREZ DEL VALLE, quien menciona incluso las coincidencias concretas del Derecho penal del enemigo de Hobbes con el propuesto por Jakobs, p. 607, 608 y ss.

po de sujetos; y ello conduce a un "Derecho penal del autor"[68]. La noción de "Estado de Derecho" no admite que se diferencie entre sujetos con distintos niveles de respeto a los cuales se les dé distinto nivel de protección jurídica; la misma protección jurídica debe regir para todos sin que se permita que el Estado admita excepciones (ni siquiera para situaciones extremas)[69]. Por eso, GRACIA MARTÍN ha recordado el llamado de atención de WELZEL, en relación con los "delincuentes por convicción" y sostenido que precisamente aquí el Derecho debe actuar como Derecho y no como "poder"; de otro modo no se trataría de una polémica entre ideas, sino de una aniquilación del hombre por el hombre[70].

Como ya se dijo más arriba a propósito de la acusación general de "conservadurismo" que se suele hacer a las tesis normativistas radicales, aquí también tiene que recordarse un principio metodológico irrenunciable de toda ciencia social: el carácter contingente de los valores ("relativismo de lo recto y de lo justo"), tanto de los de un Estado vigente, como los de los que quieren combatirlo[71]. De ello se deriva la necesidad de hacer una permanente revisión de cualquier ordenamiento social y normativo (y por tanto también del Derecho penal), así como la ilegitimidad de que un grupo trate de imponer valores a otros (y excluir a los que no los sigan), por más que el primero sea mayoritario o detente el poder en un momento histórico determinado. Un ordenamiento legítimo y vigente, si quiere defenderse, debe hacerlo con el "Derecho", el cual se constituye precisamente para luchar contra la mera violencia, la fuerza, o sea, también, contra el Derecho penal del enemigo; mejor dicho, el "Derecho" es incompatible con el concepto de "enemigo"; no puede haber un "Derecho penal" de enemigos[72].

---

[68] Cfr. MIR PUIG, p. 676, nota 32; igualmente MUÑOZ CONDE, "De nuevo sobre...", p. 134, columna izquierda; PORTILLA CONTRERAS, "Los excesos del formalismo...", p. 860 y ss.; GRACIA MARTÍN, resaltando la vinculación de la idea de "persona" con la "dignidad humana", en cuyo desarrollo trabajaron Pufendorf y el mismo Kant, "El trazado histórico...", p. 488 y ss., esp. 490; HEFENDEHL, p. 159. Ver también las críticas a esta distinción conceptual en la teoría de Jakobs en ABANTO VÁSQUEZ, "¿Normativismo radical...?", p. 28 [en esta compilación: p. 253, al final, y ss.].

[69] Cfr. MUÑOZ CONDE, "De nuevo sobre...", p. 132, columna derecha, y s.

[70] GRACIA MARTÍN, citando a Welzel y remitiéndose también a Pufendorf, en "El trazado histórico...", p. 491. En esta tendencia, también afirma PORTILLA CONTRERAS: "... frente a políticas de exclusión hay que afrontar la inclusión social, la seguridad de todos a los derechos de todas las personas; políticas dirigidas a la atención de los débiles y excluidos; políticas locales participativas; la política criminal como elemento subsidiario de política integral de seguridad de los derechos..."; ver c. más refs., "El Derecho penal de la 'seguridad'...", nota final 31, p. 68 y s.

[71] De manera muy ilustrativa y convincente, c. más refs., GRACIA MARTÍN, "El trazado histórico...", p. 481 y ss., esp. 482.

[72] GRACIA MARTÍN, "El trazado histórico...", p. 487 y ss.; SAUER, p. 1704, columna izquierda. Desde la perspectiva del normativismo radical, también llega a este resultado CANCIO MELIÁ, pues, para él, el "Derecho penal del enemigo" sería un "pleonasmo", no sería Derecho penal, puesto que no está destinado a cumplir con una "prevención general positiva", sino "demoniza determinados grupos de infractores"; ver en Jakobs/Cancio, p. 93 y ss., 100 y ss.; "Feind'strafrecht'?", p. 268, 282 y ss., 289.

No sin razón, destacan los críticos que la distinción entre "ciudadano" y "enemigo" recuerda a experiencias autoritarias del pasado. Como han demostrado ya connotados penalistas, la idea que yace en la diferenciación entre "ciudadano" y "enemigo" es muy similar, aunque en contextos sociales e históricos distintos, a la que hacía el Derecho penal bajo el nacionalsocialismo alemán, tal como se ha visto más arriba (ver 2). Ciertamente en los últimos años, debido a la presión pública o por razones políticas, algunos gobiernos han optado, en parte, por adoptar medidas legislativas penales que dan preponderancia a la "seguridad ciudadana" en desmedro de derechos individuales. Pero, en muchos casos y con toda razón, estas medidas han sido declaradas inconstitucionales o violatorias de derechos humanos(73). Por lo menos, en estos casos se puede decir que ya ha habido una manifestación –por cierto: muy tímida– de algunos Tribunales Constitucionales en contra de reglas penales del "enemigo", y las han declarado inconstitucionales y violadoras de los Derechos humanos, así como incompatibles con los principios de un Estado de Derecho y los derechos fundamentales de validez nacional e internacional(74). Si se siguiera en esta tendencia (que, como tal, existe, pero no "debiera" hacerlo), el Derecho penal dejaría de ser Derecho(75).

Pero aun si se admitiese que la diferenciación entre "ciudadano" y "enemigo" podría tener lugar dentro de un Estado de Derecho, se presentarían insalvables problemas de *practicabilidad*, los que a su vez entrañan peligros de abuso. Y es que, en primer lugar, no existe un "criterio diferenciador" seguro. Como ya se vio, JAKOBS hace la distinción según si se quebranta ocasionalmente la norma (ciudadano) o si ello se hace (permanentemente). Pero con ello no queda claro a partir de cuándo se puede hablar de un "quebrantador permanente de la norma". ¿Debe ser ya "enemigo" el que defrauda impuestos una vez, dos veces o más; o si lo hace varias veces en períodos distintos? ¿Y

---

(73) Entre otros ejemplos, están las resoluciones del Tribunal Constitucional español (sobre la apología contra el terrorismo y el empleo de grabaciones telefónicas como prueba), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sobre las violaciones a derechos fundamentales en la Ley de Enjuiciamiento criminal española), la Cámara de los Lores inglesa (en contra de la detención ilimitada de extranjeros sospechosos de terrorismo), el Tribunal Constitucional alemán (sobre las grabaciones en el ámbito de la intimidad), e, incluso, aunque con algunas restricciones e inconsecuencias, las sentencias de la Corte Suprema estadounidense (que ve cuestiones de inconstitucionalidad) admitiendo el derecho a "habeas corpus" de prisioneros extranjeros en la Base de Guantánamo (que para el gobierno estadounidense estaría fuera del territorio); ver en MUÑOZ CONDE, "De nuevo sobre...", p. 127 y ss.

(74) Cfr. MUÑOZ CONDE, "De nuevo sobre...", p. 130; interpretando la Constitución alemana en sentido de que prohibiría una concepción penal basada en la ética de la actitud interna, HEFENDEHL, p. 160, columna izquierda; advirtiendo una evidente inconstitucionalidad en la distinción entre "ciudadanos" y "enemigos", SAUER, p. 1704, columna derecha.

(75) Con toda razón advierte CANCIO MELIÁ que "... al continuar este desarrollo [de leyes penales referidas a "enemigos"] aparece un "Derecho penal" distinto, nuevo, que solamente por el nombre se corresponde con el sistema penal del Derecho penal europeo de la actualidad" (traducción libre), en "Feind'strafrecht'?", p. 288.

qué hay de aquel que comete delitos distintos (un homicidio, una defraudación tributaria, un cohecho activo)? O, en un caso extremo, ¿es "enemigo" el miembro de la mafia que, por lo demás, no defrauda otras expectativas vinculadas con otras normas (observa las reglas del tráfico rodado, paga sus impuestos, alimenta a su familia, etc.)? La situación es más candente con otro criterio proporcionado por JAKOBS y que, según quien lo aplique, puede llegar incluso al racismo: el "multiculturismo desintegrador"; o sea los sujetos provenientes de otras culturas que vivirían fuera del ordenamiento normativo de la sociedad de la cual son huéspedes(76). Incluso si se tendiera, combinando el normativismo radical con la idea del "bien jurídico", a ver como criterio diferenciador a la "gravedad" del delito (que es el que más bien usa la legislación vigente)(77), tampoco habrían garantías contra los abusos una vez admitida la "legalidad" de un Derecho penal autoritario: la experiencia ha demostrado que lo que puede comenzar como una "excepción" tiene la tendencia de convertirse luego en la "regla general", según los intereses políticos de turno. Esto no solamente ha ocurrido con leyes penales dadas en períodos de "normalidad", sino incluso también con las que se dieron bajo un "régimen de excepción" permitido por la Constitución ("estado de sitio", "estado de emergencia")(78). Pero incluso bajo un régimen como éste (previsto p. ej. en el art. 137 de la Constitución Peruana y el art. 91 de la Constitución alemana) no puede haber equivalencia con un "Derecho penal" de enemigos(79), pues aunque un "estado de emergencia" admita un recorte parcial de libertades individuales, este recorte tiene que ver con la ampliación de facultades policiales (y no legales), tiene un período determinado, y no se abandona ni el control parlamentario ni el judicial del cumplimiento de las leyes (penales vigentes) para todos los ciudadanos (y no sólo para "enemigos"). Por cierto que esto es difícil de controlar cuando, como ocurre en el estado de emergencia, el poder del Ejecutivo se vuelve demasiado fuerte(80).

---

(76) Ver las críticas de APONTE, ¿Derecho penal del enemigo...?", p. 40, nota 28; el mismo autor en "Krieg und Feindstrafrecht", p. 135.

(77) HEFENDEHL constata que la legislación penal contra la criminalidad organizada habría equiparado una "modalidad de acción" con la "peligrosidad", y, siguiendo en esto a Hassemer, que no habría un aumento "cualitativo", sino meramente "cuantitativo" de la criminalidad en este sector; ver p. 158, columa izquierda, 157, columna derecha, respectivamente.

(78) También así ZAFFARONI, p. 1089 y s.; en sentido similar, MUÑOZ CONDE, "El nuevo Derecho penal autoritario", p. 176.

(79) CANCIO MELIÁ, tras poner en duda que exista en Europa la situación de "emergencia" que afirma Jakobs, estima que solamente si se diera esta situación sería legitimable una "legislación penal de emergencia"; ver "Feind'strafrecht'?", p. 289.

(80) APONTE advierte que en Colombia, el Derecho penal dado bajo un "estado de emergencia" se desprende de la racionalidad de su propia dogmática y cae en un caos de normas incoherentes que no expresan política criminal alguna; ver "Krieg und Feindstrafrecht", p. 115 y ss., 117.

Por otro lado, también queda el problema de la *instancia definidora*[81]: ¿quién define al "enemigo"?, ¿debe haber un proceso especial para ello?, ¿qué pasa en casos de error?, ¿se puede dejar de ser "enemigo" alguna vez?, ¿quién controlaría esto? La inseguridad que traería todo esto consigo sería tan grande que, aparte de los detentadores del poder y sus allegados, nadie estaría seguro de ser etiquetado alguna vez como "enemigo" por error o por mala fe[82].

Aunque se trate –en la terminología de JAKOBS– de un "Derecho penal del enemigo" desinstitucionalizado, se pueden dar ejemplos de lo anteriormente dicho, recurriendo a la legislación penal de emergencia latinoamericana. En el Perú, cuando a partir de los años 80 del siglo XX se cayó en una espiral de violencia terrorista y represión estatal indiscriminada que llevó, entre otras monstruosidades, a que la policía trate a los estudiantes de universidades nacionales (donde se producían protestas políticas y, a veces, actos terroristas) como sospechosos "per se" de terrorismo, dándose casos frecuentes de encarcelamiento, maltratados y hasta "desaparición forzada" de ellos. Y cuando, para luchar contra el terrorismo se dieron "leyes de arrepentidos", se produjeron innumerables casos de detenciones injustas debido a denuncias falsas de sospechosos detenidos. ¿Acaso bajo un "auténtico" Derecho penal de enemigos" se hubieran evitado estos desbordes? La conclusión evidente de todo esto es que el concepto de "Derecho penal" tiene que estar necesariamente vinculado con la idea del respeto de derechos humanos y garantías para todos los sujetos; no puede ni debe distinguirse entre ellos si no se quiere abrir la puerta a desarrollos autoritarios. Queda por analizar si, por sus resultados (eficiencia), el desarrollo de reglas penales contra "enemigos" podría ser una opción de política criminal que merezca consideración.

3.3 ¿Necesidad del Derecho penal del enemigo por razones de "eficiencia"?

Según la terminología de JAKOBS, la "necesidad" del "Derecho penal del enemigo" derivaría del peligro que, en otro caso, correría la "seguridad cognitiva" que necesitarían los (auténticos) "ciudadanos" en una sociedad regida por normas. Esta "seguridad cognitiva" se vería erosionada, se perdería (y con ello el sistema de normas ya no funcionaría) cuando el "ciudadano" tuviera

---

[81] Manifiestan esta preocupación, entre otros: SCHÜNEMANN, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft, p. 212; citándolo, PORTILLA CONTRERAS, "Los excesos del formalismo...", p. 865, nota 72, y "La legislación de lucha...", p. 81, nota 17; ZAFFARONI, p. 1089; APONTE, "Krieg und Feindstrafrecht", p. 136 y s.

[82] Acertadamente ha expresado SAUER el temor que con un mal llamado "Derecho penal de enemigos" se tendería a "... la retirada del Derecho a favor de una supuesta seguridad, la cual, en realidad, solamente es una función de los objetivos políticos del detentador del poder de turno" (traducción libre), p. 1705, columna izquierda.

que contar, permanentemente, con que otros (los enemigos) no van a respetar las normas. Y, en contra de la situación actual de la legislación penal, en la que se "entremezcla" todo dentro del Derecho penal del ciudadano (o sea, con todas las garantías), sería mejor (y más sincero), separar de este, aquello que sería propio de un "Derecho penal del enemigo" en una legislación específica, con regulaciones específicas (en el sentido de menos garantías para una mayor efectividad)(83).

Pero la búsqueda de una "seguridad cognitiva" no es monopolio del normativismo radical; ella también es buscada por cualquier concepción del Derecho penal, solo que nadie pretende, realistamente garantizar una "seguridad" total, al cien por ciento, así como tampoco sacrificarla en aras del máximo respeto de derechos y garantías individuales. De lo que se trata es de encontrar un "equilibrio" tolerable(84). Por eso, ROXIN afirma que, aunque sea innegable que una dictadura podría bajar los índices de criminalidad (tal como habría ocurrido p. ej. en la fenecida República Democrática Alemana o en otros países del bloque oriental) y que en la lucha contra la criminalidad organizada se recurrirá cada vez más, en el futuro, a medios tecnológicos que podrían invadir la esfera privada, de allí no se puede deducir que sea deseable la minimización de la criminalidad mediante un control completo, "... pues el sacrificio de la libertad ciudadana sería un precio demasiado elevado para una lucha exitosa contra la criminalidad"(85).

Además de la experiencia nacionalsocialista ya mencionada, son por demás conocidas las duras experiencias que han tenido todos los países que alguna vez sufrieron o sufren aún las consecuencias de regímenes autoritarios. En Latinoamérica esto se ha manifestado en la llamada "legislación penal de emergencia", que una y otra vez vuelve a ser probada con los resultados nocivos e ineficaces de siempre: la contribución a una espiral de la violencia, condenas injustas o desproporcionadas y el aislamiento del país de la comunidad internacional(86). Todas las sociedades han experimentado, más o menos, una

---

(83) Cfr. JAKOBS, en Jakobs/Cancio, p. 56.

(84) En ese sentido, ROXIN, "Dogmática penal...", p. 443 y ss.; MUÑOZ CONDE, "De nuevo sobre...", p. 134, columna derecha. De manera más amplia sobre las tensiones entre la "libertad" y la "seguridad", ver MUÑOZ CONDE en "El nuevo Derecho penal autoritario", p. 164 y ss. Destaca, más bien, la preponderancia de la "libertad" sobre la "seguridad", entendiendo esta última, con especial referencia a Baratta, como la "seguridad de los derechos" (que se manifiesta en la "seguridad del derecho a través de la protección de bienes jurídicos"), PORTILLA CONTRERAS, c. más refs., "El Derecho penal de la 'seguridad'...", p. 54 y s., esp. notas finales 30 y 31 (p. 68 y s.).

(85) ROXIN, "Dogmática penal...", p. 445.

(86) Ejemplos de la legislación penal colombiana sobre terrorismo y tráfico de drogas son ofrecidos por APONTE, "Krieg und Feindstrafrecht", p. 19 y ss., 349 y ss. También ofrece testimonios de la época franquista MUÑOZ CONDE en "De nuevo sobre...", p. 123, 135, columna izquierda. Entre las experiencias más recientes de Perú, en 1998,

"legislación penal de emergencia" en la medida en que, ante una amenaza criminal o política considerada como muy grave en un momento determinado, algunos gobiernos han respondido de manera autoritaria, con mayor o menor sustentación teórica. Y de estas experiencias no se ha demostrado efectividad en la contención de aquella criminalidad cometida por sujetos en los que encajaría la etiqueta de "enemigos" (narcotraficantes, terroristas, criminales violentos). La experiencia sí ha demostrado otra cosa: frente al eventual incremento de la "seguridad cognitiva" se tiene una devaluación de la "seguridad normativa" en el sentido de disminución de garantías y de Estado de Derecho, con lo cual no se restablece la vigencia de la norma ni la confianza de los ciudadanos en ella(87). Como acertadamente resume APONTE, a propósito de la experiencia colombiana: "... en la lucha contra la amenaza, el derecho penal se convierte, él mismo, en gran amenaza"(88).

El Derecho penal de corte garantista ha tratado siempre de luchar denunciando el abuso de la ley penal que, con el ropaje de legalidad, solamente quiere conseguir efectos simbólicos. El hecho de que hayan existido y existan aún elementos de un "Derecho penal autoritario" que puedan etiquetarse como "Derecho penal del enemigo" en nuestra legislación penal, no hace que aquel sea ni bueno ni deseable; también con los medios del Derecho penal garantista

---

durante el gobierno pseudodemocrático de Fujimori, se produjo una sobrecriminalización de los delitos violentos agrupados como "delitos agravados", para los cuales se elevaron las penas, en muchos casos, hasta la "cadena perpetua" (entendida en sentido literal); ver, "Comentarios a la ley contra los delitos agravados", Revista "Cathedra", UNMSM, N° 3 (1998), p. 113 y ss. También CANCIO MELIÁ tiende a negar "efectividad" práctica a un "Derecho penal del enemigo", ver, c. más refs. en Jakobs/Cancio, p. 90, nota 57; igualmente en "Feind'strafrecht'?", p. 282, nota 55.

(87) Cfr. MUÑOZ CONDE, "De nuevo sobre...", p. 135, columna izquierda; PRITTWITZ, p. 119, tercera conclusión. Como ejemplo de estos efectos contraproductivos se mencionan las actuales políticas de corte policial y penal denominadas como "tolerancia cero", que están dirigidas sobre todo a la criminalidad violenta y menor (prostitución, vagabundaje y mendicidad), y que no han demostrado tener por lo demás dudoso, un éxito pasajero además de ser criticables por su selectividad, costo social y hasta económico; al respecto ver MUÑOZ CONDE, quien las identifica con la política nazi y fascista de Alemania e Italia de los años 30 del siglo XX, ver en "El nuevo Derecho penal autoritario", p. 177 y ss., 179 y s.; ampliamente y con múltiples refs., PORTILLA CONTRERAS, "El Derecho penal de la 'seguridad'...", p. 57 y ss.; este último ofrece también ejemplos de autoritarismo en las legislaciones recientes de España, Italia y EEUU, "La legislación de lucha...", p. 84 y ss.; refiriéndose a las "ineficiencias" de la justicia penal colombiana debido a una espiral de pérdida del respeto de garantías por parte de los operadores del Derecho, APONTE, "Krieg und Feindstrafrecht", p. 234, 237 y s.

(88) Ver en "¿Derecho penal del enemigo...?", p. 25. También CANCIO MELIÁ afirma que el "Derecho penal del enemigo" empleado en la lucha antiterrorista tampoco ha demostrado ser "efectivo", ver "'Derecho penal' del enemigo y delitos de terrorismo...", p. 26, columna derecha. La espiral de autoritarismo que alcanzó la justicia penal colombiana es especialmente aleccionadora: después de una ola de atentados contra jueces entre 1989 y 1990, se instauró un "estado de excepción" que permitió dar una legislación de emergencia con la cual se implantaría una "justicia penal verdaderamente efectiva"; esta comenzó con la introducción de medidas procesales "eficaces" en el sentido de "mejora" de reglas procesales (procesos especiales, "jueces sin rostro") hasta llegar al objetivo declarado de conseguir más "condenas"; y esta situación ha seguido hasta la actualidad tras múltiples prórrogas de la vigencia de estas leyes; ver APONTE, "Krieg und Feindstrafrecht", p. 19 y s., c. más ejemplos históricos de Colombia, ibídem, 62 y ss.

es posible y preferible luchar contra la delincuencia[89]. Y esto no solamente es una cuestión de principio, sino también de efectividad: ante un problema similar de lucha contra el terrorismo, tanto España como Inglaterra, han demostrado tener mayor efectividad que la "justicia" y el Ejército norteamericanos.

Para el caso de países poco homogéneos, subdesarrollados, del Tercer Mundo o como se les denomine, que –en palabras de JAKOBS– estarían "desgarrados por la guerra"[90], se trata precisamente de cimentar las garantías y principios de todos y no de dividir más institucionalizando un "Derecho penal del enemigo". En este sentido, aquí la propuesta de JAKOBS parecería más bien tender al "garantismo" en estas regiones, pues siguiendo la consecuencia lógica de su propuesta, no sería posible exigir a los "individuos" que respeten "normas", si el Estado mismo no se ha preocupado antes por respetarlas, si no ha creado las condiciones para que los sujetos se conviertan en "personas"[91]. Además, él ha hecho últimamente una diferenciación entre "seguridad como discurso nacional" y "seguridad como afirmación de expectativas". Solamente en este último caso se estaría en el terreno del Derecho penal; el primer tipo de seguridad, más bien, podría volverse en contra del Derecho[92]. Pero precisamente esto es lo que ha ocurrido en Latinoamérica, en donde las políticas estatales de "seguridad" han absorbido al Derecho, incluyendo a la política criminal[93]. El peligro de autoritarismo ha estado siempre presente en Latinoamérica, antes y después de la teoría propuesta por Jakobs[94]; pero el temor es que ahora, con este "refuerzo" teórico, se tienda a una verdadera legitimación

---

[89] Así, MUÑOZ CONDE, "De nuevo sobre...", p. 136, columna derecha, y s.; ZAFFARONI, p. 1089.

[90] A propósito de una entrevista en Colombia, JAKOBS habría señalado que en países como el que visitaba, el grado de erosión sería tal que, por responsabilidad del Estado, el país estaría en una situación descrita exactamente con el concepto "Derecho penal del enemigo": una parte del país funcionaría normativamente y otra solamente de manera cognitiva; ver en APONTE, "¿Derecho penal del enemigo...?", p. 29 y ss.; "Krieg und Feindstrafrecht", p. 132.

[91] En ese sentido, la "reconstrucción crítica" de APONTE de la propuesta de Jakobs; ver en ¿Derecho penal del enemigo...?", p. 32 y ss., el mismo autor en "Krieg und Feindstrafrecht", p. 133; también destacando el potencial crítico del "Derecho penal del enemigo" para Latinoamérica, CANCIO MELIÁ, en Jakobs/Cancio, p. 92 y s., igualmente en "Feind'strafrecht'?", p. 283. Otros critican, más bien, que Jakobs y su teoría habrían proporcionado la base teórica para cualquier Derecho penal autoritario; SAUER, p. 1704, columna derecha y s.; PRITTWITZ, en relación con América Latina, p. 119, primera conclusión; PORTILLA CONTRERAS, "La legislación de lucha...", p. 91. Rechaza expresamente la crítica de Prittwitz, CANCIO MELIÁ en "Feind'strafrecht'?", p. 283, nota 60.

[92] APONTE refiere las aclaraciones al respecto que ha hecho Jakobs en recientes conferencias realizadas en Colombia; ver "¿Derecho penal del enemigo...?", p. 52. Pero como resalta el mismo autor colombiano (ibídem, p. 53), esta afirmación parece contradecir la base misma de la tesis del "Derecho penal del enemigo" en el sentido de que el Derecho "debe" tratar al enemigo como una no-persona para combatir los "peligros" que este representa (ver JAKOBS, en Jakobs/Cancio, p. 47).

[93] Cfr. APONTE, p. 53 y s.

[94] Observa esta impotencia de cualquier doctrina penal para evitar un abuso autoritario de ella y destaca, más bien, el empleo de las teorías de Jakobs por la Corte Constitucional colombiana, CANCIO MELIÁ, en Jakobs/Cancio, p. 93; el mismo en "Feind'strafrecht'?", p. 283.

de una legislación penal de emergencia que siempre fue rechazada en la dogmática penal latinoamericana más autorizada, aun en contra de las corrientes de opinión que tendían a exigirla. Por lo demás, aun asumiendo que los países de la región se encontraran permanentemente en un estado de "desgarramiento", tal como explica últimamente Jakobs, y que, por ello, no hubiera aún una verdadera "comunicación normativa", no se conoce cuáles serían las "consecuencias penales" para esta realidad durante el período de transición (viendo las cosas optimistamente) hacia la constitución de una "verdadera sociedad". Muchas son las posibilidades a partir de la distinción entre "ciudadano" y "enemigo"[95]. En el peor de los casos, el desarrollo lógico de esta línea de pensamiento llevaría a que, al predominar en nuestros países los "individuos" en un mundo que todavía equivaldría, en gran parte, al de la "naturaleza", si estos violaran normas de la sociedad que se quiere constituir, tendría que haber un amplio "Derecho de medidas de seguridad" para la mayoría de la población junto con un "Derecho penal", con todas las garantías del caso, para las (pocas) personas que sí comunicaran. Y estas serían probablemente, aparte de las que detenten el poder y decidan sobre la cualidad de "persona" e "individuo", unos pocos "elegidos" civilizados, allegados a los primeros. No veo cómo, en la práctica (y en vista de las experiencias del pasado) pueda creerse que esto vaya a desembocar en un mayor "garantismo".

4. ¿"Enemigos" en la delincuencia económica?

Trasladamos ahora la discusión sobre los postulados del "funcionalismo sistémico" al campo del *Derecho penal económico* para ver si resulta aceptable la concepción normativista radical sobre la tarea del Derecho penal (en el sentido de "protección del sistema normativo") y si es admisible el llamado "Derecho penal del enemigo".

Como es sabido, el proceso de formación de lo que hoy se conoce como Derecho penal económico ha significado un "reto" (o, si se quiere, un "cuestionamiento") de las categorías penales que, tradicionalmente, habían sido creadas sobre la base de los delitos violentos, en los que están involucrados básicamente bienes jurídicos "individuales". Así, es evidente la notable "expansión" de la legislación penal económica en el área europeo-continental[96],

---

[95] APONTE sugiere que Jakobs podría admitir, al igual que en Colombia, una ulterior distinción entre "enemigo absoluto" (el terrorista) y "enemigo relativo" (el guerrillero), aunque la experiencia colombiana ha demostrado precisamente la inseguridad y arbitrariedad en el empleo de estos términos; ver "Krieg und Feindstrafrecht", p. 133 y s., 137, nota 147.

[96] Debe aclararse que la situación es algo distinta en el área latinoamericana donde precisamente el legislador o bien no muestra una actividad notable de expansión en áreas nuevas (p. ej. delitos económicos) o, si lo hace, es sumamente "tradicionalista", pues suele recurrir a tipos de lesión o exige elementos subjetivos adicionales a la par

la cual se ha producido casi de manera paralela a la "expansión" en el Derecho penal nuclear (en el que básicamente se protegen bienes jurídicos individuales y otros de importancia social vital).

4.1 ¿Sociedad de riesgos, normativismo radical?

En principio parece haber consenso en cuanto a la descripción del fenómeno expansivo del Derecho penal moderno. Para algunos, esto sería consecuencia de las propias características de las sociedades postindustriales actuales, en donde han aparecido nuevos riesgos que deben ser neutralizados. Para describir esto se ha acuñado hace algunos años el término sociológico "sociedad de riesgos", al cual se vincula el concepto de *Derecho penal del riesgo*. Este Derecho penal se caracterizaría por tender a "crear" (abusivamente) bienes jurídicos y anticipar la punibilidad a un "estadio previo" a la "lesión" (en contra del principio de "lesividad")[97]. En tal sentido, hay coincidencias de esta doctrina, en cuanto a lo descriptivo, con los análisis de JAKOBS (Derecho penal del enemigo) y SILVA SÁNCHEZ (existencia de dos o tres "velocidades")[98]. Pero este "adelantamiento de las barreras" del Derecho penal y de la "difuminación" de una serie de principios y conceptos básicos no constituye ninguna novedad en el Derecho penal tradicional; todo esto se ha venido observando (y criticando) desde hace mucho tiempo dentro del capítulo del "principio de subsidiaridad"[99].

La tesis normativista radical de JAKOBS ya ha sido analizada ampliamente en otro lugar[100]. En lo que respecta a la delincuencia económica, en particular, habría que diferenciar su posición. En principio, como no se trataría de proteger "bienes", sino una "infraestructura de expectativas", no existirían los límites que impone la teoría de bienes jurídicos; más bien, cuando exista la necesidad de protección de "expectativas normativas" en la sociedad, conforme esta evolucione, estas expectativas *deberán* ser protegidas. Esto regiría sin más para una serie de "delitos económicos". Por ejemplo, el problema de la "res-

---

que se muestra sumamente benigno en las consecuencias penales; ver al respecto, para el Derecho penal peruano, ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 38 y ss.; "Diez años...", p. 22 y s.; para la legislación chilena HERNÁNDEZ BASUALTO, p. 119 y ss.; para Colombia, APONTE "Krieg und Feindstrafrecht", p. 312 [en esta compilación: p. 604 y s.].

[97] Ver al respecto, c. más refs., KUHLEN, p. 347 y ss.; ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 19 y ss., n. marg. 25 y ss. Pero también hay posiciones que valoran de manera positiva el "Derecho penal del riesgo" y pretenden implantarlo; ver, en este sentido, las críticas de PORTILLA CONTRERAS dirigidas contra Kratzsch, c. más refs., "El Derecho penal de la 'seguridad'...", p. 55 y s.

[98] Tal como también constata CANCIO MELIÁ, en Jakobs/Cancio, p. 62 y ss., 84, también en "Feind'strafrecht'?", p. 268 y s., 279, "'Derecho penal' del enemigo y delitos de terrorismo...", p. 19 y ss.

[99] Cfr. ROXIN, "Strafrecht. A. T.", tomo I, n. marg. 31, p. 21 y s., n. marg. 38 y ss., p. 25 y ss.

[100] Ver, c. más refs. en ABANTO, "Normativismo radical...?", p. 7 y ss. [en esta compilación: p. 217 y ss.].

ponsabilidad por el producto" no abarcaría "peligros especialmente nuevos" para la sociedad; la sociedad, al estar necesariamente saturada de productos tiene que entender que los productos nuevos introducirían siempre "riesgos especiales", en consecuencia, el productor tendrá que correr con los costes derivados de estos riesgos[101]. Pero, habrá otros delitos económicos que se caracterizarán, porque en ellos los actores no participan, pudiendo hacerlo, en la "comunicación normativa" y entrarían, por lo tanto, dentro de lo que JAKOBS denomina el "Derecho penal del enemigo". Como sobre esta cuestión particular no se tienen más detalles que los ya expuestos al principio de este trabajo, no se puede tampoco analizar más. Se tendría que conocer con más detalle qué concepto de "delito económico" maneja JAKOBS y cuáles son los criterios que emplea para determinar cuándo el delincuente económico se habría apartado permanentemente de la comunicación normativa. Pero aun con los pocos datos disponibles, pueden anticiparse algunas críticas y conclusiones.

Siguiendo la propuesta general de JAKOBS, al igual que en las otras materias del "Derecho penal del enemigo", en el campo de los delitos económicos sería inevitable y mejor reconocer reglas de excepción que "mezclarlo todo" dentro del "Derecho penal del ciudadano". La inevitabilidad de esta tendencia se debería, en el caso de los delitos económicos, a la "dominación del sistema económico" y la "internacionalización de las instituciones"[102], las cuales exigirían al Derecho penal "conocimiento aprovechable", o sea "efectividad" al Derecho penal (en el sentido de dar seguridad a los bienes o mantenerlos)[103]. Contra esta "legitimidad" y "efectividad" de reglas penales para "enemigos" se pueden dirigir las críticas generales que ya se hicieron arriba. Pero además, aquí es todavía menos sólido el argumento "descriptivo" que JAKOBS esgrime para el caso de los delitos violentos, pues no se ve ningún "Derecho penal del enemigo" ya vigente en el caso de la criminalidad económica, a no ser que se considere como tal lo que es constitutivo o característico de este tipo de criminalidad: bienes jurídicos supraindividuales y tipos de peligro abstracto (cuya definición misma es polémica), o la necesidad de introducir fiscalías y

---

[101] Ver, con más detalles sobre el tema de la "responsabilidad por el producto" y más ref., JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", nota 9, p. 23 y s.

[102] JAKOBS, "Das Selbstverständnis...", p. 53 y s. De manera particularmente clara y rotunda, afirma JAKOBS su entendimiento de la situación actual, de la influencia de la economía y del papel modesto que le quedaría a la ciencia penal en este proceso. Si la ciencia penal –dice él– no quisiera reconocer un "Derecho penal del enemigo", "... debido a su inefectividad, se verá marginalizada por la sociedad dominada económicamente. Si ella quiere tratar por igual todo lo que circula bajo el nombre de 'Derecho penal', está capitulando con su capacidad de distinción frente a la política, o sea se abandona a sí misma. Luego, a la ciencia penal –que no puede determinar la meta del viaje de la sociedad– le queda la tarea de, por lo menos, poner nombre a las direcciones que se están siguiendo"; ver ibídem, p. 54.

[103] JAKOBS, "Das Selbstverständnis...", p. 49.

juzgados especializados en Derecho penal económico. Pero todo esto no puede ser equiparado a la aparición de reglas para "enemigos", sino solamente ser visto como el reconocimiento (algo tardío en algunas legislaciones) de contenido penal en conductas vinculadas con la vida económica, así como la necesidad de tener en cuenta la complejidad de estas para la investigación penal y procesal penal. Incluso si, ante una relativa frecuencia de algunos delitos económicos, se afirmara un "apartamiento permanente" del Derecho por parte de los delincuentes, esto ni se basaría en datos criminológicos sólidos[104] ni tiene en cuenta una de las características más notorias de los delitos económicos: su ambivalencia y vinculación con el sistema económico. No se trata tanto de un problema de "comunicación personal" sino, más bien, de una estructura económica a la que son inmanentes los delitos económicos[105].

4.2 La tesis de SILVA SÁNCHEZ: ¿varias velocidades?

SILVA SÁNCHEZ, a diferencia de JAKOBS, hace una descripción de la legislación penal reciente recurriendo, en vez de los sujetos a los que se dirige, a la actividad legislativa con lo que propone la imagen de "velocidades". Así, habría una *primera velocidad* identificable con el Derecho penal clásico, nuclear, en el cual se respetarían todos los principios y las garantías tradicionales, además de aplicarse penas con sus finalidades conocidas. Pero también existirían nuevas áreas del Derecho penal, en las cuales resultaría disfuncional recurrir a los mismos principios e instrumentos de dogmática-penal del Derecho penal tradicional, pues se trataría ahora de conductas de una naturaleza distinta, donde se tendría que intervenir de manera "reguladora". Luego, concluye SILVA SÁNCHEZ, si se quisiera permanecer en el Derecho penal (lo cual sería irrenunciable también para el Derecho penal económico), se tendría que reconocer un *Derecho penal de segunda velocidad* en el cual se flexibilicen los principios y reglas clásicos, aunque dentro del marco de las necesidades preventivas, y, para garantizar la proporcionalidad, se renuncie, en este ámbito, a las penas privativas de libertad[106]. El penalista español cree que, para los delitos de "segunda velocidad" se debería permanecer en el Derecho penal, debido a una serie de garantías que, frente al Derecho administrativo, solamente el Derecho penal

---

[104] Como destaca HEFENDEHL, lo único que se suele tener para legitimar las legislaciones de "lucha" (descritas por Jakobs, pero criticadas por la doctrina dominante) son estimaciones estadísticas (cifra negra de criminalidad, probable perjuicio económico); p. 161, columna izquierda.

[105] Criticando la "búsqueda de ganancias" reconocida socialmente que favorecería este tipo de delitos, HEFENDEHL, p. 157 columna derecha, p. 158, columna derecha. En el Derecho penal económico, esta inmanencia al sistema ha sido destacada por los especialistas en el tema; ver TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht", p. 3, n. marg. 6; ABANTO, "Derecho penal económico. Consideraciones", p. 21 y ss.,

[106] SILVA SÁNCHEZ, "Die Expansion des Strafrechts", p. 84 y s.

sería capaz de otorgar: "fuerza comunicativa" de la pena, "fuerza del aparato estatal" que impone la pena, la "neutralidad de los tribunales. En resumen, dentro del Derecho penal habría cabida para dos bloques de delitos diferenciados, por un lado, a través de los distintos hechos que constituyan delito; y, por otro lado, por las distintas consecuencias jurídicas previsibles para cada uno de estos bloques (para el primero, las penas tradicionales, incluyendo la privación de libertad; para el segundo, básicamente, la pena de multa, el decomiso de ganancias y la reparación civil, excluyendo siempre la privación de libertad). Más allá de esto, incluso sería posible pensar una *tercera velocidad* identificable con el "Derecho penal del enemigo" de JAKOBS, tal como el autor español ya ha admitido en la última edición española de su libro "La expansión del Derecho penal", aunque restringiéndola a situaciones excepcionales extremas y por tiempo limitado[107].

Esta propuesta ha tenido mucho eco en la discusión penal hispanoamericana[108]. Y en efecto, nuevamente aquí (el paralelo con la tesis de JAKOBS es evidente), la "descripción" del fenómeno expansivo del Derecho penal que hace SILVA SÁNCHEZ, en tanto mera descripción, puede suscribirse en gran medida, aunque puedan discutirse algunos detalles referidos al Derecho penal económico[109]. Pero ha generado mucha polémica la conclusión que hace tras su descripción del problema: la supuesta necesidad de una legislación penal "flexible" para los delitos de "segunda velocidad" (sistema "dual" dentro

---

[107] Ibídem, p. 163 y ss.

[108] Así 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 p. 127 y s. También otros admiten la descripción de SILVA, pero sin admitir su propuesta de flexibilizar los principios para la "segunda velocidad" (y/o para la "tercera velocidad"); p. ej. TERRADILLOS BASOCO, p. 77 y s.; CANCIO MELIÁ (conjuntamente con el "Derecho penal del enemigo") en Jakobs/Cancio, p. 84 y ss., también en "Feind'strafrecht'?", p. 279 y s. Y también 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 este, 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...", p. 97 y s.

[109] Recientemente ha resaltado MARTÍNEZ-BUJÁN, bajo una precisión de la naturaleza y el contenido de los bienes jurídicos que conforman el Derecho penal económico, que no es cierto que estos reflejen siempre un Derecho penal "simbólico" (en el sentido de falto de legitimación político-criminal desde la perspectiva de los fines de la pena) ni que abarque exclusivamente "bienes jurídicos supraindividuales" ni que los tipos de "peligro abstracto" sean propios del Derecho penal económico y que carezcan de "lesividad"; ver "Reflexiones...", p. 94 y ss., 99 y ss. Antes bien, a diferencia de otros delitos, en los económicos (independientemente de algunos tipos penales efectivamente simbólicos que pudieran existir), la criminología ha detectado desde hace tiempo un "déficit de criminalización" derivado de una falta de consciencia sobre el daño (económico) que causan, así como la identificación de la generalidad con los autores al no encontrarse muchas veces víctimas concretas. Al respecto, consultar MARTÍNEZ-BUJÁN, "Reflexiones...", p. 100. Ver también, ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 76 y s.; CORCOY BIDASOLO, quien duda incluso que en esta época exista todavía tal "déficit", p. 30 y s. Además, es innegable el componente "individual" que existe en muchos bienes jurídicos supraindividuales propios del Derecho penal económico, sea de manera directa o indirecta, por estar estos al servicio del individuo o de un grupo de ellos; ver MARTÍNEZ-BUJÁN, "Reflexiones...", p. 101 y ss.

del Derecho penal o "tercera vía" entre el Derecho penal y el Derecho administrativo). Y es que esta propuesta no puede admitirse pues, más allá de la corrección del análisis descriptivo para el Derecho penal económico, llevaría a un resquebrajamiento de las garantías penales para un grupo de delitos y delincuentes, aparte de ser innecesaria ante la existencia de una posibilidad alternativa que se verá más adelante. Por eso, esta tesis, en sus conclusiones, ha merecido rechazo en la doctrina española mayoritaria pues, aunque se admitan en todo o en parte los presupuestos descriptivos de SILVA SÁNCHEZ, nadie quiere renunciar a que las garantías constitucionales rijan de igual manera para toda el área penal, incluyendo a aquellas áreas más dinámicas. Así, se ha destacado que la propuesta de las "dos velocidades", y con más razón una de "tres velocidades", choca frontalmente con el "principio de igualdad"(110). No solamente se sostiene de forma mayoritaria que deberían existir las mismas garantías penales para todas las áreas (o "velocidades"), sino incluso se va más lejos cuando las doctrinas penal y administrativa modernas exigen que las garantías penales también deberían irradiar al Derecho administrativo en su parte sancionadora(111).

4.3 Normativismo radical enmarcado en garantías

Existe, por cierto, otra posibilidad de acercamiento al problema de la "delincuencia económica" desde la perspectiva del "funcionalismo radical". Ya POLAINO NAVARRETE y POLAINO ORTS han destacado, acertadamente, que tanto los "bienes jurídicos" como también la "protección de normas" pueden tener cabida dentro del Derecho penal, aunque en planos diferentes: mientras existe una función "tutelar-preventiva" primordial y legitimadora del Derecho penal (protección de bienes jurídicos y prevención de ataques lesivos contra ellos), la "garantía de la identidad normativa", solamente sería la consecuencia directa y principal de aquella función(112).

Desde la perspectiva normativista, GARCÍA CAVERO no abandona ni la teoría de bienes jurídicos ni el terreno del Derecho penal para tratar el tema de

---

(110) CORCOY BIDASOLO, p. 29, 40. Entre los propios "normativistas" ya se han expresado algunos autores en contra de la "tercera velocidad"; ver CANCIO MELIÁ en "'Derecho penal del enemigo' y delitos de terrorismo...", p. 21 y ss.; el mismo autor, analizando y valorando la "tercera velocidad" de manera paralela al "Derecho penal del enemigo", en Jakobs/Cancio, p. 83 y ss., y en "Feind'strafrecht'?", p. 278; GARCÍA CAVERO, p. 126 y s., nota 144.

(111) Ver al respecto, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 194 y s.; ídem "Derecho penal económico. Parte especial", p. 489 y ss.; "Diez años de Derecho penal económico"; ídem, p. 36 [en esta compilación: p. 617]; últimamente ZUGALDÍA ESPINAR, "¿Qué queda en pie...", c. más ref., p. 114 y s.

(112) POLAINO NAVARRETE/POLAINO ORTS, p. 227 y ss., 257 y s. También ZAFFARONI destaca esta "metafunción" o "parafunción" de "toda coerción legítima del estado"; ver p. 1078.

los delitos económicos[113]. Él sostiene que debería reformularse el concepto de "bien jurídico", si no se quiere que pierda su pretensión garantista y se identifique con la mera razón de la norma penal[114]. Para ello rechaza una "visión estática" del bien jurídico protegido, basada en su relación con un "daño sensible" y propone –en el mismo sentido general de JAKOBS– la protección de "expectativas normativas de conducta" que rijan en el modelo de orientación vigente en el "sistema económico"[115]. Y consecuentemente, la "pena" tendría –otra vez coincidiendo aquí con la terminología de JAKOBS– la función de "restablecer la norma" tras la defraudación de la expectativa normativa por el delincuente económico, aclarando que solamente deberían protegerse expectativas normativas "que se deriven de los elementos constitutivos de la identidad de la sociedad en el sistema económico"[116]. GARCÍA CAVERO, en la línea del funcionalismo sistémico, intenta, además, hacer una revisión de las "garantías penales" de acuerdo con el modelo económico y el contexto político actuales, distintos de aquellos bajo los que se originaron (la época de la conformación del Derecho penal liberal)[117]. Es por eso que si bien admite un marco previo al análisis funcional, el principio de "protección de bienes jurídicos" interpreta este marco "funcionalmente" en el sentido de que contendría expectativas para la interacción entre sujetos individuales (bienes jurídicos individuales) y garantías de las condiciones de participación en sistemas sociales complejos (bienes jurídicos universales)[118]. A diferencia de Jakobs, el colega peruano reconoce que el Derecho penal no es una ciencia descriptiva, por lo cual emplea criterios normativos que, yendo más allá del Derecho positivo, admiten un carácter "crítico" cuando existan "eventuales contradicciones entre la identidad normativa de la sociedad y la regulación jurídico-positiva"[119]. Aunque de esta manera, GARCÍA CAVERO llega a una cierta convergencia con la teoría de bienes jurídicos en su vertiente de "funcionalismo teleológico"[120], existe una diferencia en cuanto al entendimiento de la "lesividad" misma, pues para él es prescindible cualquier prueba de dañosidad, mientras que la teoría de

---

[113] GARCÍA CAVERO, 26 y ss., 40 y ss.

[114] Recogiendo las críticas a la concepción tradicional de bienes jurídicos que provienen de distintos sectores, c. más ref., p. 41.

[115] GARCÍA CAVERO, p. 42.

[116] Cfr. GARCÍA CAVERO, p. 43.

[117] GARCÍA CAVERO, p. 52 y s.

[118] GARCÍA CAVERO, p. 110 y ss., 118 y s., 124 y s.

[119] GARCÍA CAVERO, p. 272.

[120] Ver la exposición de la teoría teleológico-funcional en el mismo GARCÍA CAVERO, p. 110 y ss.; y en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 41 y ss.

bienes jurídicos, en general, la "lesividad" juega un papel imprescindible[121]. Por lo demás, GARCÍA CAVERO se aúna a la posición de Silva Sánchez sobre el "Derecho penal de dos velocidades" 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)[122].

Ahora bien, me parece muy discutible que una vez admitido ("funcionalizado") el "principio de protección de bienes jurídicos", todo pueda ser explicable, en el Derecho penal económico, desde la perspectiva funcionalista-sistémica. Antes bien, me parece que deberían recogerse otros aportes para explicar el fenómeno del delito económico, por ejemplo, el del "análisis económico del Derecho", el cual es especialmente interesante en el análisis de la "sanción penal" para delincuentes económicos[123]. Puesto que tanto el "delito económico" como también el "autor" del delito económico (intervención de empresas, individuos plenamente socializados, reflexividad o motivación económica en la decisión por el delito, etc.) tienen características especiales[124], aquí se manifiesta todavía con más notoriedad que el Derecho penal y la pena no pueden contentarse con la mera reafirmación de la norma, tal como quiere el normativismo radical. No pueden soslayarse los datos empíricos sobre el delito y el delincuente; la pena debería incluir una finalidad social, o sea incidir en el delincuente (prevención especial) y en los ciudadanos (prevención general) para evitar la comisión de futuros delitos[125]. Entonces, recién cuando la pena trata de incidir en la "motivación" del sujeto, sea en el puro sentido de una "intimidación" (según el análisis económico del Derecho) o de una "motivación" en el sentido de una prevención general positiva tradicional, y no cuando –como

---

[121] En mi opinión (similar en muchos aspectos a la teoría dominante), se debe concretar la lesividad a través de la distinción entre "bien jurídico" y "objeto de bien jurídico", reservando la lesividad material para este último concepto y la "afección a la vigencia o pretensión de respeto" para el primer concepto ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 50 y ss., 56; con más detalle en "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", p. 15 y ss. [en esta compilación: p. 33 y ss.].

[122] GARCÍA CAVERO, p. 127 y s.

[123] Según esta tesis –también criticada, por cierto, cuando pretende exclusividad explicativa y aplicación a todo el Derecho penal– el "delito" sería cometido por un sujeto que siempre trataría de "maximizar sus propios beneficios económicos"; el delito constituiría una opción entre varias: solamente cuando el delito resultara económicamente más rentable, el delincuente se decidiría por esta opción, aunque para la sociedad ello desemboque en "ineficiencia". Por eso –concluye esta teoría–, la política criminal debería estar orientada a materializar la idea literalmente resumida en la expresión coloquial de que "el crimen no paga". Ver refs. de la críticas en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", p. 98 y ss.; últimamente en "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", p. 32 y ss. [en esta compilación: p. 63 y ss.]

[124] Ver refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", p. 144 y ss., 201 y s.; también GARCÍA CAVERO, p. 94 y s.

[125] En esto GARCÍA CAVERO parece seguir fiel al funcionalismo sistémico de Jakobs, pues reconociendo una función "restabilizadora" del Derecho penal, emplea criterios funcionales (aunque positivados y basados en principios básicos) derivados del hecho imputado y de la imputación personal; ver p. 280 y s.

hace el funcionalismo sistémico– se cree en la "autosuficiencia" de la pena, es posible explicar (aunque aquí también se pueda discutir más) que la legislación recoja una serie de penas y medidas específicas para "delitos económicos" y que esta con ello respete o no el principio de "resocialización".

4.4 Vigencia del principio de bienes jurídicos

Desde la perspectiva político-criminal, renunciar a la teoría de bienes jurídicos produciría una grave *pérdida de capacidad crítica* del Derecho penal. Si solamente se admitiera que sería materia y función del Derecho penal la protección de "expectativas sociales" derivadas de "normas" vigentes, o el "incremento" de eficiencia económica, se perdería la posibilidad de desvelar el "porqué" de dichas normas y cuestionarlas sobre la base de una concepción anclada en convicciones del deber ser. Esta pérdida de "capacidad crítica" va unida a un peligro incluso mayor: con la renuncia a la idea de "protección de bienes jurídicos" y la restricción de la legitimidad del Derecho penal a una mera protección de normas se tiende a abrir la puerta de entrada a un "Derecho penal del autor". En efecto, tal como demuestra la propuesta del "Derecho penal del enemigo", si, sobre una base enteramente normativa, se comienza a distinguir entre "personas" y "no personas", entre "quienes comunican" y quienes "no comunican", resulta cada vez más fácil restringir las garantías del Derecho penal y fundamentar un "Derecho penal" de tercera velocidad o del enemigo, creado ad-hoc para sujetos (también "ciudadanos") "incómodos". Por eso tiene razón HASSEMER cuando pronostica que "la prohibición de una conducta bajo amenaza penal, que no pueda invocar un bien jurídico, sería terror estatal", pues la intervención en la libertad de actuar "... no tendría un algo legitimador del cual pueda desprenderse su sentido"[126].

La teoría de bienes jurídicos no ha dejado de ser la piedra angular de todo Derecho penal que aspire a considerarse como uno propio de un Estado de Derecho. No es raro, por eso que también en tradiciones jurídico-penales distintas, como la anglosajona, se maneje un principio que cumple similares funciones a las del "bien jurídico". En efecto, bajo la denominación de "harm principle" (principio del daño o perjuicio) se quiere dar a entender allí que solamente debería prohibirse penalmente aquello que cause perjuicio a otros y que atente (mediante perjuicios directos o puestas en peligro) contra las condiciones de la coexistencia humana, con lo cual, entre otras cosas, se quiere deslegitimar una política criminal que se circunscriba a proteger las "buenas costumbres" (p. ej. la penalización del consumo de alcohol, la prostitución y la homosexualidad), se discuten las posibilidades del "paternalismo legal" para

---

[126] Ver (traducción libre) "Darf es Straftaten geben...", p. 64.

limitar la autonomía individual (consumo de drogas, omisión de uso del cinturón de seguridad, práctica de deportes peligrosos), y la falta de legitimidad de los meros atentados contra los "sentimientos" de otros[127]. Debido a estas similitudes entre sistemas jurídicos considerados anteriormente como muy distintos, ROXIN constata que se puede hablar ahora de "una globalización de la discusión sobre los fundamentos penales"[128].

Ahora bien, el sector dominante de la doctrina defiende aún la teoría de bienes jurídicos y el principio de lesividad también para el caso de los "delitos económicos". Pero para ello se ha visto forzado a hacer concesiones, o sea ha tratado de adaptar las categorías y principios penales a las características de estos delitos; p. ej. a través del reconocimiento de (más) bienes jurídicos "colectivos" o "supraindividuales" y la posiblidad de constatar una "lesividad" a través de las técnicas legislativas del "peligro abstracto-concreto" o de los delitos de "idoneidad o aptitud"[129]. Un sector más radical (la escuela de Fráncfort) postula una reducción del Derecho penal al "núcleo" (los delitos violentos cometidos dolosamente), mientras que lo "nuevo" debería formar parte de un "Derecho de intervención" (Hassemer)[130]. Esta última posición, que en su versión más radical se opone a la existencia de un "Derecho penal económico", es minoritaria, no se ha reflejado en las legislaciones penales más recientes y ha sido rechazada por la doctrina dominante que la considera ingenua e injusta (cuando no políticamente tendenciosa) ante la gravedad de los hechos que se quieren excluir del Derecho penal[131], aunque algunas de sus posiciones crí-

---

[127] Ver refs. en ROXIN, "Problemas actuales...", p. 24, nota 4; ABANTO VÁSQUEZ, "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", p. 40.

[128] ROXIN, "Problemas actuales...", p. 24.

[129] Concretamente en el campo del Derecho penal económico, esta posición es defendida, aunque con matices en cuanto a la identificación de "bienes jurídicos económicos" necesitados de protección penal, por MARTÍNEZ-BUJÁN (por lo menos en su parte general aún vigente), p. 26 y s., 90 y ss., 100 y s.; TIEDEMANN, p. 52 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 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, p. 61 y s., 54 y ss., esp. 67 y s. Sobre la vigencia de la teoría de protección de bienes jurídicos ver, c. más refs., ABANTO, "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", 3 y ss., 39 y ss. [en esta compilación: p. 77 y ss.]

[130] Ver c. más refs. ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 21, n. marg. 29 y ss. Sobre la confrontación entre estas dos tendencias ver más ref. en ABANTO, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 56; GARCÍA CAVERO, quien analiza también la corriente del "liberalismo racionalista", p. 97 y ss. Últimamente SCHÜNEMANN ha constatado que uno de los principales defensores de la escuela de Fráncfort –W. Hassemer– habría moderado la posición inicial que, a decir del primero, constituía una "petrificación del tradicional Derecho penal de las clases bajas" y bloqueaba el naciente "Derecho penal de las clases altas" (Derecho penal económico); ver "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", p. 208.

[131] Ver las críticas y más refs. en ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 21, n. marg. 30; últimamente ver las críticas en PORTILLA CONTRERAS, "La supuesta crisis...", p. 914 y ss.

ticas hayan ciertamente servido de base en la formación del "Derecho penal garantista" mayoritariamente admitido[132].

5. Hacia un Derecho sancionador de empresas

En mi opinión, la discusión penal sobre la delincuencia económica se ha obsesionado con la "solución penal", olvidando una propuesta que me parece más lógica: la creación de un *Derecho penal (o sancionador) empresarial* autónomo, es decir, con su propia legislación, sus propios principios y dogmática, situado entre el Derecho penal tradicional (dirigido a las personas) y el Derecho administrativo.

Los argumentos expuestos por las posiciones que buscan la "solución penal" (sea bajo la relativización de conceptos o principios tradicionales, sea concentrando el Derecho penal a un núcleo muy estrecho) en vez de reforzarla, abogan más bien por la aparición de un "Derecho penal (o sancionador) de la empresa". Es revelador el hecho de que en la argumentación se encuentre por doquier el reconocimiento de una delincuencia económica muy distinta de la tradicionalmente conocida y que exigiría el desarrollo de respuestas poco convencionales. Eso se puede deducir de la observación de ROXIN de que en el futuro, aunque no desaparecerán los Derechos penales nacionales, en el área del Derecho penal económico, los países europeos y otros de similar cultura jurídica probablemente tenderán a armonizar sus respuestas penales, entre otras, con la inclusión de sanciones penales específicas para las empresas[133] a la par que, debido a la necesidad de proteger "relaciones vitales" amenazadas sobre todo por entes colectivos, a desarrollar nuevas "estructuras de imputación" junto con una cierta "relativización" de la idea del bien jurídico[134]. En el mundo hispanoparlante, entre otros, ZUGALDÍA ESPINAR observa que últimamente existe una "flexibilización" de conceptos penales para abarcar la criminalidad económica tal como ocurriría a través de la "imputación objetiva" y el concepto "cognitivo" del dolo, y, además, propone "profundizar en la elaboración de la teoría jurídica del delito de la persona jurídica"[135]. STRATENWERTH estima que serían insuficientes tanto la renuncia completa a la dogmática penal que quiera reemplazarla por un Derecho penal puramente

---

[132] Reconoce este mérito, c. más refs., desde la perspectiva del principio de subsidiaridad, ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 21 y s., n. marg 31; también ver la exposición de un "Derecho penal mínimo", aunque sin desproteger los bienes jurídicos colectivos en PORTILLA CONTRERAS, "La supuesta crisis...", p. 903 y ss., 913.

[133] Ver en "Dogmática penal y política criminal", p. 448, 461 y s.; "Strafrecht A. T.", p. 208 y ss., n. marg. 59 y ss.

[134] ROXIN, "Strafrecht. A. T.", tomo I, p. 22, n. marg. 33; mencionando los ejemplos de la protección del "embrión" y del "ambiente" y coincidiendo en alguna medida con Stratenwerth, en "Problemas actuales...", p. 42 y ss.

[135] Ver "¿Qué queda en pie...?", p. 118 y ss., 123.

funcionalista (primera vía) como también la reducción del Derecho penal a un "núcleo" de bienes jurídicos, dejando la protección del resto a un "Derecho de intervención" (segunda vía)[136]. Él propone como alternativa, adicionalmente a la protección de "bienes jurídicos" la protección de "relaciones vitales" (Lebeneszusammenhänge) por sí mismas como "tercera vía". Este abandono de la "visión antropocéntrica" proveniente de la Ilustración ("el hombre es dueño de sí mismo y de la naturaleza") sería inevitable en los momentos actuales en los que la ciencia nos ha demostrado las interrelaciones que actúan para hacer posible la vida humana; en consecuencia, debemos entendernos como "parte de un todo", y el Derecho penal debe tener en cuenta esto, protegiendo no solamente bienes jurídicos "estáticos", sino también "relaciones vitales determinadas" de carácter dinámico e incluso futuras[137]. Y para esto también se tienen que trabajar soluciones dentro de la ley penal y de la dogmática penal, tal como ya se estaría haciendo a proposito de los temas de causalidad y resultado, dolo y conciencia de antijuricidad, autoría y participación, y responsabilidad por el producto[138].

En realidad, todas estas propuestas, incluida la que postula la existencia de "velocidades" en el Derecho penal, no son otra cosa que la constatación de que, en aquellos casos englobados bajo la denominación de "Derecho penal del riesgo" o "nuevos desafíos del mundo moderno", se trata de intereses y conductas que difieren, *por su naturaleza*, de lo que era materia de regulación del Derecho penal. Y esto, en mi opinión, hace necesaria la aparición de un "Derecho sancionador de las empresas" o "Derecho penal de la empresa", de carácter autónomo y básicamente dirigido a lo que se denomina actualmente "Derecho penal económico"[139], pero que también podría englobar otro gru-

---

[136] STRATENWERTH, "Zukunftssicherung...", p. 685 y ss. El normativismo radical abandonaría el Derecho penal, pues prescindiría de la imputación individual y de la auténtica "pena" basada en esta, con lo cual no sería "eficiente", pues no cumpliría con la "prevención general positiva" que postula: el efecto estabilizador de la sanción penal no se alcanzaría cuando fuera suficiente para la imputación penal una mera infracción exterior de la norma (para los ciudadanos esto equivaldría a una "pura lotería", aparte de que los afectados incluso podrían protegerse contratando "seguros penales", tal como ya existe para delitos ambientales). El "Derecho de intervención" desprotegería en demasía intereses vitales ante ataques gravísimos; ni el Derecho civil ni el Derecho administrativo serían proporcionadamente suficientes ante graves ataques contra bienes fundamentales e incluso contra las condiciones mínimas de subsistencia de la civilización o, (delitos ambientales, delitos de manipulación genética, responsabilidad por el producto), ver ibídem, p. 686 y ss.

[137] Ver STRATENWERTH, "Zukunftssicherung...", p. 688 y ss., 992 y ss.; también ROXIN sostiene la idea de abandonar la "visión antropocéntrica" del bien jurídico, "Problemas actuales...", p. 44 y s.

[138] STRATENWERTH, "Zukunftssicherung...", p. 695.

[139] Ver, c. ref. al respecto, en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", p. 161 y s., últimamente en "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", p. 38 y s. [en esta compilación: p. 80]. En especial propone esta solución en Alemania, Andreas RANSIEK, ("Unternehmensstrafrecht", Heidelberg, 1996, p. 322 y ss., 426 y ss.). GARCÍA CAVERO, por lo visto, no ha tomado posición al respecto aunque considera que no debería descartarse la tendencia; p. 10. También MARTÍNEZ-BUJÁN afirma que por ahora, por lo menos de lege lata, el Derecho penal económico no tendría "autonomía científica", aunque sí tiene, dentro del Derecho penal, características que permiten individualizar la familia de los delitos económicos; ver p. 20 y s.

po de delitos como los ecológicos, los de manipulación genética y la responsabilidad penal por el producto. En estos casos, como ya han venido constatando muchos tratadistas, el Derecho "penal" debería admitir que los "autores" serían las "empresas", "agrupaciones" o "personas jurídicas", y la imputación podría basarse en una "organización defectuosa" y las sanciones tendrían características especiales, etc. Y probablemente también se deba admitir aquí una teoría de bienes jurídicos distinta, que prescinda de lo "antropocéntrico" (los intereses protegidos no necesariamente serán directamente útiles a la colectividad) y de la "actualidad" del ataque (la conducta no tiene que dirigirse a bienes actuales, sino también futuros).

Ahora bien, ¿en qué se diferenciaría esta propuesta del "Derecho de intervención" sugerido por la escuela de Fráncfort? En ambos casos, se trata de un Derecho distinto del Derecho administrativo y del penal, y en tal sentido, hay coincidencia. Pero un Derecho sancionador de la empresa debe ser algo más que un mero "Derecho de intervención"; también debe contener reglas específicas que lo vinculen con el Derecho penal tradicional para aquellos casos en que se verifique la participación de "personas individuales". De esta manera, se solucionarían las insalvables contradicciones que surgen cuando se quiere emplear solamente el Derecho penal y su instrumental para abarcar también las conductas de empresas, o si se quiere remitir todo a un Derecho administrativo con sanciones desprovistas de reproche "ético-social". Y tampoco aquí regirían las críticas dirigidas al "Derecho penal del enemigo" que quiere separar "ciudadanos" y "enemigos", pues con los "entes colectivos" ya no se trata de sujetos plenos de "derechos humanos" con una "dignidad" por el simple hecho de ser, sino de construcciones jurídicas[140]. En esta área encaja también mejor la función "pedagógica" que se ha atribuido a algunos tipos penales (sobre todo a los de peligro abstracto): si se admite que con la protección de bienes colectivos también se busca, en algunos casos, modificar la conciencia e iniciar "procesos de aprendizaje" en los destinatarios de la norma, ello debe entenderse en el sentido de que las "empresas" tenderán a cambiar su política para evitar atentar contra los intereses protegidos. Esto es algo que se suele recriminar al Derecho penal de los ciudadanos[141], pero que encontraría menos obstáculos en un Derecho sancionador de empresas, pues ellas, como participantes de un mercado en el que necesariamente ponen en

---

[140] Esta diferenciación se pierde cuando se argumenta que también la "persona" sería una construcción jurídica, tal como ocurre con el normativismo radical y la filosofía en la que se basa; ver arriba en 2 y 3.2.

[141] Para STRATENWERTH, cuando se trate de tipos que protegerían, en su terminología, "relaciones vitales", el "efecto pedagógico" estaría referido al "futuro" (bases de la vida futura) y no a conservar el pasado, con lo cual la crítica sería injusta; ver "Zukunftssicherung...", p. 695 y s.

riesgo los bienes de la colectividad, están en la obligación de organizarse de tal manera que no superen los riesgos permitidos.

6. Conclusiones y tareas pendientes

Las tesis de JAKOBS, incluyendo la del "Derecho penal del enemigo", todavía son materia de mucha discusión en la actualidad. Independientemente de que sean compartidas o no, es indudable que han servido para reavivar la discusión sobre temas que se creían, erróneamente, superados. Muchos conceptos, como el del principio de protección de bienes jurídicos, habían estado durante mucho tiempo "archivados" pese a las grandes contradicciones que albergaban dentro de la dogmática penal[142]. En este sentido, tendría razón JAKOBS con su queja frente a las críticas que se le han hecho ("se mata al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensaje" [143]) si las críticas se dirigieran solamente a su constatación "descriptiva", pero no tendría razón si las críticas, además de desentrañar los peligros de sus tesis, ofrecieran soluciones a las falencias apuntadas por el autor alemán.

El punto de partida tiene que ser la reafirmación de la teoría de "bienes jurídicos". Aun admitiendo que los nuevos desarrollos sociales y tecnológicos llevarían a la necesidad de proteger legalmente nuevos intereses vitales, ello no necesariamente tiene que implicar una renuncia total o parcial a este principio. Antes bien, también es posible la aparición de un Derecho sancionador de empresas, basándose en la protección de bienes jurídicos, aunque, por lo demás, con principios dogmáticos propios (p. ej. la admisibilidad de la responsabilidad directa de la empresa). Pero este nuevo "Derecho sancionador" no debe ser empleado como instrumento para oponerse a los fines del Derecho penal tradicional, sino solamente complementarlo allí donde presenta 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 a los entes colectivos por los daños que causaren, tarea en la cual se emplearán herramientas jurídicas hechas a la medida de la naturaleza de los entes colectivos. También bajo esta concepción puede construirse una política criminal garantista que busque

---

[142] ZUGALDÍA ESPINAR critica a la dogmática tradicional su temor al cambio y, con algo de exageración, su resentimiento "ante el hecho de que Jakobs haya desvelado la debilidad teórica, las grandes mentiras, falacias y contradicciones de la Ciencia Penal dominante en la actualidad" en cuanto a los efectos preventivos de las penas, "Seguridad ciudadana...", p. 1132.

[143] JAKOBS en Jakobs/Cancio, p. 15.

un "Derecho penal mínimo" bajo una "protección máxima" de derechos sociales (bienes jurídicos colectivos)[144].

Sin embargo, también se ha constatado que, pese a la antigüedad de la teoría de bienes jurídicos, todavía queda mucho camino por recorrer. Recién en los últimos años se ha retomado el trabajo de esclarecer una serie de puntos olvidados (p. ej. la naturaleza de los bienes jurídicos "colectivos", su "lesividad", etc.) y se está tendiendo a construir por fin, de manera definitiva y acabada, una teoría de bienes jurídicos que represente "la roca dura del pensamiento liberal y, con ello, de la justicia"[145]. Y es que, en el terreno de la política criminal, el Derecho penal, en última instancia, queda desamparado cuando se quiere limitar, de manera efectiva, las posibilidades de abuso del legislador, pues, en muchos casos (salvo casos evidentes de inconstitucionalidad) no basta con la teoría de "bienes jurídicos" ni con principios limitadores aislados si ello no va aunado a reglas específicas y consecuencias jurídicas. En esto tienen razón los normativistas radicales. Pero en contra de lo que ellos sugieren, la tarea pendiente es trabajar más en la doctrina constitucional para hacer armonizar la función legislativa con las necesidades del Derecho penal[146]. Por ello, cada vez más, se impone la convicción de que se hace necesario desarrollar una teoría del *control de la actividad penal del legislador*, en la cual se integrarían la teoría de "bienes jurídicos", los principios limitadores del ius puniendi y otros parámetros de control de la actividad legislativa (anterior y posterior a la emisión de las leyes)[147].

---

[144] En este sentido, lleva razón PORTILLA CONTRERAS cuando no encuentra contradicción entre ambos objetivos dentro del Derecho penal moderno; ver "La supuesta crisis...", p. 913 y s.

[145] En palabras de SCHÜNEMANN, quien reclama con toda razón que esta tarea todavía está pendiente, ver "Das Rechtsgüterschutzprinzip...", p. 154.

[146] Cfr. LAGODNY, tras constatar una falta de concreción de los principios penales en la dogmática constitucional alemana, p. 85 y ss., 88; SCHÜNEMANN, criticando que la jurisprudencia constitucional alemana no haya expresamente asumido la teoría de bienes jurídicos, "Das Rechtsgüterschutzprinzip...", p. 142 y ss.; exigiendo un mayor poder de control del Tribunal Constitucional para garantizar que el cumplimiento de los objetivos penales legítimos, DONINI, p. 53 y ss.

[147] En este sentido, ver HASSEMER, p. 61; STERNBERG-LIEBEN, p. 76 y ss., 82. DONINI ha hecho recientemente propuestas concretas: el legislador debería estar obligado a señalar expresamente los objetivos de sus incriminaciones (entre otros, precisando el bien jurídico tutelado) y, posteriormente, el Tribunal Constitucional debería controlar la "racionalidad" de los objetivos trazados en la ley y las posibilidades de su consecución; ver p. 56 y s. También puede entenderse así la propuesta de AMELUNG sobre una "teoría de la dañosidad social" en la cual, la decisión de aquello que atenta contra la "coexistencia humana" (el delito), y por lo tanto, el análisis de las funciones de normas en sistemas sociales, deba estar en manos de las ciencias sociales, y la decisión de lo "socialmente dañoso" en manos de los actores políticos; ver "Der Begriff des Rechtsguts...", p. 180 y s. En tal teoría se tendría que integrar también, entre otros principios, el "principio de reserva de la ley penal". Igualmente allí debería ubicarse su propuesta dirigida a obtener un "consenso social" limitador del poder punitivo especial, y que consiste en exigir una mayoría calificada para la promulgación de leyes penales (en Alemania basta la mayoría simple); ver "Der Begriff des Rechtsguts...", p. 164. Esto efectivamente sería más garantista, aunque ya se practique y defienda teóricamente desde hace varios años en la legislación penal española; sobre el "prin-

En lo que respecta al Derecho penal económico, no tiene por qué verse al delincuente económico como un enemigo; sus "actos" constitutivos de un atentado contra algún bien jurídico deben ser tratados dentro de un Derecho penal que le otorgue todas las garantías de un Estado de Derecho. En cambio, en el tratamiento de "entes colectivos" (o, de manera más restrictiva, "personas jurídicas"), tiene que haber una respuesta jurídica diferente dentro de un Derecho penal de la empresa, con sus propios principios materiales y procesales. Esto último es una tarea todavía por realizar. Las distorsiones provenientes de querer compatibilizar conceptos y principios penales, hechos a la medida de los individuos ("ciudadanos" y "personas"), con ilícitos derivados de la actividad de entes colectivos es lo que, en realidad, está causando por ahora más problemas al Derecho penal, a la justicia penal (abarrotada de casos complicadísimos, paralizada por principios penales de los individuos, etc.) y, en última instancia, a la sociedad que la supuesta presencia de "enemigos".

Nota adicional posterior (setiembre-octubre 2006)

Debido al retraso de la publicación de este artículo (la publicación del libro "Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión", compilado y editado por Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez, se hizo finalmente en setiembre 2006), no se han podido considerar las más recientes publicaciones sobre el tema. Al respecto solamente habría que mencionar las siguientes contribuciones en idioma alemán: FRANKENBERG, Günter: "Kritik des Bekämpfungsrechts", Kritische Justiz, 2005, p. 370 y ss.; GÖSSEL, Karl Heinz: "Widerrede zum Feindstrafrecht", L.-H. a F.-C. Schröder, 2006, p. 33 y ss.; GRECO, Luis: "Über das so genannte Feindstrafrecht", GA 2006, p. 96 y ss.; HAFFKE, Bernhard: "Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?", Kritische Justiz 2005, p. 17 y ss.; HASSEMER, Winfried: "Sicherheit durch Strafrecht", StV 2006, p. 321 y ss.; HÖRNLE, Tatjana: "Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs 'Feindstrafrecht'", GA 2006, p. 80 y ss.; KINDHÄUSER, Urs: "Schuld und Strafe. Zur Diskussion um ein 'Feindstrafrecht'", L.-H. a F.-C. Schröder, 2006, p. 81 y ss.; SALIGER, Frank: "Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?", JZ 2006, p. 765 y ss. Y también en la última edición alemana del manual de Derecho penal de Claus ROXIN, el autor se refiere expresamente al tema y proporciona una amplia literatura al respecto (ver: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo I, 4ta. ed., Múnich, 2006, p. 55 y ss.). En idioma español merecen destacar, por lo menos, las contribuciones de MALLQUI HERRERA, Edwin, "Estabilización de la vigencia de la norma y seguridad cognitiva", Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 6

---

cipio de reserva" y sus posibilidades garantistas ver ABANTO VÁSQUEZ, "Principio de reserva de la ley penal versus autoritarismo estatal", Revista Peruana de Ciencias Penales N° 13 (2003), p. 197 y ss. [en esta compilación: p. 151 y ss.] Destaca también la politización del Derecho penal colombiano gracias a la falta de control del Ejecutivo (p. ej. la posibilidad de legislar penalmente durante "estados de emergencia"), APONTE, "Krieg und Feindstrafrecht", p. 114 y ss.

(2005), p. 169 y ss.; PASTOR, Daniel, "El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional", en: "Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI" (L.-H. a Jakobs), Lima, 2005, p. 775 y ss. En este contexto no es posible valorar detalladamente todas estas nuevas publicaciones, pero se puede afirmar que ellas mayormente tienden, con argumentos similares a los ya conocidos, a rechazar en todo o en parte (como "Derecho penal" propiamente dicho) al llamado "Derecho penal del enemigo".

Además de las publicaciones arriba señaladas y del libro específico mencionado al principio), habría que añadir todo el grupo de artículos publicados en la Revista electrónica alemana "Höchstrichterliche Rechtsprechung-Strafrecht" (HRRS), en la edición de agosto/setiembre 2006. Allí Günter JAKOBS se reafirma en su posición ("Feindstrafrecht? –Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit", p. 289 y ss.), la cual a continuación es criticada por Alejandro APONTE ("Krieg und Politik – Das politische Feindstrafrecht im Alltag", p. 297 y ss.), Jörg ARNOLD ("Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen", p. 303 y ss.), Klaus MALEK ("Feindstrafrecht – Einige Anmerkungen zur Arbeitsgrupe 'Feindstrafrecht - Ein Gespenst geht um im Rechsstaat' auf dem 30. Strafverteidigertag 2006", p. 316 y s.) y Jochen BUNG ("Zurechnen-Können, Erwarten-Dürfen und Vorsorgen-Müssen – Eine Erwiderung auf Günter Jakobs", p. 317 y ss.).

Una mención especial merece el libro "Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto" (Lima, 2006), del colega sevillano Miguel POLAINO-ORTS, quien hace allí un amplio desarrollo del tema y una defensa decidida de la tesis de su maestro alemán. A petición suya, y como respuesta a algunas de las observaciones que hiciera en el citado libro al presente artículo (que él tuvo la oportunidad de leer en su versión manuscrita), voy a referirme aquí brevemente a algunos aspectos tratados por él (las citas que vienen a continuación se refieren al libro de Polaino-Orts, al texto principal de mi artículo y a algunos de los nuevos trabajos citados en los párrafos anteriores):

a) *Coincidimos en destacar críticamente que parte de la doctrina ha reaccionado con un* **rechazo automático y emocional** *a la teoría propuesta por Jakobs debido sobre todo a la terminología utilizada por este (POLAINO-ORTS, ibídem, p. 27 y ss, 288; ABANTO VÁSQUEZ, aquí en 3.2 y 6).*

b) *Coincidimos en que, a partir de la teoría normativista de Jakobs (distinción entre "persona" e "individuo" y la "protección de la norma" como misión del Derecho penal) resulta consecuente la ulterior* **distinción entre "persona" y "no persona"**, *así como la instauración de un "Derecho" ad-hoc para estos últimos (así, POLAINO-ORTS, refiriéndose expresamente a mi trabajo, p. 77, nota 1; ABANTO VÁSQUEZ, aquí en 2, al final). Pero, en mi opinión, precisamente esta "consecuencia" demuestra la incompatibilidad de toda la concepción normativista radical (o sea aplicada de manera exclusiva) con los principios liberales en los que se basa el Derecho penal tradicional. No es que solamente en cuanto a la diferenciación entre "enemigos" y "personas", o, de manera más*

restringida aún, en cuanto a su tratamiento legal o "penal" se trate de una cuestión constitucional (así argumenta POLAINO-ORTS *y remite a la decisión del Tribunal Constitucional, p. 290), sino también en cuanto a la distinción de principio, con miras a su aplicación penal, entre "personas" e "individuos". Esto lleva a una "objetivización", una "cosificación" de los sujetos (víctimas o autores) en aras de la consecución de fines ulteriores; algo que el Tribunal Constitucional alemán ha rechazado ya muchas veces; últimamente, con la resolución de 15-02-2006 que niega constitucionalidad al tercer párrafo del art. 14 de la ley alemana de "seguridad de espacios aéreos" que permitía derribar preventivamente aviones civiles secuestrados por terroristas (ver comentarios y críticas de* ARNOLD, *p. 312 y s).*

c) *Coincidimos en que muchas regulaciones vigentes dan la impresión de que el legislador penal trataría a algunos* **delincuentes como "enemigos"**, *como sujetos peligrosos que hay que neutralizar para proteger a los demás. Pero eso no quiere decir que el legislador haya buscado conscientemente introducir un "Derecho penal de enemigos" en el sentido normativista radical de* JAKOBS *(o sea, bajo una distinción entre "individuo", "persona" y "enemigo", y bajo el objetivo de proteger la vigencia de la norma). En esto ha habido un malentendido por parte de* POLAINO-ORTS *cuando observa que yo habría afirmado que el legislador habría dado "inconscientemente" (en el sentido de no darse cuenta de la gravedad) leyes especiales en algunos casos (cfr. p. 28, nota 3; y* ABANTO *aquí en el texto en 1). Lo que yo quería resaltar era que, a juzgar por las citas que hice ahí de Jakobs, daba la impresión de que éste afirmaba que el legislador penal, sin tener plena consciencia de lo que estaba haciendo, habría dado cabida a una legislación contra "enemigos" en el sentido jakobsiano dentro de lo que él llama "Derecho penal del ciudadano" (mezcla que Jakobs critica luego por disfuncional).*

d) *No coincidimos en la valoración del aporte de Jakobs. Para Polaino-Orts,* JAKOBS *solamente* **describiría** *un "Derecho penal del enemigo" ya vigente y no sugeriría su desarrollo; solamente se habría limitado a emplear una terminología polémica (*POLAINO-ORTS, *p. 187 y ss.; últimamente* JAKOBS *se reafirma en el carácter "descriptivo" y de "pronóstico" de su tesis; ver en HRRS, p 289). Como se ha dicho en este artículo, con citas textuales del autor alemán (ver* ABANTO, *aquí en 1 y 6, especialmente la cita a la que se refiere la nota 14),* JAKOBS *sí sugiere la necesidad de separar del Derecho penal, las normas ya vigentes y que, según él, se referirían a enemigos, e integrarlas sistemáticamente dentro de una normativa específica, con principios específicos para enemigos. Además, dice "cómo" se debe tratar al "enemigo": con él no se "dialoga", sino, de manera realista, se debería emplear "violencia" (ver últimamente en HRRS, p. 289, en la nota al pie de página). Esto constituye ya una "***propuesta***" (y una propuesta "novedosa") y ha dejado de ser*

una mera descripción. No se trata de un mero uso "políticamente incorrecto" del lenguaje para "describir" algo existente y admitido por todos, por más que efectivamente algunas críticas solamente o mayormente apunten a esto. Además, una propuesta semejante es hecha por el mismo POLAINO-ORTS *cuando, aunándose a Jakobs, destaca la necesidad de delimitar nítidamente el Derecho penal del enemigo del Derecho penal del ciudadano para otorgar mayores garantías precisamente al enemigo (p. 183 y s., 253 y s.). Siguiendo la lógica de esta "propuesta", su finalidad es comprensible: debido a que en la actualidad existiría un Derecho penal del enemigo disperso en distintas normas (y prácticas), sería más controlable y efectivo (aparte de sincero), tener una única regulación "penal" referida al enemigo, que contenga principios y garantías adecuados al objeto de la regulación. Por lo demás,* POLAINO-ORTS *también precisa que de lege lata no habría un solo "Derecho penal del enemigo" sino varias normas con esas características y en distintos contextos y deja entrever la alternativa de que las cosas sigan así (*POLAINO-ORTS*, p. 193 y ss.). Tanto la alternativa de los "Derechos penales del enemigo" como la de un único "Derecho penal del enemigo" nos lleva al problema de fondo: la cuestión de la legitimidad de tal diferenciación, sea teórica, sea práctica; sea como propuesta de lege ferenda, sea como norma de lege lata que reúna tales características.*

Últimamente JAKOBS *ha señalado que a él no le disgustaría que desapareciera el "Derecho penal del enemigo" que él "describe" como ya vigente y que él entiende que es, bajo las actuales circunstancias, comprensible y necesario (ver en HRRS, p. 290). Pero esto no pasa de ser una afirmación retórica, pues si, desde su perspectiva, toda sociedad se constituye a través de la comunicación normativa entre "personas", quedando fuera los que no pueden hacerlo (los "individuos"), siempre habrá quienes no quieran comunicar por distintas razones, incluyendo a los que estén en contra del sistema vigente (sea que coyunturalmente se llamen nihilistas, anarquistas, terroristas, etc.). Sería "irreal" pensar que alguna vez desaparecerán estos "enemigos" que, en el sentido jakobsiano, se caracterizan por no querer tomar parte de las reglas de juego. Luego, el estado que* JAKOBS *describe siempre existió y seguirá existiendo: siempre habrá quienes no quieran "jugar limpio". El Derecho ya decidió incluyéndolos también a ellos dentro de los derechos constitucionales; o sea también son "personas" y deben ser tratadas como tales.*

e) *Con lo hasta ahora dicho se entiende que no se pueden ni se deben separar las manifestaciones de Derecho penal vigentes que traten a los sujetos de manera autoritaria (o si se quiere: como "enemigos") de las que todavía podrían venir, sea a través de la misma vía autoritaria (bajo cualquier argumentación), sea bajo una argumentación basada en el "normativismo radical". En cualquier caso, se sigue tratando de un Derecho penal autoritario y, por lo tanto, inconstitucional. Ahora bien, parte de*

las críticas (a las que también me he aunado) se refieren al peligro que habría en un **Derecho penal del enemigo "futuro"**, *basado en la teoría de JAKOBS, en el sentido de un cuerpo jurídico autónomo, abiertamente institucionalizado. En ese caso, ya bajo una "separación nítida" –como quiere JAKOBS– entre "ciudadano" y "enemigo", el problema práctico estaría en la distinción entre ambos grupos, o mejor dicho en la* **definición** *del supuesto "enemigo". Y justamente aquí sí existe el peligro de la "definición del enemigo" (aunque POLAINO-ORTS niegue la existencia de este peligro por centrarse aquí al "Derecho penal del enemigo" ya vigente; ver p. 222 y s., c. más refs. y citando las críticas ver ABANTO VÁSQUEZ, aquí en 3.2). No es que el legislador actual haya definido ya al "enemigo" o que este mismo se haya "autoexcluido". Si alguna vez se llegara a dar una legislación especial para "enemigos", dicha ley también tendría que hacer la definición de este "estatus", así como de la recuperación de la calidad de "persona" y el procedimiento en uno y otro caso. JAKOBS mismo ha proporcionado como criterio general el hecho de que estos sujetos "no ofrecerían garantías cognitivas suficientes para ser considerado persona" y ha elaborado una serie de grupos según el tipo de delitos cometidos (ver las citas en ABANTO VÁSQUEZ, aquí en 1, nota 10). Pero esta distinción futura chocaría abiertamente con principios constitucionales como la "dignidad humana" (que rige para todos) y equivaldría a un "no-Derecho" (cfr. HASSEMER, p. 327, col. derecha).*

f) *En última instancia, el problema está en el "punto de partida": ¿protección de bienes jurídicos o protección de normas? Por eso, desde una perspectiva de la* **teoría de bienes jurídicos**, *el "contenido" de la parte descriptiva que hace JAKOBS (en la que se juntan una serie de disposiciones materiales, procesales, etc.) y que él denomina como un "Derecho penal del enemigo" vigente desde antiguo, tiene, en gran parte, una calidad distinta de lo que él sugiere. POLAINO-ORTS ha desarrollado este aspecto y menciona una serie de elementos del Derecho penal que para él constituirían "Derecho penal del enemigo": tipos con elementos subjetivos del injusto, delitos de emprendimiento, tipos de conspiración y provocación, el sistema de medidas de seguridad, etc. (ver p. 190 y s.). Luego, cualquier "adelantamiento" de las barreras del Derecho penal (admitiendo que existiera tal "adelantamiento" y no una nueva necesidad de protección penal basada en la teoría de bienes jurídicos), cualquier facilitamiento de prueba (admitiendo que lo fuera), implicaría una decisión legislativa de "lucha" contra "enemigos". Mejor dicho, se parte de un "statu quo" del Derecho penal y procesal penal, que constituiría el "Derecho penal de ciudadanos", a partir del cual cualquier modificación que implique aumento de punibilidad, creación de nuevos tipos penales, etc., podría interpretarse como un "Derecho penal del enemigo". Pero aquí se manifiesta una diferente valoración de las cosas: mientras que para JAKOBS, esta parte del Derecho penal vigente sería (por lo menos en gran parte) comprensible y hasta necesaria para evitar*

la "desintegración social", para asegurar la "base cognitiva"; el Derecho penal tradicional, de la mano de los principios constitucionales y penales critica los excesos legislativos (cuando, desde la perspectiva de la teoría de bienes jurídicos, realmente los fuesen) calificándolos como "Derecho penal autoritario" y puramente simbólico.

g) *Tampoco es exacto que el tradicional "**Derecho penal de las medidas de seguridad**" sea equiparable al "Derecho penal del enemigo" o que la existencia de aquel demuestre la legitimidad de este (cfr. POLAINO-ORTS, p. 229 y ss., 287). Para el Derecho penal tradicional, con las "medidas de seguridad" simplemente se trata del aseguramiento preventivo de "bienes jurídicos" ante graves "peligros" provenientes de ciertas "personas" (no "enemigos"), en parte aún resocializables, y de otros que ya no son asequibles normativamente. La legitimidad de estas medidas sigue siendo la tarea de protección de bienes jurídicos bajo el respeto de los principios del Derecho penal (ver, entre otros y c. más refs., ROXIN, p. 97, n. marg. 64; STREE, en Schönke/Schröder, 27ma. ed., com. previos, §§ 61 y ss., n. marg. 1 y ss., p. 933, HASSEMER, p. 323, 326, 329); en español, ampliamente, POLAINO NAVARRETE, "Instituciones de Derecho penal. Parte general", Lima, 2005, p. 360 y ss., 397 y ss.). La protección de la "base cognitiva" (cuya demostración empírica tampoco interesa al normativismo radical) solamente es un efecto de la protección de los bienes jurídicos. Si solamente importara la protección de tal base cognitiva no tendría por qué restringirse la aplicación de medidas de seguridad en función de la "culpabilidad" del delincuente, tal como de lege lata es así (en mayor o menor medida) tanto en Alemania como en España, Perú o cualquier otro país con un sistema jurídico-penal de tradición liberal. Por eso, también para las medidas de seguridad rige el principio de proporcionalidad y el de resocialización. Ciertamente, en las medidas de seguridad, a diferencia de la pena, la proporcionalidad no solamente está en relación con los hechos ya cometidos, sino también con el "peligro" de la producción de nuevos hechos (ver expresamente en el art. 62 del CP alemán y en el art. 72 del CP peruano; al respecto ver STREE, en Schönke/Schröder, com. previos, § 61 y ss., n. marg. 12, p. 934; § 62, n. marg. 1, p. 935). Pero esto solamente significa que aquí el interés en la protección de bienes jurídicos se ha acentuado en desmedro de las derechos de libertad de quien, probadamente, alberga el peligro de atentar contra aquellos. Unos, los "inimputables", tendrán que ser internados para darles el tratamiento especializado con fines terapéuticos o de custodia (así, expresamente el art. 74 del CP peruano). Otros, los "peligrosos postdelictuales" deberán ser, en lo posible resocializados, o controlados para evitar la comisión de nuevos delitos. Y con esto no se trata de grupos de delincuentes (por grupos de delitos), sino de sujetos específicos en situaciones excepcionales. Mejor dicho, hasta un "terrorista" o "violador" podría quedar fuera del Derecho de las medidas de seguridad, si no se demostrase su "inimputabilidad" y/o "peligrosidad postdelictual".*

Solamente hay coincidencia (y esta ni siquiera es total en el sentido de la conformación de todo un sistema) con el "Derecho penal del enemigo" cuando se trate de las llamadas "medidas inocuizadoras" o sea "medidas predelictuales" que han encontrado acogida en algunas legislaciones penales, lo cual ha provocado una justa y dura crítica (ver ampliamente POLAINO NAVARRETE, *"Instituciones...", 2005, p. 384 y ss., 393 y ss.). Entonces, un jakobsiano puede llamar a una parte de los sujetos pasibles de medida de seguridad "enemigos" (la otra parte, los "inimputables", según el sistema normativista radical, serían "individuos"), pero con ello no quiere decir ni apunta a lo mismo que un penalista situado bajo los principios tradicionales.*

h) *Finalmente hay coincidencias con* POLAINO-ORTS *en rechazar una "política criminal del enemigo" (ibídem, p.251 y ss.). En cambio, no hay coincidencias cuando él quiere dejar la tarea de crítica y control a otras disciplinas y resta posiblidades "críticas" al Derecho penal. Esto es algo que no se puede compartir por las razones tratadas en otro lugar (ver últimamente "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", Revista Penal, España, N° 18, 2006, p. 3 y ss.). Como ha destacado últimamente* ROXIN *(ver p. 55 y s., n. marg. 127 y s.), en ninguna de sus tres acepciones posibles (todas ellas empleadas por Jakobs), el "Derecho penal del enemigo" es útil: como mera descripción, de manera crítico-denunciadora, y de manera afirmativo-legitimadora. En los dos primeros casos se tienen ya otros instrumentos del Derecho penal que cumplen mejor tal función y sin tener que atraer tanta reacción emocional. Y en el último caso, el más polémico, los atentados a principos constitucionales son insalvables: derechos humanos, principio de culpabilidad, la igualdad de todos ante la ley, principio del hecho, etc. Si un penalista "describe" normas penales, cuya legitimación es considerada dudosa o abiertamente inconstitucional por la doctrina tradicional basada en los principios del derecho penal y constitucional, y si el penalista las "explica" luego, desde su propia perspectiva teórica (distinción entre "individuo", "persona" y "enemigo"), como una lógica y necesaria consecuencia (además de proponer o "pronosticar" su desarrollo y separación nítida del Derecho penal de ciudadanos), no constituye ya un mero "mensajero" que "describe lo necesario" (así* JAKOBS *últimamente respondiendo a la crítica de Roxin anteriormente citada, ver HRRS, p. 289, nota al pie de página) sino de alguien que proporciona una base teórica legitimadora para dichas tendencias. En ello no hay tampoco nada malo desde la perspectiva de la investigación científica, siempre que se asuman las consecuencias de las críticas y se trate de refutarlas proporcionando lo que se le reclama: demostrar que un Derecho penal como el suyo sería mejor que el existente no solo en cuanto aumento de ("sensación de") seguridad ciudadana, sino también de garantías individuales. La mera afirmación (no accesible a una comprobación empírica) de que con ello se conseguiría proteger la "base cognitiva" y salvar el "Derecho penal de ciudadanos",*

por sí sola no basta, así como no basta la mera coherencia sistemática; en esto tal concepción es tan criticable como cualquier otra "teoría absoluta" de la pena (cfr. HASSEMER, p. 322 y s., 328 y s.). Es comprensible, por ello, que en la 30ma. Jornada de abogados penalistas llevada a cabo en Fráncfort del Meno del 24 al 26 de marzo de 2006 donde, entre otros temas, también se trató el del "Derecho penal del enemigo", se hubiera hecho una evaluación tan negativa de esta tesis calificándola de expresión de un "positivismo radical", de portar caracteres totalitarios y hostiles a la libertad, que ya habría demostrado su inefectividad práctica en algunas legislaciones como la colombiana, concluyendo que debería renunciarse a este concepto (ver "Ergebnisse der Arbeitsgruppen des 30. Strafverteidigertages am 24.-26.3.2006 in Frankfurt/M.", StV 2006, p. 556 y ss.).

De todos modos, y pese a las fuerte críticas (que han llegado incluso a tener carácter personal) que ha sufrido la teoría del "Derecho penal del enemigo", no se puede desconocer el mérito que le corresponde a sus partidarios: el de dar pie a una amplia discusión sobre el carácter autoritario de parte de la legislación penal vigente y el de abrir los ojos sobre el "peligro" de su ulterior desarrollo. La tarea todavía pendiente del Derecho penal, consiste en, sin abandonar su esencia garantista, pero de manera realista y adecuada a los tiempos, desarrollar en su seno y en el marco de dichas garantías, medidas tendentes al "aseguramiento" de la sociedad que ella reclama; o sea desarrollar un "Derecho penal de la seguridad" dentro de un "estado de Derecho" (así últimamente HASSEMER, ver arriba, p. 328 y ss.). Pero tampoco se debe descuidar, en esta tarea, que, aparte de rechazar aquello que por sí mismo no es ni puede ser Derecho (la concepción y distinción de "enemigos"), se puede y debe separar del Derecho penal aquello que ya no forma parte de él y llevarlo a otras áreas (p. ej. el Derecho administrativo) o dar paso a nuevas áreas del Derecho, con sus propios principios y disposiciones especiales (p. ej. un Derecho sancionador de empresas).

Bibliografía (texto principal)

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", Revista Penal, N° 18 (julio 2006), p. 3 y ss. [en esta compilación: p. 13-87]; "¿Normativismo radical o normativismo moderado?", Revista Penal, N° 16 (julio 2005), España, p. 3 y ss. [en esta compilación: p. 209-268]; "Diez años de Derecho penal económico peruano: un balance", Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 11-12 (2002), p. 21 y ss. [en esta compilación: p. 603-660]; "Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas", Lima, 1997.

AMELUNG, Knut: "Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz", en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (edits.), "Die Rechtsgutstheorie", Baden-Baden, 2003, p. 155 y ss.

APONTE C., Alejandro: "¿Derecho penal del enemigo o Derecho penal del ciudadano?", Bogotá, 2005; "Krieg und Feindstrafrecht", Baden-Baden, 2004.

CANCIO MELIÁ, Manuel: "Feind'strafrecht'?", ZStW 117 (2005), p. 267 y ss; "¿'Derecho penal' del enemigo?", en: Jakobs/ Cancio, "Derecho penal del enemigo", Madrid, 2003, p. 57 y ss.; "'Derecho penal' del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000", revista "Jueces para la Democracia", Madrid, N° 44 (julio 2002), p.19 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.

DONINI, Massimo: "Escenarios del Derecho penal en Europa a principios del siglo XXI", en: Mir Puig/Corcoy Bidasolo (directores), "La política criminal en Europa", Barcelona, 2004, p. 41 y ss.

GARCÍA CAVERO, Percy: "Derecho penal económico. Parte general", Lima, 2003.

GRACIA MARTÍN, Luis: "El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo", en: Bajo F./Barreiro/Suárez G. (coordinadores), "Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo", Madrid, 2005, p. 447 y ss.; "Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia", Valencia, 2003.

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: "Organisierte Kriminalität als Begründung für ein Feind- oder Täterstrafrecht?", Strafverteidiger 2005, p. 156 y ss.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor: "Perspectivas del Derecho penal económico en Chile", en: "Persona y Sociedad", vol. XIX (abril 2005), Universidad Alberto Hurtado, Chile, p. 101 y ss.

JAKOBS, Günther: "Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck", Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G390, Padeborn, 2004 (hay una versión traducida en la Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 5, 2004, p. 171 y ss.); "Personalität und Exklusion im Strafrecht", en: L.-H. a Dionysios Spinellis, Atenas, 2001, p. 447 y ss.; "Bases para una teoría funcional del Derecho penal", Lima, 2000; "Strafrecht. Allgemeiner Teil", Berlín, 2da. edición,1993.

JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel: "Derecho penal del enemigo", Madrid, 2003.

KUHLEN, Lothar: "Zum Strafrecht der Risikogesellschaft", GA 1994, p. 347 y ss.

LAGODNY, Otto: "Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik", en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (edits.), "Die Rechtsgutstheorie", Baden-Baden, 2003, p. 83 y ss.

MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos: "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 (direc-

tores), "La política criminal en Europa", Barcelona, 2004, p. 91 y ss.; "Derecho penal económico. Parte general", Valencia, 1998.

MIR PUIG, Santiago: "Límites del normativismo en Derecho penal", en: "Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo", Madrid, 2005, p. 665 y ss.

MUÑOZ CONDE, Francisco: "De nuevo sobre el 'derecho penal del enemigo'", Revista Penal N° 16 (julio 2005), España, p. 123 y ss; "El nuevo Derecho penal autoritario", en: Muñoz Conde/Losano, "El Derecho ante la globalización y el terrorismo", Valencia, 2004, p. 161 y ss.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: "Derecho penal. Parte general", 6ta. edición, Valencia, 2004.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos: "Sobre los orígenes del 'Derecho penal de enemigo'. Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau", Cuadernos de Política Criminal, N° 75 (2001), p. 597 y ss.

POLAINO NAVARRETE, Miguel/POLAINO ORTS, Miguel: "Derecho penal. Modernas bases dogmáticas", Lima, 2004.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: "El Derecho penal de la 'seguridad'. Una secuela inevitable de la desaparición del estado social", en: Brandáriz García (editor), "Guerra global permanente. La nueva cultura de la inseguridad", Madrid, 2005, p. 52 y ss.; "Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal", en: Bajo/Barreiro/Suárez G. (coordinadores), "Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo", Madrid, 2005, p. 853 y ss.; "La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del Derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos", L.-H. a Ruiz Antón, Valencia, 2004, p. 895 y ss.; "La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del 'enemigo' tras el atentado de 11 de setiembre de 2001", en: "Mientras tanto", N° 83, España, 2002, p. 77 y ss.

PRITTWITZ, Cornelius: "Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del Derecho penal?", en Mir Puig/ Corcoy Bidasolo (directores), "La política criminal en Europa", Barcelona, 2004, p. 107 y ss.

ROXIN, Claus: "Problemas actuales de dogmática penal", Lima, 2004; "Dogmática penal y política criminal", Lima, 1998; "Strafrecht. Allgemeiner Teil" (tomo I: Múnich, 3ra. edición, 1997; tomo II: 1ra. edición, Múnich, 2003).

RÖSSNER, Dieter: "Die unverzichtbaren Aufgaben des Strafrechts im System der Verhaltenskontrolle", Libro-Conmemorativo a Rolf Keller, Tubinga, 2003, p. 213 y ss.

SAUER, Dirk: "Das Strafrecht und die Feinde der offenen Gesellschaft", NJW 2005, p. 1703 y ss.

SCHULZ, Lorenz: "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum 'Feindstrafrecht'", ZStW 112 (2000), p. 653 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd: "Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende", GA 2001, p. 205 y ss.; "Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt

der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation", en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (edits.), "Die Rechtsgutstheorie", Baden-Baden, 2003, p. 133 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús: "Die Expansion des Strafrechts", Fráncfort del Meno, 2003 (en español: "La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales", Madrid, 1999; segunda edición no traducida al alemán, 2001).

STERNBERG-LIEBEN, Detlev: "Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers", en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (edits.), "Die Rechtsgutstheorie", Baden-Baden, 2003, p. 65 y ss.

STRATENWERTH, Günter: "Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts", ZStW 105 (1993), p. 679 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: "Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten", Colonia, 2004.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Globalización y Derecho penal", en: Muñoz Conde/Losano, "El Derecho ante la globalización y el terrorismo", Valencia, 2004, p. 185 y ss.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "¿Es posible un Derecho penal del enemigo no autoritario?", en: Bajo/Barreiro/Suárez G. (coords.), "Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo", Madrid, 2005, p. 1077 y ss.

ZUGALDÍA ESPINAR, José M.: "Seguridad ciudadana y estado social de Derecho (A propósito del 'Código penal de la seguridad' y el pensamiento funcionalista), L.-H. a Ruiz Antón, Valencia 2004, p. 1121 y ss.; "¿Qué queda en pie en el Derecho penal del principio 'mínima intervención, máximas garantías'?", CPC N° 79 (2003), p. 109 y ss

El Estado actual de la discusión sobre la teoría de la imputación objetiva(*)

En la actualidad se puede decir ya que la teoría de la "imputación objetiva" ha ganado amplia aceptación y se ha consolidado en la dogmática penal de influencia europeo-continental. Incluso los que al principio la rechazaban por completo han admitido la necesidad de correctivos como propone la teoría de la "imputación objetiva", si bien prefieren introducir estos correctivos bajo otra denominación y en otros lugares del análisis dogmático-penal.

Sin embargo, en la doctrina penal se puede observar la existencia de distintas tendencias relacionadas con la imputación objetiva, muchas de las cuales han introducido nuevas ideas y propuestas para solucionar problemas prácticos. Por eso, el tema se ha vuelto algo confuso, especialmente para el público hispanoparlante, donde la discusión –si bien es importante– no ha alcanzado el grado de complejidad de la doctrina alemana. A continuación se va a tratar de exponer una visión panorámica de las más importantes tendencias en la doctrina alemana actual; para ello se tiene que exponer brevemente cómo se originó esta teoría, pues así se podrá luego analizar y contrastar esta versión inicial con las nuevas teorías y con la doctrina dominante.

1. Los orígenes de la teoría de la "imputación (atribución) objetiva"

Como es suficientemente conocido, la teoría de la "imputación objetiva" tuvo sus inicios en las tesis de Richard HONIG difundidas en su famoso artículo "Kausalität und objektive Zurechnung", publicado en 1930 en el Libro-Homenaje a Frank (tomo I)(1). La preocupación de entonces, similar a la de ahora, consistía en encontrar una relación adecuada entre la acción y el

---

(*) Artículo publicado por primera vez en "El estado actual de la discusión sobre la teoría de la imputación objetiva", ponencia publicada en el libro del "XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano, I Nacional de Derecho penal y crimonología", pp. 7-36, Ara editores, Lima, 2004.

(1) Una exposición breve de las ideas de Honig, c. más ref. se pueden encontrar en FRISCH, "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 720 y s.

resultado, pues se habían presentado casos teóricos (como el del "tío rico") de cursos causales totalmente inusuales en los cuales el sentimiento de justicia se resistía a admitir una tipicidad, pese a que, con el instrumental dogmático de entonces, tal tipicidad objetiva devenía inevitable. Y aunque podía aún buscarse la solución justa a través de la culpabilidad (donde en ese entonces se admitía el dolo y la culpa) se consideró que ello no era satisfactorio, pues se pensaba, con toda razón que dichos casos problemáticos deberían poderse excluir ya en la tipicidad. Una parte de la doctrina había recurrido a manipular el concepto de "causalidad", admitiendo una serie de posibilidades que permitían excluir, en la tipicidad, los cursos causales inusuales; por ejemplo a través de la teoría de la "adecuación" según la cual, para admitir la causalidad, se requería la previsibilidad del curso causal. La tesis de HONIG –no aceptada entonces por la doctrina dominante, pero recogida años más tarde por ROXIN– fue la de exigir la introducción, más allá de la causalidad, de una "imputación" del resultado a la acción para determinar si ese resultado puede ser visto "como obra de una persona". Y esta "imputación" ocurriría solamente cuando el "resultado" sea producto de un curso causal "guiado por una expresión de la voluntad" del sujeto, cuando este haya "colocado el resultado de acuerdo con sus objetivos". Se trataría con esto de una categoría prejurídica denominada "dirigibilidad objetiva hacia un fin" [objektive Bezweckbarkeit, traducido también como "pretendibilidad objetiva"].

Esta teoría de HONIG manifiesta el problema principal que ocupa, hasta la actualidad, a todos los defensores y detractores de la teoría de la "imputación objetiva": ¿cómo tratar, con el instrumental de la dogmática penal, casos de cursos causales inusuales u otros en los cuales un razonable sentimiento de justicia no cree en la necesidad de que el Derecho penal se ocupe siquiera del resultado que causalmente haya producido la conducta del sujeto activo? Pero casi todas las teorías modernas se diferencian de la solución propuesta por HONIG, como se verá a continuación[2]. La teoría de HONIG era muy amplia, pues solamente quería, en un sentido prejurídico, determinar si el "resultado" causado podría ser considerado como "obra del actor"; pero, aún en caso afirmativo, todavía podrían existir razones para decir que tal "resultado", obra del actor, no calificaba para ser considerado injusto. Para las teorías actuales, se trata de decidir desde el principio la existencia o no de un "injusto penal": si no existiera la imputación objetiva del resultado a la acción, no habrá tipo objetivo y, con ello, no habrá tal injusto ni tampoco la necesidad de seguir analizando el problema con las demás categorías. Solamente una teoría mino-

[2] Ver la comparación de las tesis de Honig con las teorías modernas en FRISCH, "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 722. Ver también más adelante en el punto 5.

ritaria ha retomado la solución propuesta por HONIG (básicamente KÖHLER, OTTO y MAIWALD) y, para evitar criterios normativos, han propuesto emplear criterios supuestamente "ontológicos" como la "dominabilidad" o "dirigibilidad objetiva del resultado hacia un fin"[3].

2. La versión dominante de la teoría de la "imputación objetiva"

El mérito de haber reintroducido en la dogmática penal el tema de la "imputación objetiva" correspondió a Claus ROXIN. En su famoso artículo "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht", publicado en 1970 en el Libro-Homenaje a Honig[4], retomó la idea de éste, pero sugirió su aplicación a los delitos de resultado. En estos delitos, una vez afirmada la causalidad, tendría que analizarse si se puede imputar el resultado producido con base en criterios que demuestren una "relación de riesgo" entre éste y la conducta que lo produjo. En menos de 20 años esta doctrina se convirtió en dominante, en especial debido a su fuerza explicativa y a los méritos pedagógicos de ROXIN, pero también al contexto en que fue enunciada[5]. En los años siguientes, el propio ROXIN precisó su teoría al mismo tiempo que otros autores contribuyeron con una serie de aportes que, en buena medida se acercaron a la tesis de ROXIN, o en parte se alejaron un poco de ésta.

En la versión de la doctrina dominante, la "imputación objetiva" es aplicada a los delitos de "resultado" y es considerada allí como un "correctivo" del tipo objetivo después de verificar la "causalidad" de la conducta en el sentido de la "teoría de la condición"[6]. Entonces, una vez verificada la causalidad de

---

[3] Ver la exposición sobre estas teorías en FRISCH, "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 735 y ss.

[4] La traducción al español se titula "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal" y puede consultarse en la recopilación de artículos publicada por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA bajo el título: "Problemas básicos del Derecho penal", editorial Reus, Madrid, 1976, p. 128 y ss.

[5] La marcha triunfal de la teoría de Roxin se debería a que restringe su aplicación al "tipo objetivo" (y no, como hacía Honig, a un nebuloso ámbito prejurídico); al empleo de criterios ya conocidos en la ciencia jurídica (como: "riesgo jurídicamente desaprobado", "ámbito de protección de la norma"); al atractivo de poder solucionar problemas prácticos bajo una sistemática plausible, y probablemente también al contexto favorable: el renacimiento de la idea de la "imputación" en el Derecho penal, y la tendencia favorable en la dogmática penal hacia soluciones "normativas" tras reconocer que las soluciones meramente "ontológicas" eran insuficientes. Ver este análisis en FRISCH, "Faszinierendes...", p. 215 y ss.

[6] La doctrina dominante procede de dos maneras distintas para analizar la causalidad de la conducta partiendo de la teoría de la condición que inicialmente se concretaba con la fórmula de la "conditio sine qua non" y se veía enfrentada a problemas cuando se trataba de casos problemáticos, en especial de "causalidad de reserva" y "causalidad cumulativa". O bien se corrige la fórmula de la "conditio sine qua non" exigiendo que el análisis se restrinja a resultados y cursos causales "en su forma concreta" para verificar si el factor causal colocado por el autor "realmente ha tenido efecto"; o bien, de manera más frecuente, se aplica la fórmula elaborada por Engisch (denominada "fórmula de la condición conforme a las leyes") ya en 1931 que afirma la causalidad "si a una acción se han unido, temporalmente después, modificaciones en el mundo exterior que estaban necesariamente vinculadas con la acción según las leyes naturales conocidas por nosotros". Ver al respecto, JESCHECK/WEIGEND, p. 283; ROXIN, "Strafrecht A. T.", p. 297, n. marg. 14;

la acción, basándose en una serie de criterios que tienen en común la existencia de una "relación de riesgo" entre acción típica y resultado, se constata luego, entre los muchos "resultados" posibles derivados de la acción típica, cuál de ellos podría ser "imputable" a esta acción, porque ha significado la *creación de un riesgo desaprobado*, la *realización del riesgo desaprobado* o se encuentra dentro del "alcance" o del *radio de acción del tipo*[7].

En cada uno de estos grupos principales existen subgrupos de casos. Pero aquí hay muchas divergencias dentro de la propia doctrina dominante. Esto no extraña, pues si ya en los grupos principales no hay todavía uniformidad acerca de su contenido, en los subgrupos casi no hay una distinción segura entre los subcriterios aparte de que entre ellos es posible que también existan elementos comunes[8].

En la versión propugnada por ROXIN[9], en el *primer grupo*, se analizan en primer lugar los casos de "disminución de riesgo" (evitar un daño mayor, pero causando dolosamente un daño menor a la víctima); de "falta de creación de un peligro jurídicamente relevante" (p. ej. casos de elevación mínima del riesgo o de inducción a realizar actividades cotidianas). También entran aquí los casos de "cursos causales hipotéticos" que, en los delitos dolosos son por lo general irrelevantes, pues nadie puede defenderse diciendo que si él no hubiera cometido el delito, otro hubiera cometido los mismos hechos ("si yo no hubiera hurtado el bien, otro lo hubiera hecho"). En los casos en que el actor reemplazara con su acción un curso natural (p. ej., matar a quien está a punto de morir por un derrumbe), es discutible si debería haber punibilidad (ROXIN lo afirma, pero remite a la antijuricidad). En cambio, no debería ha-

---

c. más ref. WESSELS/BEULKE, quienes siguen la segunda fórmula y, tras reconocer que la fórmula de la "conditio sine qua non" solamente sirve para establecer un "mínimo necesario de imputación", expresamente remiten la solución de los casos dudosos a la imputación objetiva, p. 155 y ss., esp. n. marg. 157, 159.

(7) Así procede ROXIN, "Strafrecht A. T.", 287 y ss, esp. marg. 39 y ss. De manera similar, aunque con algunas diferencias de detalle, JESCHEK/WEIGEND, p. 277 y ss., 286 y ss., 582 y ss.; WESSELS/BEULKE, p. 54 y ss., 62 y ss., esp. n. marg. 176 y ss., y, p. 238 y ss., n. marg. 673 y ss.; JAKOBS, "Strafrecht A. T.", 183 y ss., esp. n. marg. 35 y ss.; GROPP, p. 145 y ss.; LENCKNER en Schönke/Schröder, com. previos a los artículos 13 y ss., p. 179 y ss., n. marg. 91 y ss.; SCHÜNEMANN, "Über die objektive Zurechnung", p. 207 y ss., 221 y ss.; STRATENWERTH, p. 108, n. marg. 25 y ss. También KÜHL, aunque admite (siguiendo a Lackner) que todavía no habría un consenso general, p. 41 y ss., esp. n. marg. 42, 43 y ss.; y PUPPE, aunque con algunas reservas como se verá, de manera separada, más adelante; Jura, 1997, p. 408 y ss., 414 y ss.; Strafrecht A. T., p. 42 y ss., 80 y ss., 105 y ss., 128 y ss., 150 y ss., 171 y ss. Una exposición resumida se puede encontrar también, c. más ref. en FRISCH, "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 772 y ss. También en el Perú se suele exponer esta versión "dominante". Así, en ABANTO, c. más ref. de doctrina y jurisp. peruanas hasta 1997, p. 13 y ss., 30 y ss., 42 y ss.

(8) WESSELS/BEULKE advierten expresamente que aquí los límites son difusos y muchas veces los criterios se entrelazan, p. 63, n. marg. 179. Estos autores, p. ej, solamente conocen dos grupos principales: "creación de un peligro jurídicamente relevante" y "realización del peligro en el resultado típico", y colocan dentro de su primer criterio casos que para ROXIN ("Strafrecht A. T.", p. 335 y ss., 342 y ss., 347 y ss.) pertenecerían a un tercer criterio denominado "radio de acción (o alcance) del tipo" (participación en una dolosa autopuesta en peligro de la víctima, poner a la víctima en peligro con consentimiento de ésta y la atribución a un ámbito de responsabilidad ajena).

(9) Ver "Strafrecht A. T.", p. 310 y ss.

ber imputación objetiva cuando se tratare de meras modificaciones de "cursos causales naturales" (el sujeto, ante la alternativa de que el resultado dañoso se produzca, actúa haciendo que se inicie otro curso causal que lleva al mismo resultado). El último subgrupo se refiere a los casos de "riesgo permitido", es decir, cuando se tratare de conductas que crean un riesgo jurídicamente relevante, pero que, de manera general, están permitidas (acciones respetuosas de las leyes en el tráfico rodado, las actividades industriales, deportes riesgosos, actividad médica, etc.).

En el *segundo grupo*, tienen cabida los casos en los cuales el peligro creado no se ha realizado por la intervención del actor; el resultado ha sido realizado por un suceso trágico, casual o por otra persona; p. ej. cuando el herido por la acción de matar del actor muere en un accidente de la ambulancia que lo transportaba o por un incendio en el hospital donde se estaba recuperando de la herida. En el subgrupo de "falta de realización del riesgo permitido" se excluye la imputación objetiva sea porque la trasgresión del riesgo permitido no influye para nada en el resultado (caso del "pelo de cabra"), sea porque no ha habido elevación del riesgo con la transgresión (p. ej., exceso de velocidad inicial al que sigue el respeto de la velocidad preceptuada, momento en el que se atropella a un niño imprudente), o se trate de desarrollos exóticos de los hechos (adelantar a excesiva velocidad a otro que, por ello, sufre un ataque al corazón y muere). El tercer subgrupo se refiere a resultados no cubiertos por el "fin de protección de la norma" (caso de los dos ciclistas sin luz, caso del dentista y la anestesia), y el cuarto, a la "conducta alternativa ajustada al Derecho" que tampoco o probablemente tampoco hubiera evitado el resultado causado por la conducta infractora (caso del "ciclista ebrio", del "Mofa", del "dentista imprudente", o de la conducción sin licencia).

Por último, en el *tercer grupo*, el más indefinido y reciente de todos, lo que interesa es determinar si la norma subyacente al tipo penal abarcaba, quería evitar los resultados producidos por la conducta del autor, pese a que esta conducta aparentemente está descrita en el tipo. Luego si se comprueba que tal resultado no estaba dentro del "radio de acción de la norma" usualmente será posible excluir la imputación objetiva en casos como los siguientes: "participación en una dolosa autopuesta en peligro" (desafío a carrera de motociclistas, entrar a ayudar a un hospital en cuarentena e infectarse mortalmente ahí, proporcionar heroína a otro quien muere luego por una sobredosis, etc.); "puesta en peligro de otro que consiente en esto" (pedir transporte a un barquero pese a la fuerte tormenta, tener relaciones sexuales con un enfermo de SIDA a sabiendas de ello, insistir a quien está ebrio que lo lleve en su automóvil a casa, etc.); "atribución a un ámbito ajeno de responsabilidad" (caso del camionero sin luz y la policía interviniente, socorristas que mueren en un in-

cendio ocasionado imprudentemente por otro, lesionar a otro que muere por una negligencia médica, etc.); "daños de shock y secuelas de un primer daño".

Dentro de esta versión, la discusión gira, principalmente, en cuanto a la ubicación de los criterios de imputación objetiva, a los alcances de algunos subcriterios en particular o, a la posibilidad de reducir los criterios (p. ej. la "creación del riesgo prohibido").

El primer punto discutible, en muchos casos, solamente constituye un problema de terminología. Diferente es la cuestión cuando se propone tratar la "imputación objetiva" en el ámbito de la "antijuricidad", argumentando que recién aquí sería posible emprender restricciones de la conducta típica[10]. Pero si, en el ámbito interpretativo, se busca delimitar los alcances de la conducta prohibida y no "ponderar intereses" (lo que es característico de la "antijuricidad"), obviamente, la ubicación correcta de la "imputación objetiva" tiene que estar en la "tipicidad". Y es que en la tipicidad se analiza la conducta en el sentido de un "peligro" creado por el autor, mientras que en la antijuricidad, se da la valoración de este peligro[11]. Aparte de esto, sistemáticamente, no tiene por qué retrasarse la solución de los casos hasta el momento de analizar la antijuricidad y, además, la solución de la antijuricidad implicaría admitir la existencia de una tipicidad de la conducta (con los efectos dogmático-penales que esto conlleva) pese a que precisamente se quiere excluir del ámbito penal una serie de conductas no dañosas o más útiles que dañosas.

El segundo tema de discusión entre los partidarios de la tesis dominante de la imputación objetiva se refiere a los alcances y la aceptación de algunos subcriterios o subgrupos de casos.

Así, en los *cursos causales hipotéticos* o "resultados inusuales derivados de conductas conforme a Derecho", ciertamente existe consenso en cuanto a que no habría imputación objetiva cuando, pese a una conducta defectuosa (imprudente), se determinara sin dudas que una conducta respetuosa del Derecho no hubiera tampoco podido evitar el resultado; p. ej. el caso del "ciclista ebrio", de los "pelos de cabra infectados", del "operado con negligencia médica pero que tenía dolencia mortal desconocida durante la operación", etc. No obstante, las posiciones son totalmente contrarias cuando estas dudas existieran. Éste es el problema más discutido por los propios partidarios de la

---

(10) BUSTOS, últimamente en el Libro Conmemorativo a Armin Kaufmann, p. 213, 236 y s. Últimamente también MAIWALD, p. 476 y s. STRATENWERTH defendió inicialmente esta tesis en la 3ra. edición de su "Manual de Derecho penal" (n. marg. 230). En la cuarta y última edición ya no lo hace y sigue, en gran medida la doctrina dominante de la "imputación objetiva"; ver p.108 y s., n. marg. 27. Ver también un análisis y críticas a la posición de Bustos en ABANTO, c., más ref., p. 31 y ss.

(11) Reconoce esto también STRATENWERTH, ver p. 108 y s., n. marg. 27.

teoría (dominante) de la "imputación objetiva". Para algunos, también en caso de que existieran dudas sobre la evitabilidad del resultado bajo una conducta ajustada a Derecho debería excluirse la imputación objetiva, pues tampoco sería posible determinar que el resultado producido habría provenido de la creación de un riesgo desaprobado[12], mientras que para los que siguen la teoría del "incremento del riesgo" (Risikoerhöhung), fundada por ROXIN, estaría claro –y solo esto sería decisivo– que el actor, con su conducta, habría elevado el peligro de que se produzca el resultado y, por lo tanto, el resultado debe ser objetivamente imputable[13].

En contra de la teoría del "incremento de riesgo", se ha argumentado que ella atentaría contra el principio de "in dubio pro reo" si, pese a no haber quedado clara la "causalidad" o la "realización del riesgo desaprobado" (el resultado se hubiera producido igualmente si se hubiera respetado el deber de cuidado), se quisiera imputar al autor el resultado producido. Otra crítica reprocha a esta teoría convertir los delitos de resultado, contra legem, en delitos de "peligro".

A la primera crítica, ROXIN contesta que la "causalidad" no estaría en duda y, por ello, tampoco en los casos aplicables se cumple lo que exige el principio in dubio pro reo p. ej. el tipo penal de homicidio culposo (en los ejemplos referidos a este delito); de lo que se trataría sería de buscar un criterio que restrinja la causalidad de la infracción del deber de cuidado para lo cual, por política criminal, se puede proceder de manera más o menos estricta. Y lo que interesaría por política criminal es proteger a quienes se encontraren en peligro, incluso sin una violación del deber de cuidado del autor, motivo por el cual bastaría (para la imputación objetiva) con que la violación del deber de cuidado del autor hubiera "elevado" el riesgo ya existente de que se produzca el resultado[14]. PUPPE refuerza la tesis de Roxin argumentando que, en los

---

[12] JAKOBS, Strafrecht A. T., cap. 7, n. marg. 98 y ss.; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, § 15, n. marg. 177 y ss., 179-179a. FRISCH, según su propia teoría, sugiere aquí incluso, antes de llegar a la cuestión de la "imputación objetiva", que se debería excluir ya la "conducta prohibida" pues, en el caso planteado, la conducta habría quedado "normativamente sin consecuencias"; ver "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 724, 735. La jurisprudencia alemana se refiere en este caso a una "falta de causalidad" de la "infracción del deber" o de la "relación de antijuricidad"; ver la sentencia del BGH, tomo 21, p. 59, con comentarios de Puppe (Jura 1997, p. 517); y la sentencia del BGH con comentarios de Schünemann en StV 1985, p. 229. También la sentencia inicial del BGH (tomo 11, p. 1) que absolvió al camionero que sobrepasó a un ciclista ebrio sin respetar la distancia reglamentaria y lo atropelló mortalmente, por sus resultados, excluía, en realidad la imputación objetiva del resultado, aunque se refería a una falta de "causalidad de la infracción del deber de cuidado". Ver la contracrítica de PUPPE en Jura 1997, p. 518 y s.; "Brauchen wir...", p. 287 y s., esp. 302 y ss.

[13] Ver, entre los defensores de la "teoría del incremento del riesgo", especialmente, ROXIN, c. más ref., "Strafrecht A. T", p. 327 y ss., n. marg. 76 y ss.; JESCHEK/WEIGEND, p. 584 y ss.; STRATENWERTH, p. 113, n. marg. 37. También PUPPE, aunque limitando sus alcances a casos de "causalidad no determinada" (se trataría de casos de causalidad biológica o que presupongan un rendimiento humano) en los que se tendrían que trabajar con "leyes de probabilidad" para vincular una "infracción del deber de cuidado" con el "resultado"; ver "Brauchen wir...", p. 287 y ss., 295, 301 y ss., 303; Jura 1997, p. 517 y ss. Ver también más adelante la explicación más amplia de la teoría de Puppe.

[14] Ver "Strafrecht. A. T.", p. 325 y ss., esp. n. marg. 78 y ss.

casos planteados, no estaría en juego el principio "in dubio pro reo", pues no sería necesario exigir un 100% de seguridad en la explicación causal de la conducta del autor, así como tampoco lo sería en casos en los que, pese a tener que trabajar con probabilidades, resulta innegable la existencia de una causalidad. Luego, debería bastar con analizar la conducta descuidada de la propia víctima y si se verificara que ella no implicó por sí misma un 100% de riesgo de que el resultado se produjera, significaría que dicho riesgo todavía podía incrementarse con la conducta del autor, la cual, entonces, sí podría imputarse objetivamente[15].

A la segunda crítica, ROXIN responde que no sería correcto que la teoría del "incremento de riesgo" convirtiese los delitos de resultado en delitos de peligro, pues la imputación del resultado al tipo objetivo siempre y solamente es intermediada por un peligro creado por el autor; la distinción entre ambos tipos de delitos no se perdería contra legem, pues en los delitos de lesión habría siempre un "resultado de lesión"; y en los delitos de peligro, un "resultado de peligro"[16].

También se discute sobre el criterio de la *autorresponsabilidad* o "responsabilidad propia de la víctima" (p. ej. dar droga a la víctima que con ella se da una sobredosis, "desafío a una carrera de autos") y los casos de *responsabilidad de un tercero*. Aquí hay diferentes soluciones que van desde la "capacidad de dirección y de objetivo del curso producido", el "principio de confianza" o la "adecuación social", etc.[17]. La discusión sigue en marcha aunque parece que, independientemente de la argumentación que se haga, habría consenso en que, en los casos básicos, la respuesta no puede ser otra que admitir la exclusión de imputación penal al autor. Solamente en casos extremos se discute todavía si debería haber o no imputación.

La tercera crítica se dirige, por distintas razones, en contra de la necesidad del primer criterio de "imputación objetiva", sea porque se cree que sería absorbido por un elemento previo denominado "conducta prohibida"[18], sea

---

[15] Ver Jura 1997, p. 518 y s., esp. 519, columna derecha; "Brauchen wir...", p. 295. También de manera similar rechaza STRATENWERTH la objeción a la teoría del "incremento del riesgo" en el sentido de una violación al principio "in dubio pro reo", pues este principio sería aplicable a "hechos", mientras que en la imputación objetiva estos "hechos" existen y pueden ser probados quedando por precisar aún el "proceso" de cómo ocurrieron estos hechos; y si está claro que el sujeto "elevó el riesgo", aunque no quede claro el "proceso", ya se tiene un hecho indudable que llevaría a la imputación; si no se dio esta elevación o tal incremento del riesgo fuera dudosa, ahí sí intervendría el principio in dubio pro reo; ver p. 113, n. marg. 37; siguiéndolo PUPPE, "Brauchen wir...", p. 302 y ss., 306.

[16] ROXIN, haciendo más precisiones, "Strafrecht A. T.", p. 329 y s., n. marg. 80 y ss.

[17] Ver ref. de las distintas soluciones en FRISCH, "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 723, nota 24.

[18] Así FRISCH, "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 733, 742; ídem, "Faszinierendes...", p. 232 y ss. Ver también más adelante al explicar su propia teoría.

porque tal criterio (como "juicio objetivo de la situación") ya estaría incluido dentro del "contenido de la norma" a la cual la "persona" debería guardar "fidelidad"[19]. Esta crítica depende decisivamente de la concepción propia que tiene cada uno de sus defensores; ella será tratada cuando se analicen más abajo las propuestas de PUPPE, FRISCH y de JAKOBS.

En resumen, se puede decir actualmente que, en el ámbito de los *delitos imprudentes*, la teoría de la imputación objetiva se ha impuesto definitivamente. Sólo se encuentran diferencias terminológicas[20]. Así, para ROXIN, en estos delitos todo sería imputación objetiva, pues la "creación del riesgo desaprobado" equivaldría a la "violación del deber de cuidado", la "realización del riesgo" al "resultado típico" y el "ámbito de protección de la norma" definiría la "relación de antijuricidad" entre acción y resultado[21]. Otros autores, al analizar los delitos imprudentes, permanecen en el esquema usual e incluyen criterios de imputación objetiva en alguno de los elementos tradicionales del tipo de la imprudencia; p. ej. en la "violación del deber de cuidado" se suele incluir ya (o incluso identificar con) la "creación de un riesgo prohibido", o, al analizar el último elemento de los delitos imprudentes –denominado "relación de antijuricidad" o "evitabilidad"– se emplean los criterios de "imputación objetiva" para descartar conductas causales, pero que no "realizan el riesgo creado" o se encuentran fuera del "ámbito de protección de la norma"[22]. Aparte de esto la discusión se limita –como ya se vio– a algunos detalles en cuanto a los alcances de cada uno de los subcriterios de imputación objetiva. En la práctica, ha sido relevante en la jurisprudencia el criterio de la "autorresponsabilidad de la víctima"[23]. En la teoría –como se ha visto arriba– los propios seguidores de la teoría de la imputación objetiva discuten acerca de las consecuencias que podrían tener las dudas sobre la producción del resultado en casos de "conducta alternativa ajustada a Derecho", pero esto no afecta a su aceptación básica.

Algo distinta es la situación en los *delitos dolosos*. En primer lugar, no existe jurisprudencia alemana relacionada con los distintos criterios manejados por la dogmática penal. Esto no quiere decir que la jurisprudencia hubiera rechazado ni aceptado la teoría de la imputación objetiva. La razón de ello

---

[19] JAKOBS, "Bemerkungen...", 45 y ss., p. 57 y ss.

[20] Constatación hecha también por FRISCH, p. 728.

[21] Ver en "Strafrecht A. T.", p. 922 y ss.

[22] Ver también las observaciones de FRISCH, "Zum gegenwärtigen Stand...", c. más ref., p. 728 y s.

[23] Se ha empleado este criterio para decidir la responsabilidad en el caso del "consumo de drogas", proporcionadas por el imputado, con resultado mortal. Ver al respecto FRISCH, "Faszinierendes...", p. 218 y s.

probablemente radique en la rareza misma de los casos planteados por la teoría, sobre todo los que se refieren a la "creación de un riesgo desaprobado". Estos casos difícilmente podrían ocurrir en la vida real por falta de efectividad de la conducta, desde la perspectiva criminal, o, en otros casos, si llegaran a ocurrir, difícilmente ocuparían a los tribunales, sea por falta de interés de los afectados (ellos mismos considerarían injusta la acusación como en el caso de la "disminución de un riesgo mayor, pero causando uno menor"), sea por falta de pruebas de los hechos (la prueba radicaría mayormente en el ámbito interno del actor, como p. ej. en el caso del "tío rico")[24]. Los casos de "realización del riesgo desaprobado" sí podrían ocurrir en la práctica cuando el sujeto activo por lo menos "cuente con la posibilidad" de la producción del resultado (dolo eventual) y realice la conducta riesgosa (p. ej. la entrega de droga al adicto que podría aplicarse una sobredosis), pero, debido al problema práctico de la prueba del "dolo", muchos de estos casos probablemente se traten como delitos de "imprudencia"[25].

3. La teoría de PUPPE

Aunque Ingeborg PUPPE no niegue la necesidad e importancia de una "imputación objetiva" del resultado a la acción, considera que muchos de los problemas tratados por la doctrina dominante no serían propiamente problemas de "imputación objetiva", sino problemas de "causalidad". La supuesta solución dada por la teoría dominante admitiendo la "teoría de la condición conforme a la ley natural" no solucionaría el problema inicial de separar una causa individual de todo el complejo de hechos que conforma la causa global; esta doctrina procedería intuitivamente y escogería ya de antemano la causa individual ahorrándose el problema de determinar la "relación de condición lógica entre la causa individual y el resultado"[26].

Entonces, en todos los delitos dolosos se tendría que aislar primero la "causa individual" (Einzelursache), extrayéndola de todas las condiciones suficientes para la producción del resultado (Gesamtursache), para lo cual se debería partir de una "condición suficiente" (Mindestbedingung), teniendo en cuenta las reglas generales (que comprenden tanto reglas de las ciencias naturales como reglas de la experiencia u otras)[27]. Este procedimiento admitiría

---

[24] Cfr. las atinadas observaciones de FRISCH al respecto, "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 729 y s. y "Faszinierendes...", p. 218 y s.; también PUPPE, Jura 1997, p. 513, columna izquierda.

[25] Cfr. FRISCH, "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 730.

[26] PUPPE, "Brauchen wir...", p. 292 y s.

[27] PUPPE, Jura, 1997, p. 408 y ss., 415; "Brauchen wir...", p. 287 y ss., 292 y ss., esp. 295.

una "causalidad múltiple" (Mehrfachkausalität) y solucionaría de esa manera los problemas de "causalidad de reserva" (si la causalidad del autor no hubiera sido producida, hubiera actuado en su lugar otra causalidad para producir el resultado) y de "causalidad cumulativa" (recién la actuación conjunta de dos o más causalidades puede generar el resultado) donde la fórmula de la "conditio sine qua non" fracasaría totalmente. En casos prácticos de "causalidad de reserva" (p. ej. cuando otro iba a echar el mismo veneno letal en la copa de la víctima, los choques en carambola, las decisiones de órganos de empresas por mayoría simple, etc.) o de "causalidad cumulativa" (recién con dos dosis de veneno aplicada por dos personas distintas éste es letal, recién dos conductas imprudentes llevan al resultado) al aplicar la fórmula de la conditio sine qua non, en el primer caso, el resultado seguiría siendo producido por otra causalidad; y en el segundo caso, la conducta analizada por sí sola nunca podría ser causal. En cambio, con la aceptación de una "causalidad múltiple" no habría problemas, pues todas las condiciones suficientes, en el sentido explicativo de las ciencias naturales y reglas sociales serían causales[28].

Este entendimiento de la "causalidad" iría más lejos aún, pues solucionaría ya a ese nivel casos que son vistos como de "imputación objetiva". La doctrina dominante y la jurisprudencia alemana reciente confundiría, en primer lugar, en muchos aspectos cuestiones de "causalidad" con cuestiones de "imputación objetiva", analizándolos p. ej. como casos de "realización del riesgo en el resultado" y "ámbito de protección de la norma"; en segundo lugar, se extenderían exagerada e innecesariamente algunos criterios de imputación objetiva reconocidos para absolver inmerecidamente (casos de autorresponsabilidad de la víctima y de responsabilidad de terceros); y, tercero, incluso trataría como problemas de "imputación objetiva" casos que serían plenamente causales e imputables objetivamente, pero que, por razones prácticas, tendrían que excluirse del análisis.

En cuanto a la primera crítica de PUPPE, su atención se dirige a las llamadas "conductas alternativas conformes a Derecho" en las que, como ya se vio antes, la teoría dominante discute si debería haber impunidad del autor imprudente –cuya conducta causó el resultado aun cuando éste también se hubiera producido si la conducta hubiera respetado el deber de cuidado– o si, debido a un "incremento del riesgo", debería haber imputación objetiva del resultado (p. ej. caso del "ciclista ebrio"). PUPPE considera que muchos casos prácticos como este podrían solucionarse con una determinación correcta de la "causalidad" (como causalidad múltiple o causalidad doble), aunque admite que quedaría aún espacio para la aplicación de la teoría del "incremento del

---

[28] PUPPE, Jura, 1997, p. 415, columna izquierda.

riesgo" en dos supuestos. El primero, cuando se tratare de una sola conducta imprudente a la cual se unieran factores naturales para la producción del resultado lesivo (p. ej., conductor a excesiva velocidad que choca debido a que resbala en el hielo de la carretera o porque no puede evitar la colisión con un vehículo fuera de control). El segundo supuesto de aplicación de la teoría del "incremento de riesgo" abarca casos de "conductas alternativas conformes a Derecho" cuando confluyeran varias infracciones al deber de cuidado, el riesgo creado por la víctima fuera menor al 100%, y solamente se llegara al 100% debido a la infracción del deber de cuidado del autor[29]. Por cierto que estos últimos casos deben distinguirse de los que contengan conductas alternativas "irreales" o "ficticias", pues en estos no habría dudas de la causalidad y la imputación de la conducta analizada y no se necesitaría recurrir a la imputación objetiva, dado que el autor ha aportado una condición suficiente con un 100 por ciento de seguridad (nadie puede prever con seguridad la producción de una "causalidad ficticia"). P. ej., el fabricante de un producto defectuoso justifica su decisión de no haber retirado el producto del mercado pues, por su experiencia, muchos distribuidores no le hubieran hecho caso y lo hubrían vendido hasta agotar el stock ("nadie puede disculparse invocando una infracción del deber de cuidado que no se ha producido")[30]. La excepción, y con ello la aplicación de la teoría del "incremento del riesgo", vendría dada cuando no solamente estuviera en duda que el tercero (el salvador) hubiera cumplido con su deber, sino también se dudara que hubiera podido salvar el bien jurídico puesto en peligro; p. ej. cuando el odontólogo omite verificar la tolerancia de la paciente a la anestesia antes de aplicársela (ella dijo que tendría "algo en el corazón"), pero su mal cardíaco probablemente tampoco hubiera sido descubierto por un médico internista en un examen de rutina[31]. En especial, en casos de "mala praxis médica", la teoría del "incremento del riesgo" sería muy fructífera, pues aquí se tendría que trabajar con probabilidades y no con resultados seguros. Luego, si tras la imprudencia médica (p. ej. un médico, tras una operación de cáncer, omitiera la quimioterapia necesaria para evitar que se produzca una metastasis) se descubriera que la probabilidad de salvación del paciente hubiera sido elevada, no pueden caber dudas de que tal imprudencia "elevó el riesgo": el médico, a través de su imprudencia, ha arrebatado al paciente la oportunidad real de vivir más tiempo[32].

---

[29] PUPPE, "Brauchen wir...", p. 295.

[30] PUPPE, "Brauchen wir...", p. 297 y ss., esp. 298.

[31] PUPPE, "Brauchen wir...", p. 298 y s.

[32] PUPPE, "Brauchen wir...", p. 301.

Tampoco se tendría que recurrir directamente a la teoría de la imputación objetiva en aquellos casos en los cuales, tras una conducta dolosa o imprudente del actor, intervenga un tercero o la propia víctima con acciones imprudentes (o dolosas) que llevaran al resultado lesivo. En especial podría resultar poco seguro determinar a partir de cuándo la responsabilidad (e imputación) del primer actor se vería desplazada por la de un tercero, p. ej. cuando este último ha violado su deber de evitar el resultado. Esto ocurre en los casos de intento de homicidio en los cuales la muerte de la víctima se produce recién a través de un accidente de la ambulancia que la trasportaba al hospital, en un incendio del hospital o por una mala práctica del médico que la operó. PUPPE sugiere determinar la "realización del peligro no permitido" cuando, tras verificar la "causalidad" de una infracción del deber de cuidado, restringe los efectos jurídicos de esta causalidad aplicando el criterio de la "continuidad" [Durchgängigkeit]; esta "continuidad" implicaría una cadena de situaciones no permitidas unidas causalmente, cadena que se interrumpiría recién cuando, para poder explicar el desarrollo posterior de los hechos, se necesitaran consecuencias permitidas de la conducta del autor[33].

Al aplicar esta tesis se produce una importante diferencia práctica con las soluciones propuestas por la doctrina dominante. Mientras que, en los casos expuestos, ella solamente admite la "imputación objetiva" de la tentativa de homicidio, PUPPE afirma la "continuidad" de la causalidad del riesgo creado y, por tanto, la imputación objetiva del resultado cuando la conducta ulterior de la víctima o terceros se hubiera debido, en su forma peligrosa concreta, precisamente al primer riesgo; así ocurriría cuando el traslado arriesgado en ambulancia se debiera a la urgencia del caso, o que la víctima no pudo escapar del incendio del hospital debido a su estado, o la operación riesgosa aunque bajo imprudencia médica era necesaria por la gravedad de la lesión causada[34]. En estos casos, indudablemente, la doctrina dominante seguiría excluyendo la imputación objetiva del resultado y solamente imputaría la "tentativa", aunque por cierto consideraría la "gravedad" de la creación del riesgo como criterio para fijar la pena.

En los delitos imprudentes, la propuesta de PUPPE lleva también a algunas divergencias importantes con la teoría dominante. Así, ella admite el criterio de "fin de protección de la norma" solamente como criterio suplementario a la verificación de la "causalidad de la infracción del deber de cuidado" y de

---

[33] Ver la exposición de esta tesis con ej. de la jurisprudencia alemana (que emplea la terminología tradicional y, últimamente la de la doctrina dominante) en Jura 1997, p. 624 y ss., esp. 625, columna izquierda, 626, columna izquierda; Jura 1998, p. 24.

[34] Ver PUPPE Jura, 1997, p. 626, columna izquierda.

la aplicación del criterio de "continuidad". Según su esquema, recién después de constatada la causalidad, tal como ella la entiende, se podría recurrir a la "imputación objetiva", para lo cual –propone ella– debería analizarse la "idoneidad" del respeto a la norma de cuidado para atentar contra la finalidad de protección de esta norma. PUPPE concluye, entonces, que en algunas normas tal "idoneidad" se regiría por la "preponderancia de la situación concreta" (en el caso concreto, el respeto a la norma podría haber sido inidóneo para impedir el resultado; p. ej. casos de respeto de velocidades máximas), mientras que en otros, por la "continuidad" de la infracción (las reglas deben respetarse en todo momento y lugar; p. ej. mantenimiento de vehículos en buen estado, no conducir bajo estado de ebriedad)[35].

En cambio, el llamado "principio de confianza" ("el individuo debe poder confiar que otros van a respetar sus propios deberes de cuidado"), muy utilizado en la práctica y en la doctrina dominante, no tendría que ver con la imputación objetiva, sino con los límites de los "deberes de cuidado". Es más, la admisión de este concepto llevaría a confusiones con los casos en los cuales este principio no debería regir: cuando, debido a la positivización de normas, el deber de cuidado debe respetarse siempre y en todo lugar ("el que viola el deber de cuidado no debe poder confiar en que los otros se van a comportar cuidadosamente)[36]. Así, p. ej. rige el "principio de confianza" en el tráfico rodado cuando se trata de reglas que prevén preferencias, direcciones, etc., pues, en caso contrario (desconfianza) no servirían para nada las reglas de tráfico y hasta podría crear nuevos peligros; no rige, en cambio, el "principio de confianza" cuando el propio actor viola normas que debería respetar, tales como los límites de velocidad o la prohibición de conducir bajo estado de ebriedad[37].

En la segunda crítica, PUPPE propone diferenciar aquellos casos que realmente implican un libre y autorresponsable ejercicio de libertad de la víctima o de un tercero, y otros casos que no lo son. En estos últimos, aunque a primera vista pareciera que el resultado típico se produjo por una libre y autorresponsable conducta (imprudente) de la víctima o de un tercero, ello no es así (y habría imputación objetiva) cuando precisamente dicha conducta "libre e imprudente" se debió a la situación de necesidad producida por la conducta del autor[38]. Entre los casos prácticos que se solucionarían así, es-

---

(35) PUPPE, Jura, 1997, p. 626, columna derecha, y s.

(36) PUPPE, Jura, 1998, p. 21 y ss.

(37) PUPPE, Jura, 1998, p. 23, columna izquierda.

(38) PUPPE, Jura, 1998, p. 28 y ss.

tarían aquellos en los cuales, tras una conducta imprudente o dolosa del actor (producción de un incendio, venta de droga, desafío a una carrera de motos), la víctima misma comete una conducta imprudente que le puede causar lesiones o la muerte (entrar a la casa en llamas, aplicarse una sobredosis, hacer maniobras temerarias y mortales en la carretera). En todos estos casos, habría imputación objetiva; la propia infracción del deber de cuidado de la víctima solamente atenuaría la pena[39]. En esto no importaría incluso que la iniciativa partiera de la propia víctima, la cual asume el peligro que entraña la acción del autor (p. ej. la propia víctima propone la carrera de motos, pide que se le entregue la droga o propone la realización, sin protección, de actos sexuales a un seropositivo)[40]. El argumento es que nadie debería llevar a otros a situaciones en las que para estos resultare razonable, apropiado y hasta incluso un deber, ponerse en peligro a sí mismo[41]. Solamente se "interrumpiría la imputación" cuando la conducta de la víctima estuviere en una desproporción evidente con la infracción del deber de cuidado, cuando el perjudicado no hubiera tenido "ningún motivo razonable o respetable" de ponerse en peligro (p. ej. el propietario entra a la casa en llamas para probar su valor) o cuando ya, por la propia ley, la segunda conducta peligrosa estaba prohibida (p. ej. aceptar el desafío a una carrera de motos en la vía pública)[42].

Y también en los casos de delitos dolosos cometidos por terceros, pero derivados de una conducta imprudente previa del autor, se trataría de determinar los "deberes de cuidado" y no de imputación objetiva. Aquí estarían en conflicto la "libertad de actuación" del autor imprudente y la "protección de bienes de otros". Y aquí regiría el "principio de confianza" del autor imprudente a no ser que existieran razones para suponer que podrían cometerse delitos dolosos sobre esta base (p. ej. dejar a un ebrio en un lugar solitario y peligroso, vender armas a quien viene de una pelea, trasladar en un taxi a quien tiene objetos robados, etc.)[43].

La tercera crítica se refiere a los polémicos casos de "daños posteriores" y "secuelas" de una primera lesión. En estos casos, ROXIN hace valer un espa-

---

[39] PUPPE, Jura, 1998, p. 28 y s., esp. 29 columna izquierda.

[40] Aquí sí habría imputación objetiva cuando la conducta imprudente de la víctima se hubiera visto "coaccionada" por el pedido previo del autor (demostración de amor), aunque esta coacción no alcance el nivel de un estado de necesidad justificante o exculpante; ver Jura, 1998, p. 28 y s.

[41] PUPPE, Jura, 1998, p. 30.

[42] PUPPE, Jura, 1998, p. 30, columna derecha, y s.

[43] En esto, PUPPE hace propuestas similares a ROXIN (este habla de "tendencia reconocible hacia el hecho") aunque más amplia (agrega el criterio de la "peligrosidad general del lugar"); ver con más precisiones de su propuesta y aclarando su posición en contra de la crítica de Roxin, Jura 1998, p. 27 y s.

cio de tiempo prolongado como criterio para afirmar que el último resultado producido ya no sería abarcado por el "fin de protección de la norma" (se interrumpe la relación de imputación), pues la consecuencia posterior, por más que realice el peligro, ya ha sido considerada en la medición de la pena del proceso penal promovido por la realización del primer riesgo(44). En cambio, para PUPPE solamente criterios "prácticos" de Derecho procesal o de los fines de la pena justificarían que no se tenga que esperar hasta que se produzcan estos resultados ulteriores para decidir la situación jurídica del procesado. El trasfondo de la discusión parece ser más bien "metódico". Mientras la doctrina dominante, influida por un cierto resquemor contra soluciones "conceptuales" (tras la "mala" experiencia de la discusión entre causalistas y finalistas) buscan la solución de casos concretos y, por lo tanto, dan preemiencia al "topos", PUPPE prefiere soluciones sistemáticas, conceptuales y desconfía del "topos" del pensamiento problematizante, a este último solamente le reconoce una función estimuladora del desarrollo de conceptos y sistemas jurídicos(45). Aun así, no debe escapar al observador imparcial que ambas soluciones no se contradicen: si ya hubo un primer proceso penal, donde se debió haber valorado en toda su magnitud la creación de un riesgo que se ha realizado y que entraña la posibilidad de un daño más grave con posterioridad y donde, por lo demás, se ha buscado que la pena aplicada deba cumplir con ciertos fines, no habría por qué recurrir a un nuevo juicio penal para imputar este resultado más grave. El efecto (y no la razón) de esto es que obviamente no se tiene que esperar hasta que se produzca el resultado.

Por último, si bien el término "ámbito de protección" de la norma es algo ambiguo(46), la divergencia en los detalles no afecta el consenso fundamental de los defensores de la teoría de la imputación objetiva(47). También PUPPE tiene que analizar, en última instancia, cuál es el fin de protección de la norma para determinar, en los casos concretos si la conducta infractora del deber de cuidado, pese a causar el resultado típico, no ha atentado contra este fin de protección(48).

No obstante la interesante argumentación de PUPPE, no convence su persistencia en recurrir a la causalidad para solucionar casos que, en realidad, tienen que ver con valoración normativa (imputación objetiva). Ciertamente, la tesis de PUPPE de admitir una "causalidad múltiple" basada en leyes natu-

(44) ROXIN, "Strafrecht A. T.", p. 934 y s., n. marg. 44.

(45) Ver la explicación que da ella misma en Jura 1998, p. 25.

(46) En este sentido, critica PUPPE esta terminología y su carácter "extravagante"; ver Jura 1997, p. 624 y ss.

(47) FRISCH, "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 724.

(48) Ver Jura 1997, p. 627 y ss.

rales y sociales es original e interesante. En la doctrina ha adquirido algún eco sobre todo para la solución de casos de "responsabilidad colegiada" si bien tales casos también podrían ser vistos como de "causalidad cumulativa" (y ser solucionado con la fórmula de la doctrina dominante)[49]. Pero el hecho de hacer valer probabilidades, convicciones mayoritarias de la doctrina y la convicción del juez como criterio de "causalidad" en casos de "causalidad dudosa" (p. ej. las propiedades nocivas de un medicamento) es dudoso por razones de "in dubio pro reo"[50].

4. La teoría de FRISCH

FRISCH critica a la teoría dominante de la "imputación objetiva" su extensión y confusión de dos planos distintos: la *conducta prohibida* y lo que sería la verdadera "imputación objetiva". Esto se apreciaría en el criterio de "creación del riesgo desaprobado", pues este, en realidad, se identificaría con la "conducta prohibida": si faltara un riesgo desaprobado, en los delitos de resultado, faltaría simultáneamente la *conducta* de los delitos de resultado prevista en los tipos[51]. Recién después de haber verificado la existencia de una "conducta prohibida", en el sentido de la creación de peligros desaprobados, se podría plantear la cuestión de la "imputación objetiva" cuando en el resultado producido no se hubiera realizado el peligro creado por dicha conducta prohibida, sino un peligro tolerado de manera general[52].

Esta precisión que parece solamente terminológica y "ociosa"[53], sería importante pues también podría plantearse el problema de la imputación objetiva pese a no existir un resultado típico (p. ej. en la tentativa), con lo cual la teoría dominante se quedaría allí sin objeto de estudio pese a que lo que interesaría, de todos modos, es analizar, también en la tentativa, si el autor ha emprendido una "conducta prohibida" y creado un peligro desaprobado[54]. Luego, antes de la "imputación objetiva", sería necesario prever la categoría de la "conducta típica" válida para todo tipo de delito; en tal "conducta típica se determinaría la "infracción jurídica" en el sentido de apartamiento punible del ordenamiento jurídico[55].

---

[49] Cfr. ROXIN, "Strafrecht A. T.", p. 300, n. marg. 18.

[50] Cfr. ROXIN, "Strafrecht A. T.", p. 298, n. marg. 15.

[51] FRISCH, "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 733, 742; ídem, "Faszinierendes...", p. 232 y ss.

[52] FRISCH, "Faszinierendes...", p. 233.

[53] Así, la crítica de SCHÜNEMANN, "Über die objektive Zurechnung...", p. 216.

[54] Cfr. FRISCH, "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 734.

[55] FRISCH, "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 742, 743.

Una segunda crítica de FRISCH a la teoría dominante consiste en que el elemento "creación de riesgo desaprobado", por su naturaleza, no tendría nada que ver con una "imputación", sino con la "extensión y los límites de la libertad jurídica", una cuestión que antecede a la imputación y que puede plantearse incluso antes de la actuación de las personas. Y mientras que en la "imputación" importaría "la capacidad de dirección de una conducta o la evitabilidad de determinadas consecuencias mediante una conducta ajustada a Derecho", en la "extensión y los límites de la libertad del individuo" interesaría encontrar una relación aceptable entre la libertad del individuo y la libertad y los bienes de los otros[56]. Confundir ambos planos sería confuso y peligroso, pues las soluciones, en ambos casos, seguirían diferentes principios. En la "imputación objetiva" solamente debería interesar si, una vez constatada la "conducta típicamente prohibida" (la infracción jurídica), el resultado producido se encuentra en una relación normativamente necesaria con dicha conducta peligrosa y, por lo tanto, se va a imputar al infractor el resultado producido como hecho consumado, es decir, como una infracción jurídica de consideración[57].

La propuesta de FRISCH ha sido criticada en el sentido de que también ella, en última instancia, seguiría planteando solamente una cuestión de "imputación" o "falta de imputación", y que su separación entre "conducta prohibida" e "imputación" expresaría, erróneamente, una separación artificial entre "desvalor de la acción" y "desvalor del resultado"[58]. FRISCH responde que su diferenciación no sería gratuita por dos razones básicas: la primera, que constituiría una tarea del Derecho penal hacer la diferenciación para que el ciudadano sepa desde el principio que su conducta está desaprobada o no; la segunda, que la diferenciación ofrecería "ventajas dogmáticas" en el análisis de la tentativa (que, por su naturaleza, no necesitaría un resultado ni una imputación de este a la acción)[59]. Y a la segunda crítica afirma que la distinción entre ambos tipos de desvalor sí sería posible y hasta indispensable en el "plano mental" cuando se quiere analizar una conducta desaprobada en cuanto a su idoneidad para causar determinados resultados. Por lo demás, la propia doctrina dominante haría una distinción entre la "creación del riesgo desaprobado" (desvalor de la acción) y la "realización de dicho riesgo" (desvalor del

---

[56] FRISCH, "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 734 y s.; ídem, "Faszinierendes...", p. 235 y ss.

[57] FRISCH, "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 735, 743.

[58] Así, la contracrítica en ROXIN, "Strafrecht, A. T.", p. 313, n. marg. 46; SCHÜNEMANN, "Über die objektive Zurechnung", p. 216

[59] FRISCH, "Faszinierendes...", p. 234.

resultado)[60]. Por último, si se considerara (como hace la teoría dominante) que la "conducta típica" sería solamente un elemento del tipo objetivo que conjuntamente con otros elementos llevaría recién a la tipicidad objetiva, la falta de uno solo de estos elementos tendría que excluir la tipicidad objetiva. Luego, si, tras la verificación de la existencia de un "riesgo desaprobado", este riesgo no se "realizara en el resultado", tendría que excluirse toda la tipicidad objetiva (y no afirmar la tentativa)[61].

Pero la "precisión" de FRISCH de separar una "conducta prohibida" de la "imputación objetiva" no parece convincente. Sus críticas a la doctrina dominante presuponen una definición de "resultado" puramente naturalística. En contra de lo que sostiene, también en la tentativa existe un "resultado" manifestado como un atentado contra el bien jurídico, si bien éste no ha llegado a afectar sensiblemente el objeto del bien jurídico. Es por eso que también en la tentativa es posible plantear el problema de la "imputación objetiva", aplicando el criterio de "creación de un riesgo prohibido". Finalmente, en el criterio de "creación de riesgo desaprobado", sí se trata de una "imputación" en el sentido de que se quiere interpretar, con base en un criterio objetivo, en qué medida la conducta del actor encaja en la decisión previa del legislador que, a través del tipo penal, ha querido definir los alcances de la libertad individual, prohibiendo una conducta que atenta contra bienes jurídicos. La necesidad de la creación de un concepto autónomo de "conducta prohibida", distinto del de "acción" que practica la doctrina dominante[62], y previo a la imputación objetiva, no parece entonces necesaria.

5. La versión "amplia" de la teoría de la imputación objetiva

Una serie de autores prefiere partir de la base filosófica de HEGEL, obteniendo un diseño peculiar de las categorías del delito tras admitir distintos tipos de "imputación": imputación de la conducta, imputación de la antijuricidad, imputación de la culpabilidad[63]. Entre estos modelos, el más interesante para nuestro medio, por la mayor difusión de sus principios metodológicos, es el de los funcionalistas "radicales" como JAKOBS. Para todos estos autores,

---

[60] FRISCH, "Faszinierendes...", p. 234 y s.

[61] FRISCH, "Faszinierendes...", p. 234 y s.

[62] Con distintas fundamentaciones, en la doctrina dominante se reconoce un concepto previo de "acción" que clasifica las acciones humanas, las vincule con las demás categorías del delito y excluya las primeras conductas que no pueden entrar en el análisis penal (falta de acción). Ver la exposición de las distintas tendencias especialmente en JESCHECK/WEIGEND, quienes siguen el concepto social de la acción p. 218 y ss.; ROXIN, quien sigue un concepto "personal" de acción", "Strafrecht A. T.", p. 184 y ss., 202 y ss.; similar a este último (acción como "lo posible al ser humano"), WESSELS/BEULKE, p. 62, n. marg. 177.

[63] Ver la exposición de los modelos de Hardwig, Hruschka y Wolter en FRISCH, c. más ref., p. 725 y s.

la teoría dominante de la imputación objetiva sería muy estrecha, pues no tendría por qué limitarse a tratar el problema solamente en los delitos de resultado. Antes bien, en todo delito se trataría de "imputar" cierto acontecimiento a una persona para determinar si es la "autora responsable" [verantwortlicher Urheber] de aquel.

Basándose en su propia teoría del delito (que parte de una serie de conceptos sociológicos previos, entre otros, la distinción entre "persona" e "individuo"), JAKOBS sostiene que la *imputación objetiva* viene a ser la constatación de la "competencia" por la infracción de la norma; imputable objetivamente sería la "persona" que no hubiera guardado "fidelidad" a la norma(64). No se trataría con esto de un concepto adicional a la "acción" como lo entiende la doctrina dominante, pues la "acción", en sentido funcional, solamente puede ser entendida ya como una "causación imputable" en el sentido de una "toma de postura relevante en el plano de la comunicación, una expresión de sentido comunicativamente relevante"(65) y la conducta imputable solamente puede ser algo "socialmente inadecuado" que, como acción en sentido funcional incluye ya la "evitabilidad" y la "culpabilidad"(66). Lo que se discute actualmente bajo el concepto de "imputación objetiva" no sería otra cosa que una "precisión de la controversia relativa al concepto de la acción"(67). El concepto tradicional que entiende la acción como un "proceso biopsicológico" solamente describiría lo que acontece en el ámbito de la naturaleza, o sea, lo que no tiene relevancia jurídica(68).

Por lo demás, consecuentemente con su concepción propia del delito, JAKOBS considera que, en la cuestión del "delito" (imputación objetiva), a diferencia del "juicio objetivo de la situación" (la antijuricidad) donde se recurre a juicios de "validez general", como lo que importa es la fidelidad al derecho realizada de manera comunicativamente relevante, el análisis debe ser hecho desde la perspectiva del autor (en tal medida, preeminencia de lo subjetivo) y de manera ex ante, aunque sin incluir los conocimientos especiales (solamente se exige un rendimiento estandarizado de ciudadano, no de "portador especial de roles")(69). Este juicio tiene por objetivo el hecho de que se rige por "normas cimentadas socialmente": "Para decidir la cuestión del delito,

---

(64) JAKOBS, "Strafrecht A. T.", p. últimamente en: "Bemerkungen...", p. 58 y ss., 63.

(65) JAKOBS, "El concepto jurídico-penal de acción", en "Bases para una teoría funcional...", p. 93.

(66) Cfr. JAKOBS, "El concepto jurídico-penal de acción"; en "Bases para una teoría funcional...", p. 107.

(67) JAKOBS, "El concepto jurídico-penal de acción", en "Bases para una teoría funcional"...", p. 93.

(68) JAKOBS, "El concepto jurídico-penal de acción", en "Bases para una teoría funcional...", p. 93.

(69) JAKOBS, "Bemerkungen...", p. 57 y ss.

tómese entonces la norma penal interpretada con ayuda de normas formales e informales y piénsese en el autor como suficientemente fiel al Derecho. Toda conducta que el autor, bajo tales condiciones, evite (planificadamente) es delictiva; toda conducta (planificadamente) inevitable bajo tales condiciones, o bien pasa desapercibida socialmente o bien es inevitable; en todo caso no es imputable"[70]. Con esto, JAKOBS opera de manera más restrictiva que la doctrina dominante.

Con esta concepción funcional de la "acción" también perdería importancia la distinción entre *acción y omisión*, pues en ambos casos se trataría de la "atribución de un suceso" a un ser humano que "comunica" en la sociedad, o sea a una "persona"[71]. Desde que se entiende funcionalmente a la "persona", dentro de la sociedad, como un sujeto con "competencias" que no debe configurar la realidad en ámbitos donde otros están autorizados para hacerlo (arrogarse ámbitos de organización) ni defraudar expectativas que derivan de determinados "roles" que ostentan (lesión de una institución), el elemento tradicional de la "omisión" de la "posición de garante" también existiría en la "comisión"[72]. Tanto en la "comisión" como en la "omisión" lo que interesaría sería "imputar" a "personas" que, por ser tales, son "garantes"; si no lo fueran, pertenecerían al ámbito de la naturaleza[73].

Por lo demás, dado que la "acción" indicaría una "falta de reconocimiento de vigencia de la norma", no se precisaría, dentro del concepto, un *resultado externo* en el sentido tradicional de "desvalor del resultado". Mejor dicho, el "resultado" que sí se necesitaría sería uno que produjera la "objetivación" de tal "expresión de sentido": la "persona" tiene que expresar de algún modo reconocible para los demás que para ella la norma no rige; cualquier otro resultado que derive de esta conducta objetivadora solamente incrementaría "cuantitativamente" la objetivación[74].

En general, la concepción de JAKOBS implica un giro radical del entendimiento del delito. Por eso, las críticas más importantes se dirigen a este entendimiento y no tanto a su concepción de la "imputación objetiva", donde, por lo demás, coincide en gran medida con la doctrina dominante en la definición de muchos subcriterios o en los resultados finales. A veces, ciertamen-

---

[70] JAKOBS (traducción libre), "Bemerkungen...", p. 59.

[71] JAKOBS, "El concepto jurídico-penal de acción", en "Bases para una teoría funcional...", p. 93 y ss.

[72] Reconociendo aquí un paralelo con la distinción que ROXIN hace entre "delitos de dominio" y delitos de "infracción del deber", p. 94 y s., esp. nota 32.

[73] JAKOBS, "El concepto jurídico-penal de acción", en "Bases para una teoría funcional...", p. 95 y s.

[74] JAKOBS, "El concepto jurídico-penal de acción", en "Bases para una teoría funcional...", p. 97 y ss.

te, existen diferencias irreconciliables derivadas precisamente de la distinta concepción global del Derecho penal. Tal es el caso de la "imputación" de la "intervención de un tercero" con "acciones cotidianas" (vender objetos o prestar un servicio sabiendo que van a ser utilizados en un delito), en las cuales JAKOBS niega la "imputación", afirmando que la "fidelidad a la norma" no podría discutirse y que no se puede exigir al ciudadano más que el cumplimiento de su rol, mientras ROXIN afirma la "imputación" (en principio de un delito culposo, aunque sería posible también un delito doloso) si hubiera existido una "tendencia reconocible hacia el delito"(75).

FRISCH, quien en principio dirige Jakobs las mismas críticas que a la concepción "dominante" (confusión entre el plano de la "conducta prohibida" y la verdadera "imputación objetiva"), afirma que aquí la situación sería incluso más grave. Dado que para los funcionalistas radicales, la "imputación" se extendería incluso al mismo "ordenamiento de conductas" (la antijuricidad), la confusión sería mayor(76). El hecho de que cuestiones más allá de la tipicidad sean importantes y necesarias para decidir sobre la "imputación" no las haría, por sí mismas, un problema de imputación. "Para la configuración de las relaciones jurídicas y la constitución del Derecho, los principios de imputación no dan la medida (o por lo menos no dan la medida primaria); más bien la pauta está formada aquí por el esfuerzo de llevar a una relación objetiva, jurídicamente reconocida, las libertades del individuo con aquellas de los otros y los intereses de la generalidad"(77). La crítica se dirige entonces al entendimiento mismo del concepto "imputación".

6. La crítica "finalista" a la imputación objetiva

La crítica de los finalistas se dirigió desde el principio al modelo ahora dominante, es decir, a la teoría "estricta" de la imputación objetiva(78). Armin KAUFMANN lanzó hace ya algún tiempo las más importantes críticas desde la perspectiva finalista, críticas que, en gran medida se repiten todavía hoy en día por sus discípulos y los demás seguidores de la teoría finalista(79): la imputación objetiva no sería "necesaria" e incluso sería "imposible" antes de decidir sobre la cuestión del dolo. Considera que muchas cuestiones tratadas por la teoría de la imputación objetiva se podrían solucionar a través de una

(75) Ver una amplia discusión sobre el tema en ROXIN, "Dogmática penal...", p. 68 y ss., 426 y ss.

(76) FRISCH, "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 738 y s.

(77) FRISCH (traducción libre), "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 739.

(78) Esta situación persiste hasta ahora, tal como observa FRISCH, "Zum gegewärtigen Stand...", p. 728.

(79) KAUFMANN, Armin, p. 251 y ss.

adecuada interpretación del concepto de "dolo". Así ocurriría en los casos de "cursos causales exóticos", donde no habría "dolo"[80]; y en el problema de la "producción del resultado por un tercero", se trataría de la "dominabilidad" de los hechos, es decir, el sujeto no tendría el "dominio del hecho"[81]. En otros casos (como el del "tío rico" o la "fabricación de automóviles"), se trataría de "adecuación social".

Las críticas más recientes de los herederos del finalismo no varían mucho[82]. Se sigue afirmando, primero, la falta de necesidad de la teoría de la imputación objetiva por el hecho de que los problemas propuestos pueden ser solucionados con el instrumental tradicional; y, segundo, la imposibilidad de que pueda ser ejecutada antes de analizar el tipo subjetivo. Una objeción adicional es, tercero, la afirmación de que, debido a su exceso de "normativismo" la teoría de la imputación objetiva sería incluso "peligrosa".

La primera objeción ("falta de necesidad") equivale prácticamente a una cuestión de fe, pues la necesidad de un "filtro objetivo" es indispensable sea cual sea el esquema metódico que se siga; y tampoco los finalistas pueden evitar recurrir a este "filtro objetivo", aunque lo denominen de otra manera y lo ubiquen en otro lugar[83]. En los delitos imprudentes, tal filtro objetivo es indefectiblemente de carácter normativo y se manifiesta dentro de la "infracción del deber de cuidado" (también pueden reconocerse otros "filtros" en la "relación de antijuricidad")[84]; en los delitos dolosos, los criterios "ontológicos" ofrecidos por los finalistas ("poder del hecho" o "dominabilidad del hecho") no son claros y, en todo caso, para concretarse necesitan, a su vez, recurrir a criterios normativos[85]. Incluso cuando los finalistas subjetivizan el elemento objetivo para tratarlo en el tipo subjetivo, admitiendo una "volun-

---

[80] Como observa FRISCH, en esto hay una coincidencia con la tesis inicial de Honig; ver "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 727. MAIWALD considera incluso expresamente que la postura de Honig sería la única correcta, ver p. 465 y ss.

[81] HIRSCH, "Zur Lehre...", p. 139 y ss.

[82] Entre otros, consultar las críticas de HIRSCH, p. 131 y ss, 139 y ss.; SAMSON, p. 587 y ss., 594, 598. Ver la exposición de la crítica finalista y más referencias bibliográficas en FRISCH, "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 731 y ss.; KÖHLER, resaltando fuertemente una "imputación subjetiva", p. 65 y ss., 81.

[83] Esto lo ha reconocido expresamente HIRSCH, uno de los más eximios finalistas; ver "Zur Lehre...", p. 119, 131 y ss., 139 y ss. Al respecto ver en la contracrítica de FRISCH, en: "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 731; ídem, "Faszinierendes...", p. 220 y s., 227 y ss.

[84] FRISCH, "Faszinierendes...", p. 221.

[85] FRISCH, "Faszinierendes...", p. 221 y s. JAKOBS ha demostrado de manera contundente cómo el criterio propuesto por Hirsch de la "dominabilidad objetiva", cuando trata de ser precisado para su aplicación práctica, no puede dar respuesta a una serie de casos "duros" y, si lo hiciera, tendría que "abrirse" de tal manera que, al igual que la teoría dominante, constituiría una "cura posterior". Ver "Bemerkungen...", p. 45 y ss., esp. 54.

tad de realización" como criterio del dolo, esto no deja de ser engañoso[86], pues, en realidad, al concretar este elemento subjetivo, se tiene que recurrir a un concepto de base objetiva como la "previsibilidad" o la "equivalencia" de cursos causales[87].

La segunda objeción –la imposibilidad de la imputación objetiva por presuponer siempre elementos del dolo– tampoco convence, pues si bien la persona debe "conocer" las circunstancias relevantes del peligro para poder imputársele la creación de un riesgo desaprobado, este conocimiento juega un papel secundario y a veces ni siquiera tiene que estar presente (en ocasiones basta la posibilidad de haber conocido); por lo demás, las circunstancias del peligro y los parámetros para medirlo son de naturaleza plenamente objetiva[88]. Finalmente, en la actualidad se ha llegado a la conclusión de que lo objetivo y lo subjetivo no pueden separarse por completo en el sentido naturalístico; un esquema que quiera hacer esto no podrá apreciar adecuadamente un objeto en el cual se trate de lo justo o lo injusto en el sentido de conducta desvalorada por el Derecho[89].

Lo "subjetivo" no puede, entonces, reemplazar la necesidad de un núcleo objetivo del injusto; algo que se manifiesta claramente en la "consumación": por más que estén dados los elementos subjetivos no se puede hablar de consumación, en el sentido de la ley, de los delitos de resultado si, objetivamente, no se ha producido el resultado típico[90]. Es evidente que pueden haber casos en los que el sujeto activo haya conocido y querido (como dolo directo o, más probable, como dolo eventual) la producción del resultado típico, pese a lo cual, el más elemental sentido de justicia tiene que llegar a la conclusión de que el Derecho no puede haber querido una punibilidad; p. ej. en casos de cursos causales inusuales (dolo directo en el caso del "tío rico") o de la autorresponsabilidad de la víctima (caso de la entrega de droga seguida de una sobredosis)[91]. Y estos casos no se pueden resolver manipulando el concepto de "dolo" pues, al hacerlo, se tienen que incluir, en dicho concepto, elementos de carácter objetivo (con lo que se reconocería precisamente lo exigido por la teoría de la imputación objetiva) que, a su vez, necesitan de una mayor

---

[86] FRISCH critica que se tome el "reflejo" de lo objetivo como si fuera un elemento subjetivo; ver "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 731 y nota 61.

[87] FRISCH, "Faszinierendes...", p. 228.

[88] FRISCH; "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 733 y s.; "Faszinierendes...", p. 230 y s.

[89] Cfr. FRISCH, "Faszinierendes...", p. 231.

[90] Cfr. FRISCH, "Faszinierendes...", p. 226 y ss., esp. 228.

[91] FRISCH, "Faszinierendes...", p. 227 y s.

precisión normativa, tal como ya se dijo arriba. El deseo de proporcionar criterios "ontológicos" –supuestamente más claros que los "normativos"– como "poder del hecho" o "equivalencia de lo querido con el curso real" no puede prosperar, porque estos criterios, al no ser tan claros, no pueden garantizar la seguridad jurídica, tal como lo demuestra ya la gran discusión en torno al criterio de la autoría: "dominio de hecho"(92).

Con esto último, también se rechaza la tercera objeción; aquella que afirma el supuesto "peligro" de una excesiva normativización a través de la imputación objetiva. Es contradictoria tal afirmación pues no puede negarse que aquí se trata de dar soluciones correctas empleando criterios jurídicamente acertados y si, como solución los finalistas ofrecen criterios ontológicos vagos como el "poder de hecho" (que necesitan finalmente una concreción normativa)(93). Si se admite la inevitabilidad de recurrir a criterios "normativos" para dar soluciones correctas a problemas prácticos, lo lógico es tratar, en lo posible, de concretar estos criterios y evitar las inseguridades(94).

Una crítica finalista adicional ha buscado limitar la posibilidad de la "imputación objetiva" a los delitos culposos, pues la "creación de un riesgo desaprobado" no sería compatible con los "delitos dolosos", ya que en muchos de ellos no bastaría con la mera "creación de riesgos desaprobados", en el sentido de conductas usuales socialmente, para la tipicidad(95). Pero esto sólo quiere decir que existen tipos penales, en los cuales, la "creación de un peligro desaprobado" constituye solamente uno de los criterios que debe cumplirse para que se produzca la tipicidad objetiva, que el "riesgo desaprobado" tiene que ser uno especial(96).

También se ha pretendido reemplazar la "creación de riesgo desaprobado" con el "dominio del hecho", pues en muchos ejemplos (el "tío rico") esto último faltaría y ayudaría a resolver el problema(97). Pero si la conducta ya por sí misma no puede ser desaprobada, no se tiene por qué recurrir al criterio de "dominio del hecho" (98), que por lo demás solamente ayuda a excluir la autoría y no dice nada aún sobre el carácter punible del hecho.

---

(92) FRISCH, "Faszinierendes...", p. 229.

(93) Cfr. FRISCH, "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 732.

(94) FRISCH, "Faszinierendes...", p. 221, 222.

(95) HIRSCH, "Zur Lehre...", p. 119, 133 y ss.

(96) FRISCH, "Faszinierendes...", p. 227.

(97) HIRSCH, "Zur Lehre...", p. 136 y s.

(98) SCHÜNEMANN, "Über die objektive Zurechnung", p. 228; FRISCH, "Faszinerendes...", p. 227.

En última instancia, aunque las soluciones propuestas por los críticos finalistas también sean sistemáticamente posibles, se trata aquí de decidir si es preferible tratar todos estos problemas dentro de un solo capítulo, ubicado en el tipo objetivo, o la solución a cada uno de los casos tiene su lugar en distintos lugares de la misma tipicidad y, a veces, en distintas categorías del delito. ROXIN ha afirmado que la primera vía es la sistemáticamente correcta y necesaria por política criminal, pues en este caso, ya desde el principio, se excluyen del ámbito penal (negando la tipicidad) una serie de conductas inocuas, no necesitadas de pena o incluso valiosas socialmente. En los últimos tiempos, como los propios finalistas han comenzado a reconocer la necesidad de "filtros objetivos" en la tipicidad, su crítica se ha atenuado y se dirige más bien ahora a la supuesta falta de "objetividad" de los criterios de "imputación objetiva" propuestos por la doctrina dominante(99).

7. Conclusiones

Aunque todavía no existe un consenso en muchos detalles acerca de la imputación objetiva, sí hay una clara doctrina dominante que afirma su necesidad y la ubica como "correctivo posterior" en la tipicidad objetiva. Las críticas que se dirigen contra esta doctrina, o bien son infundadas; o llegan al final a las mismas soluciones en otras partes de la estructura analítica del delito (aunque con una fundamentación poco convincente basada en lo subjetivo); o inclusive, en última instancia, pueden identificarse también con la "imputación objetiva"(100). La discusión continúa aún, sobre todo en lo que se refiere a la "organización interna" de los criterios de la imputación objetiva y a los límites de cada uno de los criterios, en especial en cuanto se trata de "cursos causales alternativos" y el criterio de "radio de acción (alcance) del tipo", pero también en cuanto a la identidad de criterios de imputación objetiva para delitos dolosos e imprudentes(101).

Finalmente, la crítica de que la "imputación objetiva" ofrecería conceptos poco nítidos no acierta, porque parte de la creencia de que sería posible obte-

---

(99) Observación de FRISCH, "Faszinierendes...", p. 220 y s.

(100) Como recientes intentos de comprender la crítica finalista, en especial la de Hirsch, como una visión desde un punto de vista distinto, pero compatible con la teoría de la imputación objetiva, consultar SCHÜNEMANN, p. 207 y ss., 227 y ss.; JAKOBS, "Bemerkungen...", p. 45 y ss., 53 y ss.

(101) Esto último todavía es algo más bien aislado. Ver al respecto SCHÜNEMANN, quien coincide con la crítica de Hirsch pero, a diferencia de este, considera que sí es posible aplicar criterios de imputación objetiva en los delitos dolosos, aunque estos no deben ser idénticos a los de los delitos culposos; en especial el "riesgo permitido" debería ser definido de manera más estricta cuando el autor actuare con intención de lesionar, dominara él solo la producción del riesgo y no dejara posibilidades de autoprotección a la víctima (la doctrina dominante llegaría a la impunidad en estos casos); "Über die objektive Zurechnung", p. 219 y ss., 228 y s.

ner conceptos enteramente precisos. Es inevitable que exista una cierta indefinición en las zonas marginales de los criterios de imputación objetiva, pues con ella se trata precisamente de incluir en el análisis jurídico-penal situaciones ubicadas en "zonas grises", es decir, que no se encuentran normadas y que se refieren a ámbitos de vida dinámicos con constantes retardos y desarrollos; aquí lo falso sería pretender trazar una línea definida[102].

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: "A manera de presentación: nociones preliminares", en: Roxin, "La imputación objetiva en el Derecho penal", Lima, 1997, p. 13 y ss.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Die objektive Zurechnung", Libro Conmemorativo a Armin Kaufmann, p. 1989, p. 213 y ss.

FRISCH, Wolfgang: "Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre", Goltdammer's Archiv 2003, p. 719 y ss.; "Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs", en: Libro-Homenaje a Claus Roxin, Berlín, 2001, p. 213 y ss.

GROPP, Walter: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 2da. edición, Berlín, 2001.

HIRSCH, Hans-Joachim: "Zur Lehre von der objektiven Zurechnung", en: Libro-Homenaje a Theodor Lenckner, Múnich, 1998, p. 119 y ss.

JAKOBS, Günther: "El concepto jurídico-penal de acción", en: "Bases para una teoría funcional del Derecho penal", Lima, 2000; "Bemerkungen zur objektiven Zurechnung", Libro-Homenaje a Hans-Joachim Hirsch, Berlín, 1999, p. 45 y ss.; "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 2da. edición, Berlín, 1993 (traducción al español: editorial M. Pons, Madrid, 1995).

JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: "Lehrbuch des Strafrechts A. T.", Berlín, 1996 (traducción al español de la 4ta. edición alemana., editorial Comares, Granada, 1993).

KAUFMANN, Armin: "'Objektive Zurechnung' beim Vorsatzdelikt?", Libro-Homenaje a H.-H. Jeschek, tomo I, Berlín, 1985, p. 251 y ss. (traducción al español: "¿Atribución objetiva en el delito doloso?" Anuario de Derecho Penal y CC. PP., 1985, p. 807 y ss.

KÖHLER, Michael: "Der Begriff der Zurechnung", en: Libro-Homenaje a Hans-Joachim Hirsch, Berlín, 1999, p. 65 y ss.

KÜHL, Kristian: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 4ta. edición, Múnich, 2002

MAIWALD, Manfred: "Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung", Libro-Homenaje a Koichi Miyazawa, Baden-Baden, 1995, p. 465 y ss.

---

[102] Así JAKOBS, "Bemerkungen...", p. 52, nota 25.

PUPPE, Ingeborg: "Brauchen wir eine Risikoerhöhungstheorie?", en: Libro-Homenaje a Claus Roxin, Berlín, 2001, p. 287 y ss.; "Die Lehre von der objektiven Zurechnung", Jura 1997, p. 408 y ss. (primera parte); 513 y ss.(segunda parte); 624 y ss. (tercera parte); y Jura 1998, p. 21 y ss. (cuarta parte); "Strafecht. Allgemeiner Teil, tomo I", Baden-Baden, 2002.

ROXIN, Claus: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 2da. edición, tomo I, Múnich 1994 (traducción al español de la primera edición alemana: "Derecho penal. Parte general", editorial Civitas, Madrid, 1997); "Dogmática penal y política criminal", Lima, 1998.

SAMSON, Erich: "Erfolgszurechnung und Risiko", Libro-Homenaje a Klaus Lüderssen, Baden-Baden, 2002, p. 587 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd: "Über die objektive Zurechnung", Goltdammer's Archiv 1999, p. 207 y ss.; Observaciones a la resolución del BGH del 03-05-84, en Strafverteidiger 1985, p. 229 y ss.

STRATENWERTH, Günter: "Strafrecht. Allgemeiner Teil I", 4ta. edición, Colonia, 2000.

WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 33ra. ed., Heidelberg, 2003 (la traducción al español –ya desactualizada por los sucesivos cambios de la obra– data de 1980, Buenos Aires, 1980).

Teoría de la imputación objetiva y participación delictiva[*]

Es para mí una gran alegría a la vez que un desafío intelectual, contribuir a este homenaje analizando un tema al cual el ilustre homenajeado y amigo César Augusto PAREDES VARGAS ha dedicado especial atención, sobre todo en su pionero trabajo de maestría[1]. Es conocido el entusiasmo y desprendimiento con los cuales el homenajeado ha venido ayudando a jóvenes investigadores y colegas. Yo mismo me he contado entre los beneficiarios. Es así que, gracias a su insistencia y apoyo, pude ofrecer al lector peruano y latinoamericano ya en 1997 la traducción de un capítulo del Manual de Claus Roxin (hasta entonces no traducido ni publicado en Hispanoamérica); precisamente del capítulo referido a la imputación objetiva[2]. Resulta pues pertinente ofrecerle en este homenaje una revisión actualizada del tema que tanto lo ha fascinado.

Cuando el homenajeado escribió su tesis doctoral, la teoría de la "imputación objetiva" todavía constituía una novedad en el ámbito hispanoamericano, aunque en Alemania ya era doctrina dominante. Desde entonces y hasta la fecha, pese a que todavía existen posiciones minoritarias que la rechazan, esta teoría ha sido ampliamente admitida en la doctrina. No obstante, se sigue discutiendo sobre sus alcances dentro de la tipicidad y, conjuntamente con posiciones normativistas, sobre su influencia en la teoría de la autoría y participación. Sobre el primer punto, me he pronunciado hace algún tiempo[3] y existe, por lo demás, abundante material disponible en nuestro idioma. Pero sobre el segundo punto, hasta donde alcanzo a ver, todavía no ha habido mayor discusión en nuestro medio. Esto tratará de indagarse a continuación.

---

[*] Artículo publicado en el LH a César Paredes Vargas, Lima, 2012, p. 23-59.

[1] "La imputación objetiva en el Derecho penal", tesis de Maestría, UNMSM, Lima, 1997.

[2] ROXIN/DE LA CUESTA AGUADO/ABANTO VÁSQUEZ, "La imputación objetiva en el Derecho Penal", Lima, 1997, pp. 88-186). Una reedición mejorada y ampliada con nuevos artículos de Roxin sobre el tema se encuentra proyectada para principios del año 2012.

[3] "A manera de presentación..." (1997) y "El estado actual..." (2004) [en esta compilación: p. 317-344].

1. La importancia de la imputación objetiva para la teoría del delito

Para ubicar y entender mejor el problema planteado, o sea, la influencia de la imputación objetiva en la autoría y participación, conviene resumir primero sus bases teóricas, revisar brevemente las críticas, y exponer algunas doctrinas particulares, especialmente las que atañen al tema que nos ocupa.

a) Desarrollo y propuestas de la imputación objetiva

Como es sabido, el problema que motivó el desarrollo de la teoría de la "imputación objetiva" parte de la necesidad de querer restringir el tipo objetivo a aquellos casos que realmente interesan al Derecho penal, o sea excluir desde el principio (ya en la tipicidad o incluso antes) de manera dogmático-penal consistente, razonable, aquellos cursos causales inusuales u otros casos que no deberían ocupar al Derecho penal. Uno de los primeros en ofrecer una solución razonable para el área penal (aunque recurriendo a un ámbito prejurídico) fue Richard HONIG, quien sentó las bases de la actual teoría dominante al reconocer la necesidad de una "valoración del hecho" para restringir desde el principio (o sea en la tipicidad, antes de la "valoración del sujeto") aquellas conductas que el Derecho reprime penalmente (el "objeto de valoración")[4]. Pero recién en los últimos años y sobre todo por influencia de los aportes de Claus ROXIN[5], se ha alcanzado un desarrollo de la teoría que constituye ahora doctrina dominante bajo la siguiente forma: en los delitos de resultado, a partir de la verificación de la causalidad de la conducta como condición, necesaria aunque no suficiente, se deberán aplicar criterios normativos para determinar la "importancia jurídica del curso causal"[6]; estos criterios llevarán a excluir

---

[4] Más datos respecto a las tesis de Honig, c. más refs. KAHLO, "Überlegungen...", p. 257 y ss.; resaltando las coincidencias con su propia propuesta, KINDHÄUSER, "Der subjektive Tatbestand...", p. 453 y ss.; atribuyendo el concepto incluso antes a Larenz, ver HAAS, "Die strafrechtliche Lehre...", p. 193 y ss.; también ABANTO VÁSQUEZ, "El estado actual...", p. 7 y s., 9 y ss. [en esta compilación: p. 317 y s., 319 y s.].

[5] Como también se reconoce entre los críticos. P. ej. HAAS afirma: "Roxin ha llevado consecuentemente hasta el final la normativización metodológica del concepto de imputación objetiva que ya se estaba manifestando en Honig" [traducción libre]; "Die strafrechtliche Lehre...", p. 198; igualmente AICHELE reconoce "carácter representativo" a la versión roxiniana de la imputación objetiva y la toma de modelo para someterla luego a una dura crítica; "Ex contradictione...", p. 261.

[6] La doctrina dominante procede de maneras distintas para analizar la *causalidad* de la conducta partiendo de la teoría de la condición (equivalencia de condiciones) que inicialmente se concretaba con la fórmula de la "conditio sine qua non", la cual encontraba problemas ante casos problemáticos, en especial de "causalidad de reserva" y "causalidad cumulativa". O bien se corrige la fórmula de la "conditio sine qua non" exigiendo que el análisis se restrinja a resultados y cursos causales "en su forma concreta" para verificar si el factor causal colocado por el autor "realmente ha tenido efecto"; o bien se aplica la fórmula elaborada ya en 1931 por ENGISCH (denominada "fórmula de la condición conforme a las leyes") y que admite la causalidad "si a una acción se han unido, temporalmente después, modificaciones en el mundo exterior que estaban necesariamente vinculadas con la acción según las leyes naturales conocidas por nosotros". Esta última concepción constituye en la actualidad doctrina dominante aunque con distintos matices en la formulación. Ver al respecto, JESCHECK/WEIGEND, p. 283; ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, § 11 B, n. marg. 3 y

del tipo objetivo todas aquellas conductas causales que no demostraran guardar una "relación de riesgo" con el resultado producido. Por sus resultados, la imputación objetiva actúa como un "correctivo", un "filtro", aplicado a los delitos de resultado, para determinar si el resultado derivado de la acción típica tendría implicancias penales por haber derivado en la creación de un riesgo desaprobado, la realización del riesgo desaprobado o por encontrarse dentro del alcance (o radio de acción) del tipo. En términos dogmático-penales, la imputación objetiva consiste en una "figura estructuradora del injusto" que, partiendo de la tarea del Derecho penal ("prohibir aquellas conductas que, de manera intolerable, sean peligrosas para los bienes jurídicos protegidos por el tipo"[7]), con una "lógica concluyente (...) aporta precisamente lo que otras concepciones no han podido hasta ahora: la producción de una relación teleológica y político-criminal entre los elementos de la teoría del injusto"[8].

En concreto, según la versión sugerida por Claus ROXIN[9], en el *primer grupo* se analizan primero los casos de "disminución de riesgo" (evitar un daño mayor, pero causando dolosamente un daño menor a la víctima); de "falta de creación de un peligro jurídicamente relevante" (p. ej. casos de elevación mínima del riesgo o de inducción a realizar actividades cotidianas). También entran aquí los casos de "cursos causales hipotéticos" que, en los delitos dolosos, son por lo general irrelevantes, pues nadie puede defenderse diciendo que si él no hubiera cometido el delito, otro hubiera ejecutado los mismos hechos ("si yo no hubiera hurtado el bien, otro lo hubiera hecho"). En los casos en que el

---

ss., 15; LENCKNER/EISELE, c. más refs., en Schönke/Schröder, com. previos §§ 13 y ss., n. marg. 75; resumidamente, KUDLICH, relativizando las diferencias entre una y otra teoría de la causalidad ("dos caras de la misma medalla", porque ambas presuponen el conocimiento del curso causal), p. 682 y ss.; al respecto y c. más refs. también KINDHÄUSER, "Strafrecht AT", § 10, n. marg. 13 y ss. Críticamente ("la teoría de la causalidad es extraña al sano sentido común al igual que impracticable, disfuncional y contradictoria en sí misma"), AICHELE, "Ex contradictione...", p. 262 y ss., 265.

[7] Cfr. ROXIN, "Streitfragen...", p. 724.

[8] ROXIN, "Streitfragen...", p. 724.

[9] Ver ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, § 11 B, n. marg. 44 y ss., con refs. a la doctrina dominante que sigue esta concepción en sus aspectos básicos, ibídem, n. marg. 50 y s. De manera similar, aunque con diferencias de detalle, JESCHECK/WEIGEND, p. 277 y ss., 286 y ss., 582 y ss.; KÜHL, "Strafrecht AT", § 4, n. marg. 36 y ss.; LENCKNER/EISELE en Schönke/Schröder, com. previos §§ 13 y ss., n. marg. 91 y ss.; SCHÜNEMANN, "Über die objektive Zurechnung", p. 207 y ss., 221 y ss.; KUDLICH, p. 684, columna derecha, y ss. También pueden incluirse dentro de este marco general de la doctrina dominante, que acusa la necesidad de correctores normativos bajo el concepto de imputación objetiva, a otros autores que muestran divergencias más acusadas pero que, con la misma finalidad restrictiva de la tipicidad, utilizan una teoría de "imputación objetiva"; entre otros ver c. más ref. FRISCH, "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 772 y ss.; ídem: "Objektive Zurechnung", p. 22 y ss.; KINDHÄUSER, "Strafrecht AT", § 11, n. marg. 2 y ss.; "Zum sog...", p. 397 y ss., 415 y s. KAHLO, "Uberlegungen...", p. 262 y ss., y JAKOBS, "Strafrecht AT", sección 7, n. marg. 5 y ss., esp. n. marg. 35 y ss. En el Perú se suele exponer la versión "dominante" de la teoría, c. más ref. de doctrina y jurisp. peruanas hasta 1997, ABANTO VÁSQUEZ, "A modo de presentación...", p. 20 y ss., 42 y ss.; "El estado actual...", p. 9 y ss. [en esta compilación: p. 319 y ss.] Ver refs. más recientes sobre esta doctrina dominante en Alemania en DOLD, p. 785 y ss. (las refs. actuales en las notas al pie 1 y 2) y LENCKNER/EISELE en Schönke/Schröder, com. previos §§ 13 y ss., n. marg. 91a.

actor reemplazara con su acción un curso natural (p. ej., matar a quien está a punto de morir por un derrumbe), es discutible si debería haber punibilidad (Roxin la admite, pero remite a la antijuricidad). En cambio, no debería haber imputación objetiva cuando se trataran de meras modificaciones de "cursos causales naturales" (el sujeto, ante la alternativa de que el resultado dañoso se produzca, actúa haciendo que se inicie otro curso causal que lleva al mismo resultado). El último subgrupo se refiere a los casos de "riesgo permitido", es decir, cuando se tratare de conductas que crean un riesgo jurídicamente relevante pero que, de manera general, están permitidas (acciones respetuosas de las leyes en el tráfico rodado, las actividades industriales, deportes riesgosos, actividad médica, etc.). En el *segundo grupo*, tienen cabida los casos en los cuales el peligro creado no se ha realizado por la acción del actor; el resultado ha sido realizado por un suceso trágico, casual o por otra persona; p. ej. cuando el herido por la acción de matar del actor muere en un accidente de la ambulancia que lo transportaba o por un incendio en el hospital donde se estaba recuperando de la herida. En el subgrupo de "falta de realización del riesgo permitido", se excluye la imputación objetiva sea porque la trasgresión del riesgo permitido no influye para nada en el resultado (caso del "pelo de cabra"), sea porque no ha habido elevación del riesgo con la transgresión (p. ej., exceso de velocidad inicial al que sigue el respeto de la velocidad preceptuada, momento en el que se atropella a un niño imprudente), o se trate de desarrollos exóticos de los hechos (adelantar a excesiva velocidad a otro que, por ello, sufre un ataque al corazón y muere). El tercer subgrupo se refiere a resultados no cubiertos por el "fin de protección de la norma" (caso de los dos ciclistas sin luz, caso del dentista y la anestesia), y el cuarto, a la "conducta alternativa ajustada al Derecho" que tampoco o probablemente tampoco hubiera evitado el resultado causado por la conducta infractora (caso del "ciclista ebrio", del "Mofa", del "dentista imprudente", o de la conducción sin licencia). Por último, en el *tercer grupo*, el más indefinido y reciente de todos, lo que interesa es determinar si la norma subyacente al tipo penal quería evitar los resultados producidos por la conducta del sujeto, pese a que esta conducta aparentemente estaría descrita en el tipo. Luego si se comprobare que tal resultado no estaba dentro del "radio de acción de la norma" usualmente será posible excluir la imputación objetiva en casos como los siguientes: "participación en una dolosa autopuesta en peligro" (desafío a carrera de motociclistas, entrar a ayudar a un hospital en cuarentena e infectarse mortalmente ahí, proporcionar heroína a otro quien muere luego por una sobredosis, etc.); "puesta en peligro de otro admitida por éste" (pedir transporte a un barquero pese a la fuerte tormenta, tener relaciones sexuales con un enfermo de SIDA a sabiendas de ello, insistir a quien está ebrio que lo lleve en su automóvil a casa, etc.); "atribución a un ámbito ajeno de responsabilidad" (caso del camionero sin luz y la policía

interviniente, rescatadores que mueren en un incendio ocasionado imprudentemente por otro, lesionar a otro que muere por una negligencia médica, etc.); "daños de shock y secuelas de un primer daño".

b) Discusión y crítica

Pese a la gran difusión de esta versión de la imputación objetiva, no todos sus seguidores están de acuerdo en todos los puntos. Entre los temas más discutidos se encuentran la relación o delimitación entre "causalidad" e "imputación objetiva"(10), así como la separación de un criterio previo a la imputación objetiva denominado "acción prohibida"(11). Esto, obviamente, influirá después en la construcción y delimitación de cada uno de los criterios de imputación objetiva para la solución de los casos problemáticos. No es raro por eso que, dentro de los seguidores de esta doctrina, se discuta fuertemente también sobre los alcances de algunos subcriterios, en particular en el marco de la realización del riesgo (especialmente, el problema de las "desviaciones causales" y los "cursos causales hipotéticos")(12), la necesidad

---

(10) PUPPE, p. ej. cree posible solucionar muchos problemas de imputación objetiva a través de un entendimiento correcto de la "causalidad" que aislaría la "causa individual" del total de causas partiendo de una "condición suficiente" sobre la base de reglas generales provenientes de las ciencias naturales, reglas de la experiencia, etc. Este entendimiento de la "causalidad" solucionaría ya a ese nivel casos que son vistos por la doctrina dominante como de "imputación objetiva" (p. ej. los casos de "realización del riesgo en el resultado" y "ámbito de protección de la norma") y, por otro lado, restringiría el ámbito de aplicación de otros criterios de imputación objetiva reconocidos para absolver inmerecidamente (casos de autorresponsabilidad de la víctima y de responsabilidad de terceros); ver PUPPE, Jura 1997, p. 408 y ss., 415; "Brauchen wir...", p. 287 y ss., 292 y ss., esp. 295. Ver una exposición resumida de esta concepción, c. más refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Estado actual...", p. 17 y ss. [en esta compilación: p. 326 y ss.] Dentro de una concepción diferente, los seguidores de la teoría de los "derechos subjetivos" también parte de una concepción peculiar de la "causalidad"; al respecto ver más adelante en 1c.

(11) FRISCH sostiene la necesidad de separar de la imputación objetiva algunos criterios (sobre todo la "creación del riesgo") para ubicarlo dentro de un concepto (penal) de "causalidad" distinto o de un concepto previo de "conducta prohibida": el elemento "creación de riesgo desaprobado", por su naturaleza, no tendría nada que ver con una "imputación", sino con la "extensión y los límites de la libertad jurídica" (la "conducta"), una cuestión que antecede a la imputación y que puede plantearse incluso antes de la actuación de las personas, aparte de que seguiría diferentes principios; ver FRISCH, "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 734 y s., 743; *ídem*, "Faszinierendes...", p. 232, 235 y ss.; más al respecto resumidamente sobre esta concepción y las críticas a ella, c. más refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "El estado actual...", p. 24 y ss. [en esta compilación: p. 333] Sobre la crítica de FRISCH, refutándola con acierto ver al propio ROXIN ("siempre" es un problema de "imputación" con separación en dos niveles o sin ella, aparte de que no se puede separar entre desvalor de la acción y desvalor del resultado), "Strafrecht AT", tomo 1, § 11B, n. marg. 51), "Streitfragen...", p. 729 y s.,; SCHÜNEMANN (en un delito de resultado no se puede separar la creación del riesgo de su realización), "Über die objektive Zurechnung...", p. 216, y a HAAS, c. más refs. ("mero problema aparente", no consigue "un cambio de paradigma", pues no consigue separar, como pretende, la perspectiva ex-post de la ex-ante), "Die strafrechtliche Lehre...", p. 202. Por lo demás, también JAKOBS, cuya posición se analiza más abajo (en 4), postula una creación separada y previa de la "conducta típica" que él denomina del "contenido del tipo"; cfr. "Bemerkungen...", p. 45.

(12) Para los casos de "desviaciones causales" (p. ej. el caso del "pilar de puente", en el que la víctima no muere ahogada en el río, como era el plan del autor, sino por el golpe con el pilar del puente) se proponen soluciones muy dispares, pues mientras algunos consideran relevante la desviación y solamente admiten una "tentativa", otros consideran irrelevante la desviación y admiten "consumación"; c. más refs. y en sentido de la última solución, ver ROXIN,

de algunos criterios de imputación objetiva o incluso de criterios adicionales (ámbito de protección de la norma, autopuesta en peligro, etc.)[13]. Pero uno de los criterios más discutidos en Alemania, pese a su reducida importancia práctica, ha sido últimamente el de la "disminución del riesgo"[14]. Finalmente, todavía se discute, aunque ahora cada vez menos, sobre la *ubicación* de los criterios de imputación objetiva (¿antes de la tipicidad, dentro de la tipicidad o en la antijuricidad?)[15].

Además de estas discusiones dentro de la teoría, subsisten críticas de principio contra la "imputación objetiva". Las críticas más fuertes provenían y se sostienen aún por los seguidores de la corriente *finalista*. Los finalistas tradicionales han negado siempre todo derecho de existencia a la "imputación objetiva"; para ellos no habría necesidad (o sería sistemáticamente imposible) un "filtro ob-

---

"Strafrecht AT", tomo 1, § 11 B, n. marg. 70; también en este sentido, con un análisis lógico-estadístico, DOLD, p. 785 y ss., 801 y ss. En el caso de los "cursos causales hipotéticos", o sea cuando el resultado también se hubiera producido por una conducta alternativa, especialmente si esta se hubiera ajustado a Derecho (p. ej. caso del ciclista ebrio), ROXIN propone la aplicación de su teoría del "incremento de riesgo", para la cual tendría que haber de todos modos imputación objetiva cuando la conducta analizada (la infractora) hubiera "incrementado" el riesgo de la producción de este resultado (el ciclista ebrio sería punible), ver "Strafrecht AT", tomo I, § 11 B, n. marg. 89 y ss. Pese a la gran cantidad de seguidores de esta doctrina (ver las refs. en ROXIN, ibídem, nota al pie 188), muchos autores critican que esto convertiría delitos de lesión en delitos de peligro y no respetaría el principio "in dubio pro reo"; ver entre otros, JAKOBS, Strafrecht A. T., sección 7, n. marg. 98 y ss.; KINDHÄUSER, "Risikoerhöhung..."; p. 481 y ss.; con más refs. sobre ambas posiciones, STERNBERG-LIEBEN, § 15, n. marg. 177 y ss., 179-179a. También la jurisprudencia alemana reconoce en general relevancia a los cursos causales hipotéticos y admite una "falta de causalidad" de la infracción del deber o de la relación de antijuricidad; ver, con comentarios críticos, en PUPPE (Jura 1997, p. 517 y ss.; "Brauchen wir..., p. 287 y s., 302 y ss.); y SCHÜNEMANN (StV 1985, p. 229). Para la contracrítica (sí existe relación causal y no es aplicable el principio in dubio pro reo, el cual solamente se referiría a la causalidad); cfr. ROXIN "Strafrecht. AT", tomo I, § 11 B, n. marg. 91 y ss.; también JESCHECK/WEIGEND, p. 584 y ss.; KÜPER, "Überlegungen...", p. 268 y ss., 284 y s.; KÜHL, "Strafrecht AT", § 4, n. marg. 46 y ss.. 58; LENCKNER/EISELE en Schönke/Schröder, com. previos § 13 y ss., n. marg. 97 y ss.; KAHLO, "Überlegungen...", p. 272 y s.; similar PUPPE, "Brauchen wir...", p. 287 y ss., 295, 301 y ss., 303; Jura 1997, p. 517 y ss.

[13] Los criterios de "autorresponsabilidad" y "responsabilidad de un tercero", también son discutibles y discutidos en la doctrina; ver ref. sobre las distintas soluciones alternativas ("capacidad de dirección y de objetivo del curso producido", el "principio de confianza" o la "adecuación social", etc.) en FRISCH, "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 723, nota 24; negando autonomía al criterio del "alcance del tipo", LENCKNER/EISELE en Schönke/Schröder, com. previos, arts. 13 y ss., n. marg. 92a. Más sobre la discusión en torno al contenido y a la necesidad de este criterio en HAAS, "Die strafrechtliche Lehre...", p. 200 y s.; KÜHL, "Strafrecht AT", § 4, n. marg. 83 y ss.

[14] Entre otros críticos, SAMSON, "Erfolgzurechnung und Risiko", p. 597; KINDHÄUSER, "Risikoerhöhung...", p. 481 y ss., 495. Sobre este criterio y sus variantes, KÜHL, "Strafrecht AT", § 4, n. marg. 53 y ss. ROXIN señala acertadamente que la crítica en parte se refiere a casos que no son de "disminución", sino de "traslado" del riesgo a otro (o a otros), como el caso del "guardavías", y en parte se trata de casos límite donde podría precisamente afirmarse que no hay disminución del riesgo. Y también enfatiza que estos casos auténticos de disminución de riesgo no deberían ser llevados a la antijuricidad (consentimiento presunto), sino resueltos ya en la tipicidad, pues no se crea con ellos un riesgo adicional, ni se trata de conductas típicas, ni tampoco está en duda la voluntad de salvación de la víctima; ver "Streitfragen...", p. 730 y ss.

[15] Al respecto cfr. ABANTO VÁSQUEZ, c. más refs. "El estado actual...", p. 12 y s. [en esta compilación: p. 322]. Hay propuestas para extender la imputación objetiva también al análisis de la antijuricidad, ver crítica y refs. de LENCKNER/EISELE, en Schönke/Schröder, com. previos §§ 13 y ss., n. marg. 91, al final. Aparte de esto también está la propuesta de MAIWALD, a la cual ROXIN ha respondido puntual y acertadamente en "Streitfragen...", p. 717 y ss.

jetivo" como ese[16]; antes bien creen que los problemas planteados podrían solucionarse sistemáticamente a través de una correcta interpretación de diferentes conceptos dentro de la construcción dogmático-penal (p. ej. en el "dolo" o en las "causas de justificacion", en los conceptos de "adecuación social" y "dominabilidad de los hechos")[17]. Adicionalmente se reprocha a la teoría de la imputación objetiva que, debido a su aparente vaguedad, permitiría al aplicador de la norma proceder libre y creativamente practicando política criminal disfrazada de dogmática penal, lo cual explicaría también su gran atractivo y difusión[18]. No obstante, pese a que las soluciones propuestas por los críticos finalistas también sean sistemáticamente posibles[19], es preferible, por política criminal tratar todos los problemas relacionados con los hechos dentro del tipo objetivo, a fin de excluir tempranamente del ámbito penal (negando la tipicidad) una serie de conductas inocuas, no necesitadas de pena o incluso valiosas socialmente. En los últimos tiempos, como los propios finalistas han comenzado a reconocer la necesidad de "filtros objetivos" en la tipicidad[20], su crítica se ha atenuado y se dirige más bien ahora a la supuesta falta de "objetividad" de los criterios de "imputación objetiva" propuestos por la doctrina dominante. El acercamiento parece ser mayor del que la diferente terminología haría suponer[21].

---

[16] SCHUMANN/SCHUMANN resumen esta crítica finalista en dos puntos: primero, la teoría de la imputación objetiva se basaría en un tipo objetivo identificado con el "injusto" cuando el tipo, en realidad, solamente describiría el "desvalor del resultado" y, por ello, no necesitaría limitación alguna (con criterios de imputación objetiva); y, en segundo lugar, sería errónea la perspectiva ex-ante de un observador acucioso, porque solamente estaría permitida la perspectiva ex-ante del sujeto activo; cfr. p. 550 y s.

[17] Estas críticas finalistas fueron expuestas básicamente ya por Armin KAUFMANN y son continuadas por otros. Cfr. A. KAUFMANN, p. 251 y ss.; HIRSCH, "Zur Lehre...", p. 139 y ss.; MAIWALD, p. 465 y ss.; SAMSON, p. 587 y ss.; SCHUMANN/SCHUMANN, p. 551 y ss.; HAAS, "Die strafrechtliche Lehre...", p. 209 y ss., 213 y ss.; KÖHLER, "Der Begriff...", p. 65 y ss. De manera amplia, en el marco de una crítica generalizada a las tendencias "normativistas", KÜPPER, "Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik", p. 83 y ss. Más refs. sobre la crítica finalista y respuesta a ella en ROXIN, "Strafrecht AT, § 11 B, n. marg. 46, n. marg. 105; FRISCH, "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 731 y ss.; *ídem*, "Objektive Zurechnung...", p. 210, columna izquierda, 220 y s., 227 y ss. También al respecto, ABANTO VÁSQUEZ, "El estado actual...", p. 30 y ss. [en esta compilación: p. 338 y ss.].

[18] Cfr. SCHUMANN/SCHUMANN, notas 9 y 11.

[19] P. ej. analiza los pros y contra de la concepción de MAIWALD (separación de la imputación objetiva en un aspecto objetivo, ubicado en la tipicidad, y en otro valorativo, situado en la antijuricidad; ver ibídem, p. 476 y ss.) y demuestra la superioridad de la teoría dominante de la imputación objetiva (entre otras cosas: la necesidad de una valoración para la "medición" del riesgo prohibido de manera general en la tipicidad y que es distinto de la ponderación específica de intereses de la antijuricidad), ROXIN, "Streitfragen...", p. 717 y ss. Ver allí también su análisis de otras críticas a la teoría de la imputación objetiva y propuestas alternativas, ibídem, p. 726 y ss. Los mismos finalistas han cambiado sus propuestas de solución a los casos planteados en la teoría de la imputación objetiva; ver en JAKOBS, "Bemerkungen...", p. 46 y s.

[20] HIRSCH lo ha reconocido para los delitos imprudentes, pero para los delitos dolosos pretende solucionar los casos problemáticos como un tema de la "tentativa"; ver "Zum Unrecht...", p. 515 y ss. FRISCH ("Faszinierendes...", p. 227) y ROXIN ("Streitfragen...", p. 729) manifiestan que lo principal es determinar el carácter desaprobado de la conducta; si ella, desde el principio no lo está, tampoco podrá nunca ser capaz de llegar a la consumación.

[21] Cfr. las conclusiones de SCHÜNEMANN al respecto, "Über die objektive Zurechnung", p. 227 y ss.

c) Modelos alternativos

Un modelo alternativo a la "imputación objetiva" tendría que revisar las premisas mismas en las que se basa la imputación objetiva, o sea su entendimiento del "bien jurídico" y de la "lesividad". En este sentido es interesante, también para los efectos ulteriores de la exposición, la propuesta de los seguidores de la corriente del Derecho penal como *lesión de derechos subjetivos* desarrollada por Ernst Amadeus WOLF sobre la base de la filosofía idealista (en especial Kant, Hegel, Fichte) y su recepción por FEUERBACH[22]. En esta línea, recientemente, HAAS, tras criticar lo que él denomina el "normativismo monista" de la doctrina dominante (una vinculación forzada del dogma del bien jurídico y la teoría de los imperativos)[23], sugiere, en el marco de una teoría individualista del Derecho de la responsabilidad penal, la necesidad de un modelo dualista de la teoría de las normas que diferencie entre "derechos privados subjetivos" y "normas de conducta de Derecho público", y recién entonces partir de un "concepto causal de provocar" (Kausalitätsbegriff des Bewirkens) para "definir el alcance de cada una de las posiciones jurídicas individuales": la causación consistiría en una "usurpación fáctica de derecho en relación con el derecho subjetivo afectado"[24]. Recién a este concepto peculiar de "causalidad" (causalidad de acción a partir de la libertad) le

---

[22] WOLFF, "Die Abgrenzung...", p. 162 y ss., 206 y ss. De manera resumida: "El delito es la lesión delineada de la confianza básica, constituida jurídicamente, y presupone que otro o el Estado sean lesionados de una forma ante la cual ellos no puedan estar preparados por sus propios medios en el marco de una existencia autoorientada que el ordenamiento jurídico ha admitido" (ibídem, p. 213); ver también "Das neue Verständnis...", p. 797 y ss., 806 y ss. Sobre las bases filosóficas de esta escuela y su influencia en el Derecho (penal), ZACZYK, "Über Begründung...", p. 509 y ss. Concretamente, para el Derecho penal esto tiene consecuencias metodológicas importantes. Así, uno de los más prominentes discípulos de E. A. Wolff, Michael KÖHLER, de manera gráfica, en su crítica al concepto de "bien jurídico" (que considera acertado como "fundamentación prepositiva material", así como correcta la distinción entre "objeto de bien jurídico" y "bien jurídico como concepto normativo") culmina afirmando que solamente tendría un valor como "concepto intermedio" para diferenciar entre los contenidos individuales e institucionales-sociales de las normas jurídicas; cfr. "Strafrecht AT", Kap. 1, 2.2, p. 25, Para KÖHLER, "El delito es la lesión del Derecho, realizada de manera objetivo-subjetiva, en su vigencia especial y de ley general ('como Derecho') en una magnitud que afecte de manera fundamental la autonomía jurídica de la persona o de la comunidad pertinentes", Kap. 1, 2, p. 22.

[23] La consecuencia que él critica sería, por lo visto, que, al colocarse en un mismo nivel principios jurídicos e intereses, y proceder con ayuda de una "ponderación de intereses", siempre saldría ganando, en el "cálculo" el "bienestar general", pues también los principios y derechos inviduales son definidos a partir de este bienestar general; HAAS, "Die strafrechtliche Lehre...", p. 203 y s. Esto atentaría contra el principio democrático, pues constituiría un ejercicio de poder estatal frente al individuo, en la búsqueda de intereses públicos, que no ha sido legitimado de manera especial; ibídem, p. 209.

[24] Cfr. HAAS, "Die strafrechtliche Lehre...", p. 215 y ss., 218 y ss.; siguiéndolo, RENZIKOWSKI, "Pflichten...", p. 572, 574 y s.; KAHLO, "Überlegungen...", p. 262 y ss. ROXIN critica que esto no pasaría de ofrecer la solución (restricción de las conductas típicas) a través de un concepto propio (manipulado) de "causalidad", cuyas desventajas ya fueron refutadas en relación con otros intentos similares; ver "Strafrecht AT", tomo 1, § 11 B, n. marg. 46, nota al pie 105. Sobre la crítica a las premisas de la teoría jurídica individual (concepto individualista de bien jurídico) provenientes de la Escuela de Fráncfort, ver ABANTO VÁSQUEZ, c. más refs., "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", Revista Penal (España), N° 18 (2006), pp. 3-44, esp. p. 35. [en esta compilación: p. 13-87, esp. p. 69 y s.].

serían aplicables criterios de imputación objetiva basados en un "incremento de riesgo" para el resultado de lesión a un bien jurídico penal (cambios que empeoran su situación en el sentido de hacer perder sus posibilidades de salvación o conservación)[25]. En igual sentido, procede Joachim RENZIKOWSKI, para quien las acciones típicas serían solamente aquellas que constituyesen la "afección de una relación jurídica" de lo cual resultaría necesario un "concepto causal individualista como base de un concepto restrictivo de autor"[26]. La diferencia con la teoría dominante de la imputación objetiva estaría en que ella operaría con categorías de "daños" (a bienes jurídicos), mientras que lo correcto sería operar con categorías de "relaciones jurídicas"[27]. En cambio, en el caso de los delitos imprudentes, los seguidores de esta teoría reconocen que sí sería necesaria la "imputación objetiva" para excluir los casos de conducta alternativa ajustada a Derecho[28].

Aunque en muchos puntos hayan coincidencias metodológicas con la doctrina dominante de los bienes jurídicos, los seguidores de esta corriente enfatizan la protección de intereses individuales (derechos subjetivos individuales) y, en aras de un entendimiento (extremadamente) individualista de la accesoriedad (fragmentariedad) del Derecho penal (como refuerzo adicional a la protección de derechos individuales protegidos expresamente en el Derecho civil y administrativo)[29] reducen ampliamente el campo de acción del derecho penal y, en general, del Derecho[30]. En este sentido rigen contra esta corriente también las críticas dirigidas contra la escuela de Fráncfort (que pretende reducir la protección penal a los bienes jurídicos individuales)[31], pero también, si se llegara a una ampliación (que RENZIKOWSKI insinúa) del entendimiento de "relaciones jurídicas" para abarcar dentro de ellas a los tradicionales bienes jurídicos colectivos (o supraindividuales) en el sentido de que aquí la colectividad sería el titular del derecho subjetivo[32], no habría mayores diferencias que las terminológicas con una teoría moderna de bienes jurídicos.

---

[25] KAHLO, "Überlegungen..." p. 262 y ss.; similar, HAAS, "Die strafrechtliche Lehre", p. 222.

[26] RENZIKOWSKI, "Pflichten...", p. 563, 575 y ss.

[27] RENZIKOWSKI, "Pflichten...", p. 572.

[28] HAAS, "Zurechnung als Operationalisierung...", p. 219 y ss.; RENZIKOWSKI, "Pflichten...", p. 575.

[29] Cfr. en este sentido RENZIKOWSKI, "Pflichten...", p. 570 y ss.

[30] Ver el análisis crítico de esta doctrina, acentuando especialmente su incompatibilidad con la protección (penal) del medio ambiente, STRATENWERTH, "Kritische Anfragen...", p. 495 y ss., 504 y ss.

[31] Cfr. c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", p. 35. [en esta compilación: p. 69 y s.].

[32] Cfr. RENZIKOWSKI, "Pflichten...", p. 569 y s.

Otra alternativa sería partir de la *imputación subjetiva* (de los delitos dolosos e imprudentes), donde se solucionaría los problemas planteados con la teoría de la imputación objetiva, lo cual haría también desaparecer la necesidad de una "imputación objetiva". Esto lo plantean los finalistas, para quienes "el juicio sobre la presencia de un injusto típico (...) es tomado a nivel del tipo subjetivo (...). La norma de prohibición, según la teoría personal del injusto debe extraerse no del tipo objetivo sino del subjetivo..."[33], o sea la prohibición se dirigiría a conductas relacionadas con las "representaciones del sujeto" y no con "realidades" (p. ej. conductas riesgosas para el bien jurídico según la teoría de la imputación objetiva)[34].

En parte coincide con esta solución también KINDHÄUSER quien, de conformidad con su propia teoría de la "acción intencional" sobre la base de la moderna filosofía del lenguaje, distingue, en la tipicidad, entre "realización objetiva del tipo" (objeto de la imputación) y la valoración situacional de la decisión en función de los conocimientos del actor (juicio de imputación)[35]. Es así que muchos casos planteados por la teoría de la "imputación objetiva" pretenden ser solucionados por él en el tipo subjetivo, de manera similar a los finalistas, cuando afirma que se trataría de un problema de definición del "dolo", el que se quiera ver un problema de tipicidad objetiva en los casos de riesgo permitido (simples esperanzas) y de realización del riesgo (límites de los conocimientos del actor)[36]. Pero él todavía encuentra espacio para la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en otros casos[37].

No es aquí el lugar apropiado para seguir el debate con estas teorías alternativas. Centrémonos ahora en lo que importa para el tema elegido: en qué medida todo esto o parte de esto se manifiesta en la autoría y participación.

2. Dominio del hecho e imputación objetiva

Tras la breve exposición de arriba se puede resumir que la doctrina dominante reconoce a la imputación objetiva la función de delimitar el hecho punible en la tipicidad objetiva de los delitos (dolosos) de resultado, basándose

---

[33] SCHUMANN/SCHUMANN, p. 546, 551 y ss., 560.

[34] Cfr. SCHUMANN/SCHUMANN, c. más refs. p. 547 y s.

[35] Cfr. KINDHÄUSER, "Der subjektive Tatbestand...", p. 450 y ss., 456 y ss., 467. Resumidamente: "El tipo objetivo caracteriza el *objeto*; el dolo y la imprudencia denominan las *razones de imputación* de la responsabilidad penal" [traducción libre, resaltados del original], ver ibídem, p. 449.

[36] Cfr. KINDHÄUSER, "Der subjektive Tatbestand...", p. 466 y s.

[37] KINDHÄUSER, Strafrecht AT, § 11, n. marg. 4 y ss.

para ello en analizar *casos de autoría*[38]. Y así se reconoce también en la literatura[39]. Y cuando se trata de la participación, para la doctrina mayoritaria, algunos criterios de imputación objetiva juegan a veces un papel autónomo a la hora de definir los límites entre la contribución punible y la impune. Sobre esto se volverá más adelante (en 5).

Aisladamente, algunos autores proponen el criterio de "dirigibilidad" (Steuerbarkeit) o *dominabilidad* (Beherrschbarkeit) del curso causal de los hechos para reemplazar a la imputación objetiva. En especial, los finalistas, en su crítica a la teoría dominante de la imputación objetiva se refieren a la "dominabilidad" de los hechos, identificándolo con el "dominio del hecho" de la autoría y participación, y criticando que en la primera no sea necesario que el dolo se extienda al conocimiento del curso causal (importante para el caso práctico de las desviaciones del curso causal), mientras que sí lo sea en el dolo de aquel sujeto que tiene "dominio del hecho" y constituye "autor"[40].

Pero pese a la confusión provocada por la terminología, la doctrina finalista no convence ni fundamenta una nueva teoría que vincule la imputación objetiva con la autoría y la participación. Por un lado, la crítica finalista está vinculada con su propio modelo de injusto que otorga un papel preponderante al tipo subjetivo, según la cual la "imputación objetiva" no tendría derecho de existencia en la tipicidad por estar "ocupando un terreno que ya era ocupado por otro lado...", o sea, por el "dominio final de los hechos" que hace que, en la tipicidad, una acción sea imputable a un sujeto como su propia obra[41]. Y por otro lado, si se quisiera utilizar este concepto de "dominabilidad" o "dirigibilidad" dentro de la imputación objetiva, como observa la doctrina dominante[42], este concepto solamente puede identificarse con una evitabilidad objetiva en el sentido de una creación de un riesgo desaprobado, con lo cual no aportaría nada a la teoría de la imputación objetiva e incluso se quedaría por debajo de ella (que ofrece más criterios normativos como la realización del

---

(38) Para los finalistas, en cambio, precisamente la "dominabilidad" de los hechos constituiría un criterio que haría prescindible la "imputación objetiva" en los casos de hechos producidos por un tercero, o incluso en la "creación del riesgo desaprobado" (p. ej. caso del "tío rico"); ver así HIRSCH, "Zur Lehre...", p. 136, 139 y ss. Aunque pueda admitirse que aquí podría discutirse el "dominio", lo central es que el análisis se sitúe ya en el tipo objetivo y no en la cuestión de si se es "autor" o "partícipe" de los hechos; cfr. SCHÜNEMANN, "Über die objektive Zurechnung", p. 228; FRISCH, "Faszinierendes...", p. 227.

(39) Expresamente, KRETSCHMER, p. 265.

(40) Entre otros, KÜPPER, "Grenzen...", p. 91 y ss.; SCHUMANN/SCHUMANN, p. 553 y s.

(41) Cfr. KÜPPER, "Grenzen...", p. 93, quien cierra esta parte de su crítica con la frase terminante: "dominabilidad es dominio del hecho"; ver ibídem.

(42) Cfr. LENCKNER/EISELE, c. más refs., en Schönke/Schröder, com. previos §§ 13 y ss., n. marg. 92. También las observaciones de JAKOBS a esta posibilidad de interpretación de la "dominabilidad" o "poder de hecho" de los finalistas, cfr. "Bemerkungen...", p. 49 y s.

riesgo y el ámbito de protección de la norma). Y si se pretendiera una concreción individual del término, ello desembocaría en una subjetivización del tipo objetivo y su delimitación[43]. El cambio de fórmula de la "realización de su propia obra", propuesto por KÜPPER[44], no soluciona aún nada, pues habría que definir cuándo se daría tal realización de la propia obra[45], lo cual precisamente quieren delimitar la teoría de la imputación objetiva y la del dominio del hecho, aunque a niveles diferentes.

Estos conceptos, junto con el de la "causalidad" definidora de cada una de las posiciones jurídicas individuales de HAAS, en realidad, no constituyen ninguna alternativa a la teoría de la imputación objetiva ni aportan mayor seguridad, pues a un nivel puramente ontológico, antropológico o empírico no es posible una delimitación de conductas en la tipicidad[46].

3. ¿Imputación objetiva para definir o extender la autoría?

Existen concepciones aisladas que pretenden aplicar la teoría de la imputación objetiva incluso a la hora de definir la autoría y sus relaciones con la participación.

Uno de los primeros autores alemanes en tematizar la vinculación entre "imputación objetiva" y "autoría y participación" fue René BLOY[47]. Según él, la estructura imputadora amplia intenta, con ayuda de los criterios de imputación objetiva, determinar la vinculación de una persona con un suceso, para luego buscar la "relación específica" entre los participantes y el suceso típico (relación "directa" en la autoría e "indirecta" en la participación)[48]. Eventualmente se podría recurrir a algún criterio de imputación objetiva para delimitar entre alguna forma de autoría y participación; esto propone también BLOY con la teoría del "incremento del riesgo" para la complicidad[49]. En realidad, BLOY no fundamenta una nueva teoría de la autoría y participación con criterios de imputación objetiva, sino solamente reordena, la relación entre ambos temas[50].

---

(43) Cfr. JAKOBS, "Bemerkungen...", p. 49 y s.

(44) Cfr. KÜPPER, "Grenzen...", p. 93

(45) Como en principio acertadamente observa JAKOBS: "Luego, se debe preguntar cuándo la libertad del actor se objetiviza en su 'obra', cuándo sigue tratándose de la 'obra' de otro actor o de la víctima (y cuándo por último la víctima tiene que arreglárselas ella misma con los perjuicios como si fueran una desgracia)"; "Bemerkungen", p. 50.

(46) Constatación hecha por FRISCH en "Zum gegenwärtigen Stand...", 719 y ss.; también ROXIN, "Streitfragen...", p. 719 y s., 726.

(47) BLOY, "Die Beteiligungsform...", 1985.

(48) BLOY, "Die Beteiligungsform...", p. 248 y ss., 313 y s.

(49) BLOY, "Die Beteiligungsform..., p. 273, 287.

(50) Así también KÜPPER, "Grenzen...", p. 112.

En cambio, Ulrich STEIN sí ha tratado de reemplazar la teoría del dominio del hecho a través de criterios normativos de imputación objetiva[51]. Tras criticar y postular el abandono de la teoría del dominio del hecho por considerarla imprecisa, con escaso basamento normativo pese a conseguir resultados aceptables[52], propone partir de la teoría de las normas (desvalor de la acción) para distinguir entre las normas de conducta destinadas al autor, al inductor y al cómplice. Para ello procede a una graduación de los deberes que les corresponde (les son imputables) a cada uno de ellos en función del criterio del "apremio" [Dringlichkeit][53] en el sentido de intensidad de la prohibición dirigida al destinatario de la norma: ella sería mayor en la autoría y la inducción y menor en la complicidad. El deber, dirigido al autor, de evitar lesiones de bienes jurídicos crearía un "muro de protección" para el objeto del bien jurídico, y por ello, en él, el "apremio" sería mayor[54]. En el caso del inductor, tal apremio sería igual al del autor, porque él (al afectar la motivación fiel al Derecho del autor) ayudaría a "perforar" el "muro de protección".

Por un lado, se puede criticar a esta teoría que descuide por completo el "resultado", el cual también forma parte indisoluble del tipo, de la acción de autor y partícipe[55]. Además, resulta inviable la propuesta de pretender graduar la "intensidad" de las prohibiciones, pues en ambos casos se trata en realidad de "prohibiciones" a secas[56]. Al querer graduar las prohibiciones se introducen en la dogmática penal consideraciones de "merecimiento de pena" (que es un criterio político criminal) con el peligro de aplicar solamente criterios de medición de la pena. Pero el problema principal de esta teoría está en su compatibilidad con el tenor de la ley. Incluso si se aceptara la argumentación de STEIN sobre la importancia de la "infracción del deber de conducta", de la ley se deriva que, en principio, el autor ejecuta los hechos (lo cual se amplía luego, también en la ley, a casos equiparables de autoría mediata y coautoría)[57].

Y, por último, tampoco parece haber ninguna ganancia con esta teoría en su aplicación práctica a los distintos casos de autoría y participación. Así,

---

[51] STEIN, "Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre", Berlín 1988.

[52] STEIN, p. 22 y ss., 62 y ss., 196 y ss.

[53] STEIN, p. 283 y ss. El término "Dringlichkeit" ha sido traducido también como "perentoriedad" en "Autoría y dominio del hecho", p. 693 y s.

[54] STEIN, p. 241 y s.

[55] Cfr ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 2, § 25 VI, n. marg. 36. KÜPER hace una crítica amplia de la doctrina de Stein; ver "Ein 'neues Bild'...", p. 445 y ss.

[56] Cfr. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 2, § 25 VI, n. marg. 36; "Autoría y dominio del hecho", p. 694.

[57] Cfr. la crítica de ROXIN en "Autoría y dominio del hecho", p. 694.

p. ej. cuando se trata de la autoría mediata, STEIN recurre al criterio de la "carencia del deber" (Pflichtmangel) o de la "falta de capacidad de cumplir el deber" (mangelnde Pflichtbefolgungsfähigkeit") del ejecutor inmediato para distinguir luego entre autoría mediata "por falta de dolo", "por falta de comprensión del injusto" y "por falta de capacidad de dirección"(58), con lo cual no se diferencia de la doctrina dominante, sino en la terminología(59). En la coautoría (prevista en la ley), las normas de conducta se dirigirían a distintos sujetos, el sujeto de adelante o ejecutor y el sujeto de atrás, en una situación en la cual el primero (en que recae plenamente el deber de conducta y quien tiene plena capacidad de cumplirlo), o sea, el sujeto de adelante, ha llegado a un estadio tal en el que la violación del deber ya está avanzada y no puede esperarse de este que pueda cumplir con el deber; por ello, el sujeto de atrás no se haría merecedor a una disminución de "urgencia" del deber que le corresponde. Esta delimitación es muy artificial. No explica por qué deba considerarse a los coautores en una relación vertical ni cuál es en realidad la contribución del coautor no ejecutor (según Stein, "sujeto de atrás") que lo diferencie de instigadores y cómplices(60).

En los últimos años, especialmente para los seguidores de la teoría penal de los derechos subjetivos, que operan con un "concepto individualizado de causalidad", la imputación objetiva ayudaría a distinguir entre los diferentes participantes de la lesión de derechos subjetivos. RENZIKOWSKI afirma que la teoría tradicional de la imputación objetiva sería incompatible con el concepto restrictivo de autor subyacente a la regulación legal: la imputación objetiva, tras partir de la equivalencia de las condiciones causales, presupone una equivalencia de todos los riesgos no permitidos, cuando la ley haría una diferenciación de las distintas contribuciones (riesgos) de los participantes en la parte general(61). El partir de la equivalencia de condiciones implicaría además una carga de la prueba para el ciudadano, pues tendría que buscarse la fundamentación de por qué su conducta causal no sería típica, mientras que una causalidad individual (definida normativamente) invertiría la carga, a favor del ciudadano, pues tendría que buscarse la razón de por qué una conducta no causal (individualmente) haría responsable (penalmente al sujeto)(62). Se tendría entonces que partir de un concepto normativo individualista de "causalidad". En este sentido, HAAS ha sugerido el concepto arriba mencionado

(58) Cfr. STEIN, 294 y ss., 296 y ss., 298 y ss.

(59) Cfr. ROXIN, Strafrecht AT, tomo 2, § 25 II, n. marg. 173.

(60) Cfr. las críticas de ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 2 § 25 III, n. marg. 247 y s.

(61) RENZIKOWSKI, "Pflichten...", p. 573.

(62) RENZIKOWSKI, "Pflichten...", p. 574.

de "usurpación fáctica de Derecho en relación con el derecho subjetivo afectado". Como este concepto de causalidad prescinde por completo del concepto "riesgo prohibido" sería más preciso que la doctrina dominante, la cual no sería capaz de definir tal concepto necesario para aplicar la teoría de la imputación objetiva(63).

También HAAS ha lanzado duras críticas contra la teoría dominante del dominio del hecho(64). Para él constituye debilidad decisiva de esta teoría el que prescinda del "principio de responsabilidad". Además, tratándose la teoría del dominio del hecho de una teoría de base fáctica –afirma él–, debería determinar algún quantum de "dominio", lo cual no hace. En suma, aunque este autor coincide con la teoría del dominio del hecho en la lectura inicial del texto legal: diferenciación entre autoría y participación, accesoriedad del segundo en cuanto al primero, teoría restrictiva de la autoría, no cree, sin embargo, que el "dominio del hecho" constituya un "concepto superior" capaz de explicar convincentemente la "ampliación normativa necesaria" (y autorizada por la ley en la parte general) de la autoría que, partiendo de la "autoría inmediata" descrita en los tipos de la parte especial (y que implican una "intervención antijurídica directa en derechos subjetivos de otros")(65), exige abarcar a la "autoría mediata" (donde no hay ningún influjo directo). La doctrina dominante no ofrecería ninguna legitimación suficiente de esta ampliación de la punibilidad, pues se quedaría con la mera "causación": "en la doctrina de la imputación objetiva la carga de la fundamentación material opera, entonces en contra del autor, mientras que con el modelo defendido [teoría del derecho individual] esta carga opera a favor del autor"(66). Para realizar esta "imputación extraordinaria" (necesaria también para la inducción y la complicidad), HAAS recurre al "fin de protección de la norma de conducta jurídico-penal" –un criterio de imputación objetiva–, el cual constituiría en "asegurar posiciones jurídicas"; es decir, cada tipo penal aseguraría posiciones jurídicas de determinadas personas ante ataques (lesiones de bienes jurídicos) descritos en el tipo(67). En concreto, para la "autoría mediata", HAAS sostiene que podría darse la "ficción" de una "imputación extraordinaria" de autoría del sujeto de atrás, por la "competen-

---

(63) RENZIKOWSKI, "Pflichten..., p. 575.

(64) HAAS, "Die Theorie der Tatherrschaft...", p. 63 y ss.; también "Kritik der Tatherrschaftslehre", p. 519 y ss.

(65) HAAS, "Kritik...", p. 523 y ss., 545 y s.; "Die Theorie...", p. 9 y ss., 21 y ss., 47 y ss.; también en "Die strafrechtliche Lehre...", p. 220 y ss.

(66) HAAS, "Die strafrechtliche Lehre...", p. 222.

(67) HAAS, "Die Theorie...", p. 58 y ss., 54 y s. Autor (directo) sería para él quien lesionare la relación jurídica protegida en el tipo, lesión que consistiría en afectar la posición reconocida por el Derecho objetivo del titular del Derecho; cfr. ibídem.

cia" de éste, por un "déficit de punibilidad" (que no tiene que llevar a la exclusión completa de responsabilidad) del sujeto de adelante, por un lado, y por la "delegación para ejecutar la voluntad" de aquél[68]. En la "coautoría", la ampliación de la imputación vendría dada por un "mandato" de "representación mutua": cada autor actuaría en su propio nombre y en nombre de otro(s) en la realización conjunta de los hechos; la comunidad de la actuación haría que la infracción de la norma sea atribuible a todos como propia[69]. Y para esta realización conjunta no sería necesaria la "presencia" en el lugar de los hechos, sino el "mandato", el cual p. ej. existiría también en el "jefe de la banda ausente"[70].

Para la "participación", de manera consecuente, HAAS indica que la ampliación de la punibilidad se fundamentaría en una infracción del partícipe de las barreras inmanentes en la libertad de ejercicio del derecho, siempre que tal conducta violatoria tuviera una relación de sentido delictuoso[71]. La concepción de HAAS también posibilita el reconocimiento de una coautoría imprudente, pero bajo el requisito de que cada uno de los intervinientes actuare para el otro, con lo cual quedarían fuera los casos de convergencia de acciones imprudentes graves en los cuales no existe ningún mandato ni representación (cada uno actúa por separado por sí mismo y para sí mismo aunque de manera gravemente imprudente)[72]. El criterio de déficit de punibilidad permitiría por su parte la construcción de una "autoría mediata" por imprudencia (de relevancia práctica en el actuar al interior de las empresas). Y también sería pensable la participación imprudente, pero HAAS considera que de lege lata esto no sería punible.

RENZIKOWSKI, con una concepción similar a la de HAAS, desarrolla un "concepto restrictivo del hecho" (y del autor) a partir de la "lesión de derechos". Para él, solamente sería "autor" el que hubiera lesionado el derecho al no respetar la función excluyente del derecho ajeno[73]. Al igual que otros autores, considera que existiría una "prohibición de regreso" fundada en la "libertad": no podría haber un sujeto libre que ha causado un resultado y al mismo tiempo otro detrás de éste que hubiera "causado" (y deba ser considerado también "autor") la acción del sujeto libre[74]. "Autor" sería solamente

---

[68] HAAS, "Die Theorie...", p. 80 y ss.

[69] HAAS, "Die Theorie...", p. 112 y ss.

[70] HAAS, "Die Theorie...", p. 129 y s.

[71] HAAS, "Die Theorie...", p. 130 y ss.

[72] HAAS, "Die Theorie...", p. 134 y ss.; ver la crítica de KINDHÄUSER, recensión en GA 2010, p. 546.

[73] RENZIKOWSKI, "Pflichten...", p. 576.

[74] RENZIKOWSKI, "Pflichten...", p. 576 y s. Él se remite también a HRUSCHKA, quien (analizando el concepto

aquel que hubiera lesionado los derechos subjetivos de otros (en el sentido de "usurpación de la esfera jurídica) tal como está descrito en los tipos de la parte especial; para la punibilidad de los demás autores (coautores y autores mediatos) y partícipes se tendría que recurrir a las reglas de la parte especial como "fundamento jurídico especial" para "imputar" a ellos la conducta del autor(75). Entonces, para este autor, la base de la lesión del derecho subjetivo es la conducta del autor directo; en todos los demás casos se trata de "imputación" legal del hecho descrito en la parte especial (teoría restrictiva). El coautor y el autor mediato serían tratados, por la ley, como si hubieran ejecutado por sí mismos la conducta típica(76). Esta concepción podría ser trasladada también a los delitos imprudentes, donde sería admisible una "coautoría imprudente" y una "autoría mediata" imprudente(77). Finalmente, con esto se daría una diferenciación *cualitativa* entre autoría y participación, mientras que la diferenciación meramente *cuantitativa* entre ambos injustos (ambos, autor y partícipe atentarían contra la misma "perturbación social", el problema sería uno de punibilidad), propuesta por corrientes funcionalistas (Jakobs, Lesch, Bloy) tendría el problema de desembocar –en contra de lo afirmado por sus seguidores– en una teoría extensiva de autor(78).

Aquí hay varias observaciones que hacer. En primer lugar, la crítica a la teoría del "dominio del hecho" no es exacta. Como aclara SCHÜNEMANN(79), HAAS parte de premisas erradas, pues atribuye a la teoría del dominio del hecho falta de coherencia y arbitrariedad que no tiene: la teoría del dominio del hecho busca vincular estructuras lógico-objetivas con valoraciones jurídicas a partir de la base legal (que parte de la autoría de una sola persona) y de la tarea del Derecho penal (protección de bienes jurídicos a través de la prevención de delitos).

"prohibición de regreso" de Frank) advierte que la "imputación" significaría precisamente que "la acción imputada [no puede ser vista] como un eslabón en una cadena causal, sino como un nuevo comienzo". Entonces, "si alguien, que hubiera actuado libremente y a quien consecuentemente pueda imputarse la acción, hubiera completado un tipo delictivo; a éste lo llamamos 'autor' de un 'hecho'. De ello resulta que 'detrás' de un autor a quien se le imputa un hecho como acción libre, no pueden haber 'causas' que ocasionen tal acción libre". Ver "Regreßverbot...", p. 586. Y también: "La prohibición de regreso llama la atención sobre la contradicción en sí misma que surgiría si yo viera un suceso físico *simultáneamente* como libre y como naturalmente necesario (como actio libera y como actio physice necessaria) (...) Si yo parto de que he actuado libremente, o si parto de que otro ha actuado libremente, entonces debe excluirse suponer al mismo tiempo que un tercero ha causado la acción"; ibídem, p. 587 (traducción libre, resaltado en el original).

(75) RENZIKOWSKI, "Pflichten...", p. 576 y s.

(76) RENZIKOWSKI, ibídem.

(77) C. más refs., RENZIKOWSKI, "Pflichten...", p. 577.

(78) Cfr. RENZIKOWSKI, c. más refs. sobre esta doctrina y la crítica, "Pflichten...", p. 577 y s.

(79) Cfr. SCHÜNEMANN, "Schrumpfende Basis...", p. 808 y ss.

Por otro lado, la definición de "autoría" de HAAS, en el sentido de una relación tripartita entre atacante (autor) de una posición jurídica protegida por la ley, en el fondo no se distingue de la tradicional "imputación objetiva" de riesgo no permitido[80]. Pero los criterios de "imputación extraordinaria" de la autoría mediata y de la coautoría no dejan tampoco de ofrecer problemas. Así, su fundamentación de la extensión de la "autoría mediata" a través de la "delegación" lleva a una exagerada ampliación de la autoría mediata en desmedro de la "inducción", la cual contra legem, se reduciría a los casos de consejos dirigidos a la ejecución de hechos por voluntad ajena; además de presuponer que sería posible trasladar este concepto de delegación de representación civil al ámbito penal, lo cual no es cierto (la responsabilidad penal no es delegable)[81].

Otro intento, vinculado con la negación de la teoría del dominio del hecho, es el que ha hecho Heribert SCHUMANN[82]. Según él, el principio de "autodeterminación" sería aplicable tanto como criterio de imputación objetiva como también para diferenciar entre "autoría mediata" y "participación"[83]. Luego, la "autodeterminación" del ejecutor excluiría la posibilidad de una autoría mediata cuando el ejecutor también deba ser considerado autor (directo). Pero es dogmáticamente discutible y politicocriminalmente no deseable limitar la autoría solamente a los casos en los que se pueda admitir una autodeterminación (que por lo demás tendría que graduarse). Y es que ni está claro que el principio de "autodeterminación" por sí solo sea capaz de restringir los supuestos de autoría ya de lege lata (p. ej. la autoría en caso de empleo como instrumento de coaccionados, sujetos bajo error de prohibición evitable y menores inimputables) ni resulta explicable por qué el sujeto de atrás deba ser solamente un "partícipe" pese a su determinante contribución a los hechos (como en los casos de autoría mediata a través de un aparato organizado de poder)[84]. Luego, una aplicación estricta de tal teoría tendría que llevar a resultados poco satisfactorios (y que SCHUMANN tampoco admite) de desestimar todo caso de autor (mediato) detrás de un autor (directo), como p. ej. la autoría mediata en caso de aparatos organizados de poder y de instrumento bajo error de prohibición evitable.

---

[80] KINDHÄUSER, recensión al libro de Haas, en GA 2010, p. 544.

[81] KINDHÄUSER, recensión al libro de Haas, en GA 2010, p. 545.

[82] SCHUMANN, Heribert, "Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen", Tubinga, 1986.

[83] H. SCHUMANN, "Strafrechtliches Handlungsunrecht...", p. 69 y ss.

[84] Para la crítica ver ROXIN, c. más refs., "Strafrecht AT", tomo 2, § 25 II, n. marg. 182

4. La versión "amplia" de la teoría de la imputación objetiva

Un grupo de autores tiene propuestas propias a partir de una reelaboración de las categorías del delito y admite así distintos tipos de "imputación": imputación de la conducta, imputación de la antijuricidad, imputación de la culpabilidad[85]. Entre estos modelos, el más interesante para nuestro medio, por la mayor difusión de sus principios metodológicos, es el de los funcionalistas "radicales" como Günther JAKOBS. Se trata de un entendimiento del delito como violación de Derecho en significado comunicativo, es decir, como conducta cuyo sentido penalmente relevante es imputado teniendo en cuenta principios jurídicos básicos referidos a la organización[86].

Para los normativistas radicales, la teoría dominante de la imputación objetiva (restringida a la tipicidad objetiva) sería muy estrecha, pues no tendría por qué limitarse a tratar el problema en los delitos de resultado. Dado que la "acción" indicaría una "falta de reconocimiento de vigencia de la norma", no se precisaría, dentro del concepto, un *resultado externo* en el sentido tradicional de "desvalor del resultado". Mejor dicho, el "resultado" que sí se necesitaría sería uno que produjera la "objetivación" de tal "expresión de sentido": la "persona" tiene que expresar de algún modo reconocible para los demás que para ella la norma no rige; cualquier otro resultado que derivare de esta conducta objetivadora solamente incrementaría "cuantitativamente" la objetivación[87]. Este análisis partiría de la "realidad social", del *sujeto* mismo y de los límites de su libertad en relación con las libertades de otros[88]. A partir de ello se trataría de la realización de la propia obra como producto de su libertad y no de la libertad de otro, lo cual se identifica con su teoría de "roles" y "competencias". Entonces, en todo delito se trataría de "imputar" cierto acontecimiento a una persona para determinar si es la "autora responsable" [verantwortlicher Urheber] de aquel. Para ello se debe proceder primero estableciendo la competencia de la "persona" (diferente del "individuo", el cual no participa de la comunicación normativa) por la infracción de la norma. De esto trataría la *imputación objetiva*: sería imputable objetivamente aquella "persona" que no hubiera guardado "fidelidad" a la norma o, en otras palabras,

---

[85] Ver la exposición de los modelos de Hardwig, Hruschka y Wolter en FRISCH, c. más ref., p. 725 y s.

[86] Cfr. MÜSSIG, c. más refs. "Zurechnungsformen...", p. 428 y ss., 429; "Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte", p. 165 y ss.

[87] JAKOBS, "El concepto jurídico-penal de acción", en "Bases para una teoría funcional...", p. 97 y ss.; también, "Bemerkungen...", p. 53 y ss.

[88] En esto, JAKOBS ve coincidencias con las teorías finalistas a diferencia de las concepciones que parten de "instituciones sociales" que le serían "dadas a los individuos humanos desde el nacimiento como equipamientos", cfr. "Bemerkungen...", p. 52.

que hubiera infringido el "contenido de la norma", el riesgo permitido[89]. Pero a diferencia de la doctrina dominante (y coincidiendo aquí con FRISCH), JAKOBS discute la necesidad del primer criterio de "imputación objetiva", o sea la creación de un riesgo prohibido, porque este (como "juicio objetivo de la situación"), ya estaría incluido dentro del "contenido de la norma" a la cual la "persona" debería guardar "fidelidad"[90].

Después de esta *primera concreción* de la infracción a la norma en función de los roles, se tiene que realizar un *segundo paso* para concretar la imputación y determinar la condición de autor o partícipe. La teoría de JAKOBS, en autoría y participación, implica una "infracción del deber" [91] en un sentido mucho más amplio que la tesis de ROXIN que, como se sabe, se restringe a los delitos que él conoce como "delitos de infracción del deber" por contraposición a los "delitos de dominio"[92]. JAKOBS diferencia entre responsabilidad de autoría por "arrogarse una organización ajena" y por lesionar una institución defraudando el rol que porta. Además, solamente habría una *diferenciación cuantitativa* entre los injustos del autor y el partícipe. Puesto que el delito consistiría en una forma de "perturbación social", esta sería la misma que generarían autores y partícipes conjuntamente. Luego, la responsabilidad también tendría que ser común, con lo cual, las reglas sobre la participación criminal solamente serían posibles cuantitativamente en función del rol desempeñado[93]. Consecuentemente con sus premisas normativistas, sostiene JAKOBS una teoría de la intervención delictiva que, a diferencia de la doctrina dominante, no parte en su construcción de la "autoría directa individual", sino de la "participación de varios" (tanto en el estado previo como en el ejecutivo), o sea de la participación en estricto sentido, de lo cual, según la "gravedad de la contribución" se haría la distinción, solo con fines de medición de pena entre autores y partícipes (equivalente a la "teoría restrictiva" y a la "teoría unitaria"). Recién esta perspectiva haría justicia (¡y efectivamente lo hace!) al punto de partida normativista de que todas las contribuciones, comunicativamente hablando, serían equivalentes: lo único que interesaría sería conceptualizar de manera "normativamente pura", que para él sería la adecuada al Derecho, la "vinculación de varias personas", en vez de utilizar para ello, como haría la doc-

---

[89] Cfr. JAKOBS, "Strafrecht AT", sección 7, n. marg. 35 y ss.; "Bemerkungen", p. 53, 58 y ss. 63. También CARO JOHN, empleando el criterio reformulado de "prohibición de regreso", p. 73 y ss., 76 y s.

[90] JAKOBS, "Bemerkungen...", 45 y ss., p. 57 y ss.

[91] Ver sobre las similitudes y diferencias entre ambas doctrinas en ROXIN, "Strafrecht AT 2", cap 25 I, n. marg. 269, *ídem*, "Autoría y dominio del hecho", p. 744, 751; SÁNCHEZ-VERA, p. 29 y ss.

[92] Al respecto ver c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Autoría y participación...", p. 8 y ss. [en esta compilación: p. 385 y ss.]

[93] JAKOBS, "Beteiligung", p. 561, 570 y ss.

trina dominante, conceptos orientados en lo fáctico (a veces de manera pura, a veces de manera mayoritaria o incluso minoritaria) tales como dominio del hecho, voluntad del autor, voluntad para el dominio de hecho y otras[94].

En general, la concepción de JAKOBS implica un giro radical del entendimiento del delito. Por eso, las críticas más importantes tienen que dirigirse, en primer lugar, a su concepción metodológica. Esto se ha hecho en otro lugar y no puede repetirse aquí[95]. Últimamente, ZACZYK ha destacado convincentemente los orígenes filosóficos de la concepción de JAKOBS y su diferente entendimiento del concepto de persona e individuo, así como sus consecuencias para el Derecho penal: mientras que los seguidores de la tradición kantiana llevan también al Derecho (penal) la comprensión del ser humano como sujeto determinado por la naturaleza y por lo tanto objeto (homo phaenomenon), pero al mismo tiempo también como ser razonable capaz de reflexionar y determinarse a sí mismo (homo noumenon), con la consecuencia de considerar al sujeto tanto como objeto de imputación y sujeto imputador, JAKOBS sometería unilateralmente al sujeto individual al sujeto imputador, a la sociedad creadora de las normas[96]. Esto desemboca en que, desde la perspectiva de la teoría de las normas, la concepción funcionalista radical niega la existencia de normas de conducta dirigidas a los ciudadanos en particular (normas sin destinatario) y que influyan en su conducta, reemplazando esto por las "expectativas de conducta" y su "vigencia". Esto resulta en sí mismo circular, porque solamente se tiende a proteger la validez de las normas ante perturbaciones definidas, como imputación y como prohibición ex-post a partir de las normas sancionadoras[97].

Por lo demás y en concreto, sobre las tesis de Jakobs en lo referente a "autoría y participación", las críticas le reprochan el llevar contra legem a

---

[94] Cfr. JAKOBS, "Beteiligung", p. 575.

[95] Remito a los siguientes trabajos: "¿Normativismo radical o normativismo moderado?", Revista Penal N° 16 (2005), España, pp. 3-35 (también en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 5, 2004, pp. 17-82 y Revista de Derecho Penal, 2006-1, Buenos Aires, pp. 441-511); "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", vol. 1, Buenos Aires-Madrid-Montevideo, 2006, pp. 1-51 (también publicado en la Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 18, pp. 17-65, y, con una "Nota adicional posterior" en Revista de Derecho Penal N° 2007-2, pp. 747-810, Buenos Aires); así como "El funcionalismo radical o sistémico en el Derecho penal económico", en Ávalos R./ Quispe V., "Dogmática penal del Tercer Milenio", Lima, 2008, pp. 494-524.

[96] ZACZYK, "Das Subjekt der objetiven Zurechnung", p. 785 y ss., 798 y s. Notablemente, al final de su trabajo este autor resume la diferencia fundamental y disyuntiva entre el entendimiento de Jakobs y el propio (del que también parte la doctrina dominante). Se pregunta dónde se encuentra "la seguridad acerca de lo sagrado" [die Gewissheit des Heiligen]: ¿en el origen de la sociedad o en el encuentro con cada ser humano?; cfr. ibídem, p. 799.

[97] Cfr. RENZIKOWSKI, "Pflichten...", p. 578; también ZACZYK: "... la persona es determinada por el deber ser, con ello su responsabilidad por lo no debido es verificada solamente por el solo hecho de que la persona contradice con su conducta el deber ser", en "Das Subjekt der objektiven Zurechnung", p. 798, nota 52.

un concepto extensivo de autor e incluso a una "teoría unitaria". Ya de lege lata[98], tendría que descartarse una teoría totalmente normativa, que considerase todas las contribuciones al hecho como cualitativamente equivalentes, y que tomare en cuenta la diferenciación solamente para las consecuencias jurídicas[99]. Finalmente, en cuanto al empleo estricto de los "roles" para la definición del riesgo permitido, se ha criticado que ellos por sí solos no son capaces de explicar por qué tendrían que servir de base única para excluir o afirmar la imputación penal, p. ej. en el caso de las "acciones cotidianas"[100] que se trata a continuación en el próximo capítulo.

FRISCH, quien en principio dirige contra JAKOBS las mismas críticas que contra la concepción "dominante" (confusión entre el plano de la "conducta prohibida" y la verdadera "imputación objetiva"), afirma que aquí la situación sería incluso más grave. Dado que para los funcionalistas radicales, la "imputación" se extendería incluso al mismo "ordenamiento de conductas" (la antijuricidad), la confusión sería mayor[101]. El hecho de que cuestiones más allá de la tipicidad sean importantes y necesarias para decidir sobre la "imputación" no las haría, por sí mismas, un problema de imputación. "Para la configuración de las relaciones jurídicas y la constitución del Derecho, los principios de imputación no dan la medida (o por lo menos no dan la medida primaria); más bien la pauta está formada aquí por el esfuerzo de llevar a una relación objetiva, jurídicamente reconocida, las libertades del individuo con aquellas de los otros y los intereses de la generalidad"[102]. La crítica se dirige entonces al entendimiento mismo del concepto "imputación".

5. Papel reducido de algunos criterios de imputación objetiva en la "participación"

En suma, tras lo expuesto se puede concluir que no hay una relación directa entre "imputación objetiva" y autoría y participación, más allá de la que pueda haber, sistemáticamente, entre lo antecedente (delimitación de la

---

[98] Así, p. ej. la crítica a la teoría de JAKOBS de la división vinculante del trabajo (verbindende Arbeitsteilung), que la considera como una forma de concepto extensivo de autor y de autoría unitaria, con lo cual ya debido a ello chocaría con el tenor del StGB alemán. En este sentido, consultar la crítica de SCHÜNEMANN en general sobre ambos conceptos en LK, com. previos § 25, n. marg. 5 y ss., 11 y ss.; y de manera concreta sobre el retorno a la teoría extensiva y la teoría unitaria de autor en Jakobs, ibídem, § 25, n. marg. 14 y ss.; ver también *ídem*, "El dominio sobre el fundamento...", p. 981, 983 y ss. También, desde la perspectiva de la teoría de las normas RENZIKOWSKI, "Pflichten...", p. 577

[99] Así procede expresamente JAKOBS "Beteiligung", 2003, p. 561 y ss.; en Perú se aúna a esta crítica GARCÍA CAVERO, "Lecciones...", p. 561 y ss.

[100] KINDHÄUSER, "Strafrecht AT", § 42, n. marg. 17, 19.

[101] FRISCH, "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 738 y s.

[102] FRISCH (traducción libre), "Zum gegenwärtigen Stand...", p. 739.

conducta típica) y lo consecuente (atribución a cada sujeto de su grado de participación criminal). El concepto "imputación" (Zurechung) o "imputabilidad" (Zurechenbarkeit) utilizado a veces al tratar la autoría e imputación, así como los términos "dominio" o "dominabilidad" empleados a veces dentro de la imputación objetiva, no son equivalentes; en la autoría la "imputación" se refiere solamente a la "relación" existente entre cada sujeto que toma parte en un delito(103).

Sobre todo en la *complicidad* se suele discutir la posibilidad de emplear un criterio de "imputación objetiva" para delimitar la trascendencia penal de la contribución de los sujetos al injusto penal del autor: la teoría del "incremento del riesgo"(104). Como es conocido, aquí la discusión ha sido dominada durante mucho tiempo por las teorías de la "promoción" y la "causación" de la conducta cómplice en relación con la conducta principal del autor(105). ROXIN ha precisado que la causalidad, aunque sea necesaria para la complicidad, no es suficiente porque la ley exige que la contribución del cómplice deba servir al autor: "solamente quien dolosamente mejora las oportunidades del autor e incrementa el riesgo para la víctima, realiza un *ataque autónomo al bien jurídico*"(106). El incremento de riesgo de la complicidad consistiría en toda contribución que posibilite, facilite, incentive o asegure la realización de la conducta típica(107).

Especialmente en el caso de las *conductas neutrales* o "acciones cotidianas", o sea de aquellas conductas específicas de los sujetos en el ejercicio de un oficio o profesión (vendedores, taxistas, asesores, abogados, etc.) que son utilizadas como contribución material o síquica para la realización de delitos por parte de otro. Existen muchas teorías al respecto que pueden agruparse en teorías subjetivas, objetivas, y mixtas (objetivo-subjetivas)(108). De ellas solamente se pueden exponer aquí dos: una objetivo-subjetiva (la de ROXIN) y

---

(103) Cfr. la conclusión de KÜPPER, "Grenzen...", p. 112.

(104) Cfr. KÜPPER, "Grenzen...", p. 112 y ss.; ROXIN, "Strafrecht AT", tomo II, § 26, n. marg. 184 y ss., 210 y ss.; BLOY, "Die Beteiligungsform...", p. 270 y ss., 273, 287.

(105) Al respecto, KÜPPER, "Grenzen...", p. 112 y ss; HEINE en Schönke/Schröder, § 27, n. marg. 7 y ss.; ROXIN, exponiendo también otras teorías minoritarias, "Strafrecht AT", tomo II, § 26, n. marg. 184 y ss.

(106) ROXIN, "Strafrecht AT, tomo II, § 26, n. marg. 212; c. más refs. HEINE en Schönke/Schröder, § 27, n. marg.

(107) ROXIN, ibídem, n. marg. 212. También allí sobre la incorrecta aplicación de su doctrina cuando se prescinde de la "causalidad" (n. marg. 213) y soluciones parecidas (n. marg. 217)

(108) Así la clasificación de HEINE en Schönke/Schröder, § 27, n. marg. 10b, quien sigue una doctrina similar que exige una "coordinación con el hecho principal" (Abstimmung auf die Hauptat) con dos requisitos básicos: uno objetivo, la calidad de la acción cooperadora"; y otro subjetivo, el "dolo de coordinación"; ver ibídem, n. marg. 10c. CARO JOHN solamente reconoce dos grupos: el que busca la solución en aspectos objetivos (como los normativistas radicales) y los que lo hacen a partir de datos subjetivos en el sujeto cuya conducta se analiza (como la tesis de Roxin); ver p. 46 y ss.

una objetiva (la de JAKOBS). Aquí, ROXIN sugiere hacer fructífero su entendimiento de la "complicidad" como "incremento causal del riesgo jurídicamente desaprobado de que se produzca el resultado típico", pero diferenciando[109] entre dos tipos de situaciones: habría un incremento de riesgo constitutivo de complicidad cuando, en conductas claramente delictivas (el sujeto conoce la decisión de cometer delitos por parte del autor, o sea, tiene "dolo directo"), la contribución presentare una "relación de sentido delictivo"; y sería más bien impune cuando el sujeto solamente contare con la posibilidad de que se podría cometer un delito gracias a su contribución; en este último caso tendría que regir el "principio de confianza", el cual dejaría de regir cuando sea posible admitir un "dolo eventual", debido a la "tendencia reconocible al hecho"[110]. KINDHÄUSER critica esta solución básicamente, porque "el que algo constituya objetivamente una complicidad no puede depender del querer y saber del actuante"[111] y propone una solución "objetiva": la "forma" como la conducta cotidiana hubiera contribuido al actor principal (si este la entendiese como "medio para alcanzar su finalidad delictiva")[112].

A diferencia de la tesis mixta objetivo-subjetiva de Roxin, JAKOBS y sus seguidores siguen una teoría "objetiva" y niegan, en principio, toda "imputación" de conductas cotidianas, pues el sujeto no se habría salido de su rol social; regiría una "prohibición de regreso" en el sentido de una prohibición de atribución de responsabilidad a quien no hubiera hecho más que realizar lo que estaba dentro del ámbito de su competencia[113]. Si el sujeto no se hubiera salido de su rol (de taxista, panadero, médico, fabricante, abogado, etc.) no sería responsable de la conducta delictiva del actor principal incluso si lo hubiera realizado la conducta propia de su rol a sabiendas de que ello iba a ser aprovechado por el otro para cometer un delito[114]. Podría responder, eso sí, de un delito relacionado con la infracción de un deber general de solidaridad y ser penado por un delito de "omisión de auxilio" o de socorro[115]. En el caso de los "conocimientos especiales", solamente se admitiría un delito de

---

[109] ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 2, § 26 I, n. marg. 218 y ss.; también en "Dogmática penal...", p. 68 y ss., 426 y ss. Existen soluciones globales que, o bien exigen la punibilidad en todos los casos, o sugieren la impunidad de todos ellos; ver al respecto, pero siguiendo la teoría "diferenciadora", HEINE en Schönke/Schröder, § 27, n. marg. 10b.

[110] ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 2, § 26 III, n. marg. 221 y ss., 241 y ss.

[111] KINDHÄUSER, "Strafrecht AT", § 42, n. marg. 19.

[112] KINDHÄUSER, c. más refs., "Strafrecht AT", § 42, n. marg. 19.

[113] Al respecto ampliamente y c. más refs. CARO JOHN, p. 25 y ss., 73 y ss.

[114] JAKOBS, "La imputación objetiva", p. 30 y s.; CARO JOHN, p. 82 y ss.

[115] Cfr. JAKOBS, "Strafrecht AT", sección 7, n. marg. 56 y ss., cap. 29, n. marg.13 y ss.; CARO JOHN, p. 85 y ss.

"omisión de socorro", porque, aunque el sujeto "no ha quebrantado el rol en el que se mueve" y no se ha sobrepasado por eso "el nivel de riesgo permitido", el comportamiento es "extremadamente insolidario"[116]. No hay que olvidar aquí que esta corriente aplica su teoría de imputación objetiva dentro de un marco más amplio tal como se ha visto arriba (ver en 4).

Aunque esta discusión también hubiera sido llevada a la jurisprudencia, sobre todo en la relacionada con el Derecho penal económico, no parece haber mayor trascendencia, porque todas suelen coincidir en el núcleo de lo discutido: la impunidad básica de las conductas cotidianas no dolosas, sin conocimientos especiales. P. ej. podría decirse que la jurisprudencia alemana parece haber recogido poco a poco la tesis roxiniana de que toda acción cotidiana resulta impune solamente cuando para el sujeto (p. ej. el notario, el abogado, el empleado bancario, etc.) no fuera reconocible el "sentido delictivo" de la conducta del actor principal (constitutiva de "infidelidad patrimonial", "estafa" en las inversiones de capitales o defraudación tributaria, respectivamente)[117]. Esto ha llevado a afirmar que, aunque todavía no hay consenso en la doctrina y jurisprudencia germanas, la versión roxiniana tendría buenas perspectivas de convertirse en dominante[118].

Se ha afirmado, de todos modos, que los resultados prácticos entre las distintas opiniones (también incluidas las anteriores teorías dominantes de la "causalidad" y de la "promoción") no se diferencian mucho[119]. Solamente la precisión roxiniana de la causalidad (en el sentido de un incremento de riesgo) ha sido criticada, aunque también defendida. Unos (los finalistas) critican su supuesta falta de claridad y extensión de la punibilidad: debería exigirse que la conducta del cómplice colabore efectivamente (y no solamente incremente el riesgo) con el autor[120]. Esto convertiría la conducta en un "delito" de peligro que haría punible como delito consumado cualquier "tentativa de complicidad"[121]. Como estos críticos exigen una "ayuda de facto" para admitir una complicidad punible, el mero (ex ante) incremento de riesgo les parece que llevaría a una ampliación de la punibilidad.

---

[116] JAKOBS, "La imputación objetiva...", p. 59.

[117] Explicando estos ejemplos jurisprudenciales cfr. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo II, § 26, n. marg. 251 y ss.; también KÜHL, quien se aúna al criterio jurisprudencial del "ajustarse al plan delictivo del autor principal" [traducción libre], "Strafrecht AT", § 20, n. marg. 222c.

[118] Como también presagia el propio ROXIN, "Strafrecht AT", tomo II, § 26, n. marg. 219.

[119] KÜPPER, "Grenzen...", p. 113.

[120] KÜPPER, c. más refs., "Grenzen...", p. 114.

[121] KÜPPER, ibídem, c. más refs.; JAKOBS "Strafrecht AT", sección 22, n. marg. 35

El criterio de la "elevación del riesgo" también es empleado en los casos de *conocimientos especiales* (Sonderwissen) del sujeto[122], es decir, cuando este, debido a conocimientos específicos, superiores a los de un sujeto promedio, es capaz de conocer la peligrosidad de la conducta propia (autoría) o de otro sujeto que va a realizar una conducta aparentemente inocua y a la cual él, con su conducta, va a contribuir (complicidad). P. ej. el famoso caso del mozo que por sus estudios universitarios conoce la propiedad venenosa del alimento que va a servir a la víctima de un tercero que quiere provocar la muerte de esta. Desde una perspectiva de la protección de bienes jurídicos solamente interesa que para el propio sujeto activo hubiera estado claro que su contribución implicaba un riesgo para aquellos; y esto se puede evaluar mediante el parámetro del observador ex-ante provisto de los conocimientos especiales[123]. A esta doctrina, los finalistas critican que sería antisistemática, porque estaría tratando dentro de la tipicidad objetiva un asunto correspondiente a la tipicidad subjetiva (el conocimiento del sujeto activo)[124]. No obstante, ROXIN ha aclarado que el conocimiento especial, si existiera, es elemento constitutivo del concepto "peligro no permitido" que forma parte del tipo objetivo: "Dado que solamente puede alcanzarse una protección de bienes jurídicos a través de la prohibición de conductas peligrosas, y como la prohibición solamente puede apoyarse en un juicio ex-ante, el conocimiento del autor tiene que integrarse en el juicio sobre la peligrosidad objetiva de su acción"[125]. Y que: "Según lo dicho, el tipo objetivo no se llama objetivo por el hecho de que la imputación a él deba estar basada exclusivamente en hechos objetivos, sino porque el resultado de la imputación, la presencia de una acción homicida o lesionadora, etc., es algo objetivo[126].

Para los normativistas sistémicos, en cambio, es decisiva la delimitación de círculos de organización a través de roles; si los conocimientos especiales de un sujeto no corresponden al rol concreto que posee, este conocimiento no puede servir de base para una responsabilidad penal[127]. Ellos ven aquí una no-responsabilidad con base objetiva (prohibición de regreso) que no podría

---

[122] Al respecto ampliamente y c. más refs., ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 11, n. marg. 40, 56 y ss.; para los delitos imprudentes, ibídem, § 24, n. marg. 53, 61 y ss.; últimamente GRECO, "Das Subjektive...", p. 519 y ss.

[123] Cfr. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 11, n. marg. 56; también LENCKNER/EISELE en Schönke/Schröder, §§ 13 y ss., c. más refs., n. marg. 92, 93;

[124] ARMIN KAUFMANN, p. 206 y s.; ver una amplia exposición de esta crítica en GRECO, "Das Subjektive...", p. 522 y ss.

[125] ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 11, n. marg. 57.

[126] ROXIN, ibídem, al final; similar, c. más refs. LENCKNER/EISELE en Schönke/Schröder, vor §§ 13 y ss., n. marg. 92; en este sentido, ampliamente, GRECO, "Das Subjektive...", p. 534 y ss., 546 y ss..

[127] Cfr. JAKOBS, "Strafrecht AT", sección 7, n. marg. 49 y s.; MÜSSIG, c. más refs. "Zurechnungsformen...", p. 432.

ser saltada argumentado una imputación subjetiva[128]. Solamente cuando, por diversos motivos (p. ej. posición de garantía), el conocimiento especial pasara a formar parte del rol del sujeto activo, este respondería sea por el delito específico; eventualmente quedaría la punibilidad por una omisión simple cuando se pudiera afirmar en el sujeto un deber de solidaridad general[129]. El problema de esta concepción es que lleva a excluir conductas claramente punibles (por el delito específico y no por una omisión de auxilio); cuando existe un sujeto activo que con dolo (incluidos los conocimientos especiales) hubiera prestado una contribución para la realización de un peligro no permitido (p. ej. la muerte de un tercero), y si no se presentara ninguna causa de justificación o de exculpación, no hay razón para excluir su punibilidad afirmando que no se ha salido de su rol[130].

También se ha argumentado el criterio roxiniano de la "disminución del riesgo" para excluir la imputación de la conducta cómplice: si la contribución estuviere destinada a debilitar el ataque al bien jurídico no debería ser considerada complicidad (p. ej. la recomendación del abogado a su cliente para que éste con su acción cause menos perjuicios con su conducta fraudulenta)[131].

En la *inducción*, a diferencia de la complicidad, casi no se argumenta la necesidad de recurrir a algún criterio de imputación objetiva para delimitar la conducta inductora punible, de la impune. Los criterios legales de la "inducción" son más estrictos que los de la complicidad; p. ej. cuando se exige "determinar" a otro, esto suele ser entendido por la doctrina de manera estrictamente causal[132]. Pero en algunos casos de "inducción a un delito menos grave" [Abstiftung], se recurre al criterio de la "disminución de riesgo" para excluir la punibilidad de la conducta inductora[133].

6. Conclusiones

Se ha visto que la teoría de la imputación objetiva es empleada para excluir del tipo objetivo una serie de conductas, las cuales no pasarán luego al

---

[128] Cfr. MÜSSIG, "Zurechnungsformen...", p. 432.

[129] Cfr. JAKOBS, "Strafrecht AT", sección 7, n. marg. 50.

[130] Cfr. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, § 11, n. marg. 57; también KINDHÄUSER, "Strafrecht AT", § 42, n. marg. 19.

[131] Entre otros, BLOY, "Die Beteiligungsform...", p. 279 y s.; críticamente al respecto, la exposición de KÜPPER, para quien se trata de un problema de la parte especial (correcta interpretación de la conducta típica de cada delito), "Grenzen...", p. 114.

[132] Cfr. KÜPPER, "Die Grenzen...", p. 115.

[133] ROXIN, "Strafrecht AT", tomo II, § 26, n. marg. 69; HEINE, c. más refs., en Schönke/Schröder, § 26, n. marg. 8, p. 524. Críticamente KÜPPER, para quien se trataría más bien de un problema de la parte especial; "Grenzen...", p. 115.

siguiente nivel de análisis. En esto, los criterios se aplican al injusto imputable al sujeto activo de los tipos penales: el autor, pero no para definir la autoría, sino para determinar la trascendencia penal de su conducta. Aisladamente, en el análisis de las contribuciones de "complicidad" se emplea algún criterio de imputación objetiva para delimitar la ilicitud de las "conductas neutrales" o, incluso, la de los casos de "disminución de riesgo" en la inducción. En esto existe un amplio consenso en la doctrina mayoritaria, la cual solamente sigue discutiendo aquí sobre los detalles de cada uno de los criterios de imputación objetiva. Aisladamente existen teorías que, sobre distintas bases metodológicas, o bien aplican una amplia teoría de la imputación objetiva (riesgo permitido, prohibición de regreso) para definir la infracción de deberes en el marco de una sociedad organizada sobre la base de roles y expectativas, o pretenden utilizar criterios de imputación objetiva para definir y delimitar la autoría y la participación. Todo esto constituye doctrina muy minoritaria y solamente resulta aceptable en tanto algún criterio de imputación objetiva sea utilizado para la interpretación de los elementos de una forma de participación.

Culmino así este trabajo de investigación sobre un tema tan difícil y amplio, merecedor todavía de un análisis más profundo, no obstante esperando haber contribuido en algo a dilucidar las relaciones existentes entre la imputación objetiva y la participación delictiva, y enviando un caluroso saludo al colega, amigo y "nunca bien ponderado" difusor decisivo del Derecho penal peruano.

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: "A manera de presentación: nociones preliminares", en: Roxin, "La imputación objetiva en el Derecho penal", Lima, 1997, p. 13 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 (Lima, 22 a 15 de setiembre de 2004)", Lima, 2004, pp. 7-36 [en esta compilación: p. 317-344]; "Autoría y participación y la teoría de los delitos de 'infracción del deber", Revista Penal (España), N° 14 (2004), p. 3-23 [en esta compilación: p. 377-410].

AICHELE, Alexander: "Ex contradictione quodlibet – Die Untauglichketi der Äquivalenztheorie zur Erklärung von Kausalität, die Untauglichkeit der Lehre von der objektiven Zurechnung zur Rechtfertigung von Zurechnungsurteilen und ein Vorschlag zur Güte", ZStW 123 (2011), p. 260-283.

BLOY, René: "Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht", Berlín, 1985.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Die objektive Zurechnung", Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, p. 213 y ss.

CARO JOHN, José Antonio: "La imputación objetiva en la participación delictiva", Lima, 2003.

DOLD, Dennis: , "Die Zurechnung des Erfolgs bei den Vorsatzdelikten", ZStW 122 (2010), p. 785-803.

FRISCH, Wolfgang: "Objektive Zurechnung des Erfolges", JuS 2011, p. 19-24, 116-123, 205-209; "Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre", Goltdammer's Archiv 2003, p. 719 y ss.; "Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs", en: Festschrift für Claus Roxin, Berlín, 2001, pp. 213-237.

GRECO, Luis: "Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum ‚Problem' des Sonderwissens", ZStW 117 (2005), pp. 519-554.

HAAS, Volker: "Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen. Zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre", Berlín 2008; "Kritik der Tatherrschaftslehre", ZStW 119 (2007), pp. 519-546; "Die strafrechtliche Lehre von der objektiven Zurechnung –eine Grundsatzkritik", en: Kaufmann, Mathias/ Renzikowski, Joachim (edits.), "Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung", Fráncfort del Meno, 2004, p. 193-224.

HIRSCH, Hans-Joachim: "Zur Lehre von der objektiven Zurechnung", en: Festschrift für Theodor Lenckner, Múnich, 1998, p. 119-141; "Zur Untrecht des fahrlässigen Delikts", Festschrift für Lampe, Berlín, 2003, p. 515 y ss.

HOYER, Andreas: "Kausalität und/oder Risikoerhöhung", Festschrift für H.-J. Rudolphi, Múnich, 2004, pp. 95-105.

HRUSCHKA, Joachim: "Regreßverbot und Anstiftungsbegriff", ZStW 110 (1998), pp. 581-610.

JAKOBS, Günther: "Beteiligung", Festschrift für Lampe, Berlín, 2003, p. 561-575; "La imputación objetiva en derecho penal", Lima, 2001; "El concepto jurídico-penal de acción", en: "Bases para una teoría funcional del Derecho penal", Lima, 2000; "Bemerkungen zur objektiven Zurechnung", Festschrift für Hans-Joachim Hirsch, Berlín, 1999, p. 45-63; "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 2da. edición, Berlín, 1993 (traducción al español: editorial M. Pons, Madrid, 1995); "La coautoría como forma de intervención", p. 2, in: http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreasDerechoPenal/tablonpenal/jakobs.pdf

JESCHECK, Hans-Heinrich/ WEIGEND, Thomas: "Lehrbuch des Strafrechts A. T.", Berlín, 1996 (traducción al español de la 4ta. edición alemana., editorial Comares, Granada, 1993).

KAHLO, Michael: "Überlegungen zum gegenwärtigen Stand der objektiven Zurechnungslehre im Strafrecht", Festschrift für Wilfried Küper, Heidelberg, 2007, pp. 249-273.

KAUFMANN, Armin: "'Objektive Zurechnung' beim Vorsatzdelikt?", Festschrift für H.-H. Jeschek, tomo I, Berlín, 1985, pp. 251-271 (traducción al español: "¿Atribución objetiva en el delito doloso?" Anuario de Derecho Penal y CC. PP., 1985, p. 807 y ss.

KINDHÄUSER, Urs: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 5ta. ed., Baden-Baden, 2011; "Risikoerhöhung und Risikoverringerung", ZStW 120 (2008), p. 481-503; "Der subjektive Tatbestand im Verbrechensaufbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektive Zurechnung", GA 2007, pp. 447-468.

KÖHLER, Michael: "Der Begriff der Zurechnung", en: Festschrift für Hans-Joachim Hirsch, Berlín, 1999, pp. 65-81; Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlín, 1997.

KRETSCHMER, Joachim: Welchen Einfluss hat die Lehre der objektiven Zurechnung auf das Teilnahmeunrecht?, Jura 2008, pp. 265-271.

KUDLICH, Hans: "Objektive und subjektive Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht – eine Einführung", Juristische Arbeitsblätter 2010, pp. 681-687.

KÜHL, Kristian: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 6ta. edición, Múnich, 2008

KÜPER, Wilfried: "Ein 'neues Bild' der Lehre von Täterschaft und Teilnahme", ZStW 105 (1993), pp. 445-482; Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt, Festschrift für Karl Lackner, Berlín, 1987, pp. 247-288.

KÜPPER, Georg: "Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik", Berlín, 1990.

MAIWALD, Manfred: "Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung", Festschrift für Koichi Miyazawa, Baden-Baden, 1995, pp. 465-482.

MÜSSIG, Bernd: "Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht –Zu Ansätzen einer Systematisierung", Festschrift für H.-J- Rudolphi, Múnich, 2004, p. 165-185; "Zurechnungsformen als gesellschaftliche Praxis", Festschrift für Günther Jakobs, Colonia, 2007, pp. 405-433.

OTTO, Harro: Kausalität und Zurechnung, Festschrift für E. A. Wolff, Berlín, 1998, p. 395-416.

PUPPE, Ingeborg: "Brauchen wir eine Risikoerhöhungstheorie?", en: Festschrift für Claus Roxin, Berlín, 2001, pp. 287-306; "Die Lehre von der objektiven Zurechnung", Jura 1997, pp. 408-416 (primera parte); pp. 513-519 (segunda parte); pp. 624-631 (tercera parte); y Jura 1998, pp. 21-31 (cuarta parte); "Strafecht. Allgemeiner Teil, tomo I", Baden-Baden, 2002.

RENZIKOWSKI, Joachim: "Pflichten und Rechte –Rechtsverhältnis und Zurechnung", GA 2007, pp. 561-578.

ROXIN, Claus: "Streitfragen bei der objektiven Zurechnung, Festschrift für Manfred Maiwald, Berlín, 2010, pp. 715-733;"Strafrecht. Allgemeiner Teil", 2da. edición, tomo I, Múnich 1994 (traducción al español de la primera edición alemana: "Derecho penal. Parte general", editorial Civitas, Madrid, 1997); "Dogmática penal y política criminal", Lima, 1998.

SAMSON, Erich: "Erfolgszurechnung und Risiko", Festschrift für Klaus Lüderssen, Baden-Baden, 2002, pp. 587-598.

SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst/otros: "Strafgesetzbuch", 28va. ed., Múnich, 2010.

SCHUMANN, Heribert: "Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen", Tubinga, 1986.

SCHUMANN, Kay H.: "Der Täter und sein Opferwerkzeug", Festschrift für Ingeborg Puppe, Berlín, 2011, pp. 971-988.

SCHUMANN, Heribert/SCHUMANN, Antje: "Objektive Zurechnung auf der Grundlage der personalen Unrechtslehre?, Festschrift für Wilfried Küper, Heidelberg, 2007, pp. 543-560.

SCHÜNEMANN, Bernd: "Über die objektive Zurechnung", Goltdammer's Archiv 1999, pp. 207-229; Observaciones a la resolución del BGH del 03-05-84, en Strafverteidiger 1985, p. 229 y ss.

STEIN, Ulrich: Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, Berlín, 1988.

STRATENWERTH, Günter: "Kritische Anfragen an die Rechtslehre nach, Freiheitsgesetzen", Festschrift für E. A. Wolff, Berlín, 1998, pp. 495-507.

WOLFF, Ernst Amadeus: "Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen", en Hassemer (ed.), "Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform", Fráncfort del Meno, 1987, pp. 137-224; "Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität", ZStW 97 (1985), pp. 787-830.

ZACZYK, Rainer: "Das Subjekt der objektiven Zurechnung und die Lehre von Günther Jakobs", Festschrift für Günther Jakobs, Colonia, 2007, pp. 785-799; "Über Begründung im Recht", Festschrift für E. A. Wolff, Berlín, 1998, pp. 509-524.

Autoría y participación y la teoría de los delitos de "infracción del deber"(*)

1. Introducción

Pocos temas son tan polémicos como los que derivan de la "autoría y participación" en el delito. Si bien es cierto, existe una base legal que permite un consenso sobre algunos puntos discutidos anteriormente (p. ej., admisibilidad, en nuestros países, de la "teoría diferenciadora", diferenciación de tres formas distintas de "autoría", accesoriedad de la participación, etc.), todavía existen vivas discusiones sobre algunos puntos: los criterios para distinguir entre autor y partícipe; entre autores directos, mediatos o coautores; entre autores mediatos e instigadores; entre cómplices (primarios) y coautores, etc. La discusión –condicionada en parte por la base legal existente– se vuelve mucho más complicada aún cuando se llega al terreno donde la base legal no es clara o ni siquiera existe. Ello ocurre cuando se trata de explicar la autoría y la participación en los llamados "delitos especiales". A grandes rasgos se pueden dividir aquí las tendencias en dos grandes grupos: los que "tradicionalmente" aplican la tesis y las consecuencias del "dominio del hecho" también en este grupo de delitos; y los que parten de una concepción distinta abandonando el "dominio del hecho" para este grupo de delitos y centrándose más bien en la "infracción del deber". A continuación, se examinarán estas teorías, sus propuestas y consecuencias en la solución práctica de casos (especialmente en los delitos contra la administración pública), y se extraerán algunas conclusiones.

Debe resaltarse, por lo demás, que el problema que se va a analizar no solamente tiene un mero interés teórico; su enorme relevancia práctica se hace patente una y otra vez en la tarea jurisprudencial y recientemente ha adquirido especial atención en la dogmática penal latinoamericana "gracias" a sonados casos judiciales contra ex funcionarios de regímenes corruptos, pues precisa-

(*) Artículo publicado anteriormente en la "Revista Penal" de España, N° 14 (2004), p. 3-23, y en la "Revista Peruana de Ciencias Penales", N° 17 (2005), pp. 19-51.

mente muchos tipos penales de delitos contra la administración pública tienen la estructura de "delitos especiales" (o de "infracción del deber")[1].

2. Los delitos especiales

Como es propio de la *teoría diferenciadora*, adoptada en la mayoría de los sistema penales de corte europeo-continental (Alemania, España, Suiza, Argentina, Perú), debe distinguirse entre "autores" y "partícipes" (y estos últimos a su vez entre "inductores" y "cómplices"). Para realizar esta distinción, la doctrina dominante se sirve de la teoría del *dominio del hecho*. Luego, "autor" será aquel que ejecutare los hechos típicos con dominio del hecho[2]; "partícipe", aquel que colaborare con éste en la ejecución de tales hechos sin poseer tal dominio del hecho. El "dominio del hecho", según la teoría dominante[3], se manifiesta, a su vez, de tres maneras: a) como "dominio de la acción" propia del individuo (autoría directa); b) como "dominio de la voluntad" de un tercero utilizado como "instrumento" o "intermediario humano" (autoría mediata), y c) como "dominio funcional" del hecho, hecho que es ejecutado conjuntamente con otros (coautoría). Son conocidas las discusiones en la dogmática penal para diferenciar cada una de estas formas de autoría, así como, en concreto, para diferenciar los casos de autoría de los de participación (especialmente, en España y algunos países latinoamericanos, entre "complicidad primaria" y "coautoría", y entre "complicidad primaria" y "complicidad secundaria")[4]; todo esto no puede ser materia del presente trabajo ni interesa a los fines que se persiguen con él.

Ahora bien, existen determinados delitos que la doctrina (alemana) ha conocido tradicionalmente como *delitos especiales* (Sonderdelikte) para dis-

---

(1) Curiosamente también en Alemania la discusión dogmática sobre la participación de extranei en delitos especiales fue motivada ya a principios del siglo XX, debido a casos jurisprudenciales referidos a delitos contra la administración pública; ver ref. en CORTES ROSA, p. 416.

(2) ROXIN define al autor (en los delitos de dominio, será el que tiene "dominio del hecho"; en los de "infracción del deber", el portador del deber especial que lo infringe) –bajo un denominador común– como la "**figura central** en la realización de la conducta ejecutiva típica"; ver "Strafrecht AT 2", p. 9, n. marg. 10, 12.

(3) Véase, c. más ref., entre la gran cantidad de autores que han tratado el tema, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 451 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, p. 651 y ss.; ROXIN, "Dogmática penal y política criminal", p. 358 y ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, p. 196 y s.; HURTADO POZO, p. 518 y ss. Otros autores parten del "dominio del hecho" o llegan a los mismos resultados a través de una argumentación distinta; p. ej. Santiago MIR PUIG, a través del criterio normativo de la "relación de pertenencia" del hecho al autor como suyo, p. 364 y ss., 366 y s. JAKOBS normativiza la "autoría" refiriéndose a una "plena competencia por el hecho" según "distintos ámbitos de dominio"; ver "Strafrecht AT", p. 612 y ss., n. marg. 35 y ss.; también ampliamente en "El ocaso del dominio del hecho", p. 165 y ss. De manera crítica a la teoría del "dominio del hecho", ampliamente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "La autoría en Derecho penal", especialmente, p. 545 y s.

(4) Al respecto ver, c. más ref., la exposición resumida de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, p. 47 y ss., 67 y ss.; también de manera especialmente ilustrativa sobre la complicidad, ROXIN, en "Dogmática penal y política criminal", p. 403 y ss. Para el Perú, VILLAVICENCIO TERREROS, p. 197 y ss.; HURTADO POZO, p. 520 y ss., 542 y ss.

tinguirlos de los "delitos comunes" (Jedermannsdelikte). Mientras que en estos últimos, cualquiera puede ser autor del delito, en los primeros el círculo de autores está circunscrito solamente a un grupo de sujetos que reúnen una cualidad exigida en el tipo penal (los "intranei")[5]. La cualidad puede estar expresamente mencionada en el tipo penal (p. ej. "funcionario público", "accionista", "testigo", etc.) o puede deducirse de los demás elementos típicos (p. ej. el que ha participado en un accidente de tráfico, etc.). Otros sujetos que participen en la comisión de estos delitos, al no poseer dicha cualidad –ya por decisión del legislador– no podrán ser nunca considerados como autores de estos delitos especiales (son "extranei"), así hayan tenido efectivamente un dominio del hecho. Además, se conoce todavía una subdivisión de los delitos especiales en "impropios" y "propios". En los delitos especiales "impropios" –según la definición tradicional–, la cualidad solamente equivale a un elemento adicional que agrava (o eventualmente atenúa), el injusto ya existente en un delito común, de tal manera que si el sujeto activo no tuviera la cualidad exigida por el tipo especial, siempre podrá serle de aplicación el tipo penal común; p. ej. la "concusión" (art. 382)[6], según la modalidad, en relación con los delitos de "coacciones" (art. 151) o la "estafa" (art. 196); el "peculado" (art. 387), en relación con el "hurto" (art. 185) o la "apropiación ilícita" (art. 190). En cambio, en los delitos especiales "propios", la cualidad del autor fundamenta el injusto penal; por lo tanto, no existe un tipo penal común similar que pueda aplicarse al sujeto en el caso de que este no reuniera la cualidad exigida en el tipo especial. P. ej. son delitos especiales propios el "abuso de autoridad" (art. 376), la "malversación de fondos" (art. 389), el "cohecho pasivo" (art. 393), el "enriquecimiento ilícito" (art. 401), el "prevaricato" (art. 418).

3. La autoría y la participación en los delitos especiales

El problema que se presenta aquí consiste en cómo deben aplicarse las reglas de "autoría y participación" en estos delitos cuando intervienen en la ejecución de los hechos tanto sujetos que reúnen la cualidad exigida por el tipo penal (intranei) como otros que no la poseen (extranei). Es esta *participación del extraneus en los delitos especiales*, la que ha generado desde antiguo mucha polémica en la doctrina penal alemana (y algo más tarde en la hispanoamerica-

---

[5] Sobre los "delitos especiales" ver, entre otros, ROXIN, "Strafrecht AT 1", p. 327 y ss, 337 y s.; JESCHECK/WEIGEND, p. 260 y ss., 266 y s.; KÜHL, p. 761 y s., n. marg. 13; LANGER, en una amplia monografía, ver esp. p. 456, 468 y ss. En España, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 273 y ss, 276; MIR PUIG, Santiago, "Derecho penal, p. g.", p. 199 y ss., 206 y s. En Perú, HURTADO POZO, p. 363; VILLAVICENCIO TERREROS, p. 139. Refiriéndose especialmente a los delitos contra la administración pública, Carlos MIR, p. 72 y ss., CRAMER, en Schönke/Schröder, p. 2256 y s., n. marg. 6 y s., ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública", p. 47 y ss..

[6] En adelante, los artículos citados, cuando no se señale expresamente su origen, se referirán siempre al CP peruano.

na), llevando a soluciones de lo más dispares que van desde la impunidad total del extraneus (y en muchos casos también la del intraneus) hasta su punibilidad como partícipe del hecho punible del intraneus, o incluso como autor del delito común subyacente (en los delitos especiales impropios).

En resumen existen dos posibilidades para llevar a cabo la delimitación de la autoría y la participación en los delitos especiales: emplear –como se hace en los delitos comunes– la teoría del "dominio del hecho", o recurrir a la relativamente nueva teoría de la "infracción del deber". Ambas soluciones provienen de Alemania donde el problema mismo fue planteado por Johannes NAGLER ya en 1903 en su monografía "Die Teilnahme am Sonderverbrechen" (La participación en los delitos especiales). La segunda corriente fue fundada por Claus ROXIN en 1963 a través de su obra "Täterschaft und Tatherrschaft" (Autoría y dominio del hecho).

La mayoría de los autores aplican, de distinta manera, los principios de la teoría del "dominio del hecho" también en los delitos especiales. Aquí ya se han planteado sobre todo dos posibilidades (que se describen con la terminología empleada en la doctrina hispana):

a) La teoría de la *ruptura del título de imputación*. Según ella, los tipos penales de delitos especiales solamente se referirían a los intranei; por lo tanto, los extranei solamente serían punibles sobre la base de los tipos penales comunes que concurran ("cada uno responde por su propio injusto"). Los partidarios de esta teoría[7] se apoyan para esta afirmación en un supuesto apoyo legal contenido en la regla de la "comunicabilidad de circunstancias personales" (art. 26 CP peruano, art. 65 CP español), la cual exigiría que la "cualidad" de los tipos especiales no deba nunca servir de base para la tipicidad (y la pena) de los partícipes extranei. P. ej. cuando un funcionario público, con dominio del hecho, se apropia de caudales que debe administrar, con ayuda de un particular, el primero será autor de "peculado" (art. 387), mientras que el segundo solamente autor o cómplice (según su dominio del hecho) de un "hurto" (art. 185). Al revés, cuando el "dominio del hecho" lo hubiera tenido el extraneus y el funcionario intraneus únicamente hubiera colaborado con aquel sin

[7] En España, esta teoría todavía tiene algunos importantes defensores. Ver ref. en BOLDOVA PASAMAR, p. 131 y ss., 219 y ss. Últimamente REBOLLO VARGAS aplica una cierta "ruptura" de la imputación en los delitos especiales impropios cuando el intraneus usa como instrumento a un extraneus doloso, pues considera a cada uno de ellos como autores del delito correspondiente. Pero este autor considera que su propuesta sigue respetando, en lo básico, la unidad del título de imputación, pues su solución solamente produce la "ruptura" en el caso de la autoría (en casos de participación mantiene la unidad); ver p. 162 y s. En Alemania la doctrina todavía dominante y la jurisprudencia aplican una "ruptura" en los delitos especiales impropios (pero no a los propios) basándose en el art. 28, segundo párrafo CP alemán para sancionar al extraneus como partícipe del "delito básico"; ver las ref. y comentarios críticos en CORTES ROSA, p. 413 y ss.; SÁNCHEZ-VERA, p. 181 y ss.

dominio del hecho en el apoderamiento de los caudales, la consecuencia lógica será que el primero responda como autor de "hurto" y el segundo" como partícipe de "peculado". En el caso de los "delitos especiales propios", aplicando consecuentemente esta teoría, siempre habría impunidad en el extraneus, pues no existe ningún delito común subyacente aplicable a este. P. ej. en el caso del particular que colabora dolosamente con el funcionario público que da una orden abusiva e idónea para perjudicar intereses de terceros (art. 376, segunda alternativa); o incluso, en el "cohecho pasivo propio" (art. 393), el sujeto que, con dominio del hecho, recibe para el funcionario dádivas de un tercero a quien se quiere favorecer en un asunto administrativo, no podría ser considerado ni autor de un cohecho pasivo (le falta la cualidad de sujeto activo), ni cómplice de este delito (faltaría un injusto principal por defecto del tipo penal de cohecho pasivo); y sería discutible su responsabilidad por "tráfico de influencias" (art. 399), pues su conducta no estriba propiamente en una "venta de influencias", sino en una colaboración en la recepción de sobornos (cohecho pasivo). Ciertamente, en muchos casos, la impunidad del extraneus se verá atenuada por el hecho de que el CP prevé otros tipos penales autónomos o de distinta naturaleza que podrían abarcar la conducta de los extranei. P. ej. en el caso del "cohecho pasivo propio" (art. 393) uno podría considerar al colaborador del funcionario como partícipe de "cohecho activo" (art. 398); en el "enriquecimiento ilícito" (art. 401), el testaferro podría ser considerado como autor del delito de encubrimiento real (art. 405), etc.

Pero el defecto esencial de esta teoría está en que atenta contra la "accesoriedad" de la participación, pues en los casos en los cuales quien haya tenido el dominio del hecho hubiera sido el intraneus, la punibilidad del partícipe extraneus no va a depender del "hecho principal" punible (el delito especial), sino de otro que en realidad no se ha cometido (el delito común). Y también al revés, cuando el domino del hecho lo hubiera tenido el extraneus, el intraneus resultaría punible como partícipe de un "delito especial" que no se ha cometido en realidad, pues al extraneus se le imputa el delito común. Por último, en los casos de "delitos especiales propios", donde no existen delitos comunes aplicables, habría siempre impunidad del extraneus y, en los casos en que éste ejecutare los hechos, por accesoriedad, también sería impune el intraneus.

b) En cambio, para la teoría de la *unidad del título de imputación*, el extraneus sí puede ser partícipe del delito especial, pues si bien no es ni puede ser considerado autor, nada impediría que pueda sea abarcado como cómplice o instigador de dicho delito. También al extraneus se dirigiría la norma subyacente al tipo penal, pues se trataría de proteger un interés

determinado (un bien jurídico) y la protección no solamente sería de interés para todos, sino crearía también el deber, dirigido a todos, de no atentar contra esta protección[8]. Los partidarios de esta tesis refutan el argumento de que la regla de la "comunicabilidad de circunstancias personales" exigiría la "ruptura del título de imputación" cuando el delito hubiera sido cometido conjuntamente por intranei y extranei. Esta regla precisamente diría lo contrario de lo que se argumenta: consagraría la "accesoriedad" de la participación respecto de la autoría, y la imposibilidad de la punibilidad del extraneus como autor del delito especial; pero no diría que el extraneus no pueda ser partícipe de un delito especial. Luego, el partícipe siempre lo será en relación con un hecho punible cometido por el autor y no con un hecho inexistente. Además, el extraneus que colabora con el intraneus en la comisión de un delito especial impropio, en realidad, no realizaría un injusto del delito común, sino uno más grave que éste: el del delito especial[9].

Luego, en los delitos especiales, propios e impropios, solamente el intraneus (el funcionario público, en el caso analizado) podría ser autor del delito, pero los extranei (particulares u otros funcionarios sin la función específica exigida por el tipo, si fuera el caso) serían partícipes del mismo delito, incluso cuando fácticamente hubieran tenido el dominio del hecho[10]. La imputación (única) de la autoría (sobre cuya base se construirá la participación) dependerá de quién haya ejecutado los hechos con "dominio del hecho". Si este "dominio del hecho" lo tenía el intraneus y el extraneus solamente ha colaborado con un aporte menos importante, este último será "partícipe" del primero en el delito especial. Si el dominio del hecho lo tuvo el extraneus y el intraneus no, el delito cometido será el "común" y el intraneus será partícipe en este delito común. P. ej. en el caso del "peculado", aplicando esta regla, en el primer caso, el funcionario sería autor de peculado y el particular cómplice de peculado; en el segundo caso, el funcionario solamente sería cómplice de un delito de hurto cometido por el particular.

---

[8] Defienden esta teoría, entre otros, QUINTERO OLIVARES, "Los delitos especiales", p. 40 y ss., esp. 42, 45; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, p. 457, 466 y ss.; MUÑOZ CONDE, p. e., p. 833; GIMBERNAT ORDEIG, p. 292 y ss., 300; c. más ref. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, p. 169 y ss., 191 y ss.; PEÑA OSSA, p. 39 y ss. También yo me he pronunciado anteriormente a favor de esta tesis; "Los delitos contra la administración pública", 1ra. ed., p. 50, 2da. ed., p. 57.

[9] Explicando esto c. ej., CORTES ROSA (quien por lo demás sigue la tesis de la "infracción del deber"), p. 426 y ss., 432 y s., 439.

[10] QUINTERO OLIVARES, "Los delitos especiales", p. 50. Este autor emplea, por lo demás, una terminología particular para explicar mejor su posición (que entonces no era aún dominante en España); diferencia entre autor y coautor "principal" (que solamente podrían ser los que reúnen las cualidades especiales exigidas por el tipo) y autor o coautor "material" (que puede ser cualquiera que tiene dominio del hecho en la realización del tipo); ver p. 73 y ss., 79 y ss.

Aunque la teoría de la "unidad del título de imputación" haya dominado en los últimos años tanto en la doctrina alemana como en la española, ella no deja tampoco de tener vacíos. Es especialmente insatisfactoria cuando se trata de fundamentar la autoría del intraneus que se vale de un "extraneus" que actúa voluntaria y conscientemente (y por lo tanto, en realidad, sin las características del "intermediario" de la autoría mediata tradicional) en la ejecución del delito. Este caso se conoce en la doctrina como el de un *instrumento doloso no cualificado*[11]. Aplicando aquí estrictamente la teoría del "dominio del hecho" tendría que, en los delitos especiales impropios, imponerse al extraneus la pena por autoría del delito común y, al intraneus, solamente una sanción penal como partícipe de este delito común; y en los delitos especiales propios sería inevitable la impunidad de ambos (bajo cualquiera de las dos teorías antes analizadas): la conducta del extraneus sería atípica y, por accesoriedad limitada, la del intraneus también lo sería[12].

Para evitar la impunidad en estos casos, en Alemania se barajan otras soluciones que justifiquen el dominio del hecho del intraneus. Una de ellas es la que admite excepcionalmente la "autoría mediata" del intraneus que no ejecutó por sí mismo los hechos y se valió del "instrumento doloso no cualificado", pues aquí existiría –se argumenta– debido al deber especial del primero (sin el cual no sería posible el delito), un "dominio normativo-psicológico del hecho"[13]. Pero esta solución no deja de ser artificial, pues se aleja de la base "real" del "dominio del hecho", redefiniéndolo de manera dudosa[14]. Otra posibilidad consistiría en admitir una autoría por "omisión impropia" del intraneus, pero esta interpretación supondría transformar la "cualidad especial" en fundamento de la posición de garante y, con ello, al tipo mixto de dominio y de infracción del deber (el problema se presenta en estos) en uno de "pura infracción del deber", eliminando así, contra legem, la exigencia típica de una acción determinada[15]. En realidad, una aplicación consecuente de la teoría

---

[11] Sobre esta problemática ver recientemente, entre otros y c. más ref., ROXIN, "Strafrecht AT 2", p. 108 y ss., n. marg. 275 y ss.; STRATENWERTH, p. 306 y ss., n. marg. 38 y ss.; KÜHL, p. 783, n. marg. 56b. En lengua española ver REBOLLO VARGAS, p. 143 y ss.

[12] Estas consecuencias también las aceptan algunos de la "tesis mixta" (admisión, en principio, de "delitos de infracción del deber", pero también de tipos que exigen tanto la "infracción del deber" como también un dominio del hecho), ver ref. en ROXIN "Autoría y dominio del hecho", p. 748; KÖHLER, p. 511 y s. Sobre la "tesis mixta" ver más abajo en 2,2.

[13] JESCHECK/WEIGEND, p. 670. Ver también en LÓPEZ BARJA, p. 171 y s.

[14] ROXIN hace una exposición crítica de esta y otras teorías que tratan de adaptar el concepto "dominio del hecho" al caso del instrumento doloso no cualificado; ver en "Strafrecht AT 2", p. 109 y ss., n. marg. 276 y ss.; "Autoría y dominio del hecho", p. 746; igualmente crítica es la posición de STRATENWERTH, quien acusa a la lectura "normativa" del dominio del hecho de ofrecer una "solución aparente" al reinterpretar el elemento "cualidad del sujeto activo" como "dominio del hecho", p. 307, n. marg. 40.

[15] Al respecto ver BLOY, p. 240 y s.

del "dominio del hecho" tendría que llevar a la impunidad en estos casos, pues por más que el tipo penal exija una cualidad para la autoría –cualidad que no tiene el instrumento doloso que ejecuta el delito– esto no podría eliminar la exigencia típica de dominio del hecho en el ejecutor (que sí tendría, en el caso expuesto, el extraneus), salvo en los casos en los que el tipo penal pueda interpretarse en el sentido de que no exige ningún dominio del hecho[16].

En España, últimamente REBOLLO VARGAS (quien parte del "dominio del hecho"), analizando casos de delitos especiales impropios, propone una solución diferenciada de casos de "instrumento doloso": según si el instrumento doloso no tuviera realmente el dominio del hecho, aunque tenga el conocimiento de lo que pretende el hombre de atrás, o si, en realidad, sí tiene el dominio del hecho en el sentido de poder decidir finalmente sobre la ejecución de los hechos (caso que se puede distinguir según si tal dominio es compartido o no con el hombre de atrás). En el primer caso, el hombre de atrás sería "autor mediato" del delito especial; y el extraneus, partícipe en éste; en el segundo caso, el ejecutor inmediato sería autor ("inducido"); y el hombre de atrás, un "inductor". Llevada esta tesis a los delitos especiales, cuando el "intraneus" empleare un instrumento doloso no cualificado ("extraneus"), aquel sería autor mediato del delito especial; y éste, autor o partícipe del delito común. Al revés, si el extraneus hubiera inducido al intraneus, aquél sería autor mediato del delito común, mientras que éste sería autor del delito especial. Con esto, REBOLLO VARGAS postula en definitiva una "ruptura" del título de imputación en los casos de "delitos especiales impropios", pues los resultados que propone afectan al injusto mismo de la conducta del extraneus. Así, el instigador extraneus del funcionario público que ha torturado sería punible como "autor" del delito común de "trato degradante" (art. 173 CP español), mientras que el funcionario público inducido sería autor de "torturas" (art. 176)[17]. Pero aquí cabría preguntarse si la diferenciación en dos grupos de "instrumento doloso no cualificado" tiene sentido. Y es que si el "instrumento" tiene el dominio del hecho, en realidad dejaría de ser "instrumento" y lo lógico sería –desde la perspectiva del dominio del hecho y de la unidad del título de imputación– que la imputación por autoría se dirija a él y ya no al intraneus. Y con ello se llegaría a impunidades intolerables en los delitos especiales propios, cuando el extraneus ejecutare los hechos; si los "dominó",

---

[16] Es el caso p. ej. de BOTTKE, quien se basa en el principio de legalidad para admitir que estos casos serían impunes incluso desde la perspectiva (que él propone) del "dominio de la configuración" (Gestaltungsherrschaft) de los hechos efectuados. Ver "Täterschaft und Gestaltungsherrschaft", p. 112, 117, 120. También OTTO, c. más ref., p. 255, col. der. (rechazando expresamente el "dominio normativo" por falta de "domino real de los hechos", ver p. 256, nota 52) y s.; STRATENWERTH, p. 306 y ss., esp. n. marg. 38; BLOY, p. 212 y s., 237 y ss. Mucho antes ya LANGER, p. 219 y s., 467.

[17] Ver REBOLLO VARGAS, p. 146 y ss., 151 y ss., 157 y ss.

el intraneus tendría que ser impune (y el extraneus también por falta de injusto común); si no los dominó, habría siempre impunidad del extraneus, pero el intraneus sería autor mediato[18]. Y en los delitos especiales impropios, la ruptura del título de imputación que se produce es siempre criticable por los motivos ya indicados arriba[19]. Más bien la diferenciación comprensible que propone REBOLLO VARGAS debería incidir en la "medición de la pena" según el "quantum" de injusto de la conducta del extraneus, tal como se analiza más abajo (ver 6, al final).

Otro problema dificilísimo discutido por la doctrina es el caso del empleo, por parte del extraneus, de un *instrumento cualificado no doloso o* (intraneus imprudente o que actuare bajo error), para ejecutar un delito especial. P. ej. el extraneus engaña al funcionario público para que este le revele un secreto, le entregue (o entregue a un tercero) bienes del Estado, prevarique, se aleje del lugar del accidente que ha causado, etc. En estos casos, si se tratare de delitos especiales propios (¡y en muchas legislaciones, los tipos correspondientes lo son!), dado que el extraneus solamente podría resultar punible accesoriamente en relación con el hecho punible del intraneus, y como éste resultaría mayormente impune (no suelen haber tipos especiales imprudentes o podría ser injusto el reproche de imprudencia), el extraneus resultaría también siempre impune.

Por lo demás, en legislaciones penales como la peruana, el problema práctico de aplicar la teoría de la "unidad del título de imputación" está en que en algunos casos llevaría a intolerables consecuencias dada la existencia de tipos penales especiales en los cuales la "cualidad" tiene que ver con características personalísimas del autor y que prevén, además, penas o muy severas o muy benignas: el "parricidio" (art. 107) y el "infanticidio" (art. 110) (ver al respecto 6).

4. La teoría de los "delitos de infracción de deber"[20]

Una concepción totalmente diferente para dar solución a los problemas de autoría y participación en los delitos especiales es la propugnada por Claus

---

[18] Precisamente este caso critica ROXIN a la doctrina tradicional alemana, pues –argumenta él– no puede haber sido la voluntad del legislador el querer que el intraneus evada la punibilidad, empleando siempre a un extraneus para cometer delitos especiales propios; ver "Strafrecht AT 2", p. 110, n. marg. 279.

[19] El propio REBOLLO VARGAS reconoce que con su tesis se produciría tal "ruptura", la cual se vería justificada, en los delitos especiales impropios (en concreto, para el binomio "torturas"-"trato degradante"), por el hecho de que el ejecutor inmediato (extraneus) no habría cometido el delito especial sino el común; ver p. 162. Pero lo mismo podría decirse desde la perspectiva del delito especial: el extraneus fue inducido a realizar hechos, conscientemente para él, que implicaban una "violación del deber" del hombre de atrás; o sea contribuyó conscientemente a violar la norma subyacente al delito especial.

[20] La traducción literal debería ser "delito de deber" (Pflichtdelikte), pero en español no destaca –como en alemán– lo que quiere decir Roxin. Por eso, se ha impuesto el término delito de "infracción del deber" (o "infracción de deber").

ROXIN: la *teoría de la infracción del deber*[21]. ROXIN formuló esta teoría en su célebre trabajo doctoral publicado en 1963, bajo el título "Autoría y dominio del hecho" (la versión de la sétima edición ha sido traducida al español por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo). En dicho trabajo, donde, además, se desarrolla una serie de ideas que ahora son doctrina dominante (p. ej. la distinción legislativa de los diferentes tipos de dominio del hecho) o están decididamente encaminados a serlo (la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder), ROXIN afirma, básicamente, lo siguiente:

a) Los tipos penales de la parte especial pueden sistematizarse distinguiéndolos entre "delitos de dominio" y "delitos de infracción del deber". En los primeros, el legislador presupondría el "dominio" de la conducta típica por parte del autor, sea por sí mismo, por intermedio de otro o conjuntamente con otros; en cambio, en los segundos, el reproche penal iría dirigido a la "infracción" de un "deber específico" del sujeto activo sin importar cómo la realizare[22]. En este segundo grupo, se ubicarían, básicamente, los "delitos especiales", los delitos de "omisión" y los delitos "de propia mano"; sin embargo, el propio Roxin aclara que para tener una mayor precisión sobre el carácter de "delito de infracción del deber", dentro de estos tres grupos todavía se necesitaría un análisis más profundo[23].

b) Como consecuencia de la distinción hecha antes, la autoría y la participación tendrán que seguir necesariamente distintos principios según el grupo de delitos de que se tratare. En el caso de los "delitos de dominio" resulta aplicable la teoría del "dominio del hecho". Pero en el grupo de los "delitos de infracción del deber", la presencia o ausencia de dominio del hecho no debería tener ninguna trascendencia para distinguir entre autor o partícipe. Lo único que interesaría, para determinar la autoría, sería verificar que se hubiera producido la infracción del deber por parte del intraneus. Y cualquier extraneus que hubiera colaborado –de cualquier manera (o sea con dominio o no, antes o durante la ejecución de los hechos)– con el intraneus, será partícipe de este tipo de delitos.

   Entonces, según la teoría de Roxin, en todos los ejemplos propuestos anteriormente, el intraneus sería autor del delito, pues habría infringido dolosamente su deber; los que hubieran colaborado con él, pero no tuvieran la cualidad específica exigida por el tipo serían siempre partícipes

---

[21] Ampliamente en "Autoría y dominio del hecho...", p. 385 y ss., 742 y ss.; últimamente en "Strafrecht AT 2", cap. 25 I, p. 106 y ss.

[22] Ver ROXIN, "Dogmática penal", p. 363 y ss.; también ver en LÓPEZ BARJA, p. 172 y s. Críticamente contra esta teoría, c. más ref., MIR PUIG, Santiago, p. 367 y ss.

[23] ROXIN, "Autoría y dominio del hecho", p. 419 y ss., 744.

del mismo delito. Y todo ello sin importar quién hubiera tenido, durante la ejecución del delito, el "dominio del hecho". P. ej., haciendo un paralelo entre el tipo alemán (amplio) de "administración desleal" (art. 266 CP alemán), dado por Roxin, y el peruano de "peculado" (art. 387 CP): el funcionario público que, desde el extranjero, da instrucciones a un particular para que, al día siguiente, pase por la oficina del primero y se apodere de fondos que estaban bajo la administración de este, será autor de delito de "peculado" y el extraneus su cómplice; y aquí no importa que el funcionario no hubiera tenido el dominio del hecho (está en el extranjero y el extraneus era plenamente consciente del injusto penal), pues de todos modos habría infringido su deber con la consecuencia de que otro llegó a afectar el bien jurídico al ejecutar el delito. Y lo mismo ocurriría con un delito especial propio como la "malversación de fondos" (art. 389), aunque la "aplicación pública diferente" de los bienes públicos la llevare a cabo un tercero extraneus (un particular u otro funcionario sin el deber específico sobre los bienes), con pleno dominio del hecho, pero bajo pleno conocimiento o tolerancia dolosa del funcionario público; este último será el autor del delito especial y aquél el partícipe de este mismo delito. P. ej. cuando el ingeniero de la obra, de motu propio pero con conocimiento del funcionario encargado, empleara la maquinaria destinada a una obra pública para realizar otra obra pública durante el tiempo que aquélla había sido alquilada por la administración (con lo cual, en el sentido del tipo peruano, se afectaría la realización de la primera obra pública).

En los casos de *instrumento doloso no cualificado*, no habría tampoco problemas –bajo la teoría de Roxin– para imputar la autoría (mediata) al intraneus, mientras que el extraneus solamente sería partícipe de aquel[24]. Y en el caso de los tradicionalmente llamados *delitos especiales impropios* ya no habría problemas para afirmar la punibilidad del extraneus como partícipe del mismo delito cometido por el intraneus cuando hubiera infringido éste su deber. En este caso, si bien existe un tipo común que podría aplicarse al extraneus, el delito cometido, en el que ha participado el extraneus, ha sido el especial (contribución a una "infracción del deber") y, por lo tanto, debe ser responsable por este injusto; luego, el reproche de culpabilidad para el extraneus que contribuyere de cualquier modo a la realización del delito especial deberá ser siempre el de partícipe del delito especial (o "delito de infracción del deber"), aunque la pena aplicable para él –por razones de proporcionalidad consagradas en Alemania en el art. 28 del CP– se base luego en un marco

(24) ROXIN, "Strafrecht AT 2", p. 108 y s., n. marg. 275; "Autoría y dominio del hecho", p. 394, 745 y ss.

penal atenuado[25] (ver al respecto abajo, 6). Por lo demás, cuando actuaren un intraneus y un extraneus en la comisión de un delito especial, nunca será posible –sin importar quien hubiera tenido el dominio del hecho– la coautoría entre ambos. Solamente sería admisible la "coautoría" cuando dos intranei, con los mismos deberes, hubieran infringido al mismo tiempo su deber e hicieran con ello posible la ejecución del delito (p. ej. dos carceleros que al mismo tiempo dolosamente dejan escapar a un prisionero)[26].

c) Pero la posición de Roxin implica algo más: no solamente la autoría se desliga del "dominio del hecho", sino la "participación" prescinde ahora de una comisión "dolosa" por parte del autor. En los delitos de infracción del deber solamente importaría la infracción *objetiva* del deber; el "dolo" solamente sería necesario para la punibilidad del autor intraneus, pero no influiría en la punibilidad del extraneus. Entonces, la "accesoriedad" debería ser entendida, en los delitos de "infracción del deber", en el sentido de que la participación (instigación o complicidad) dependería solamente de una "infracción del deber", sea que ésta hubiera sido cometida dolosa o culposamente. Y es que, en los delitos de "infracción del deber", no es el "dominio del hecho", el criterio diferenciador entre autor y partícipe (que por su propia naturaleza tiene que ser doloso), sino la "infracción del deber" que recae en el "intraneus", y esta infracción no tiene por qué ser "dolosa". Con esto se da una solución satisfactoria –desde la perspectiva de política criminal– a los casos de *instrumento cualificado no doloso* (intraneus que actúa bajo error), aunque se rompa con el entendimiento tradicional de la accesoriedad limitada (responsabilidad del partícipe cuando el autor hubiera cometido dolosamente un hecho típico y antijurídico que hubiera llegado por lo menos a la tentativa). Así, cuando un extraneus engañare a un médico para hacer que le revele un secreto profesional y cuando una persona no implicada en un accidente engañare al implicado para hacer que se aleje del lugar de los hechos violando su obligación, ROXIN no tiene problemas para afirmar que en ambos casos los extranei son punibles como instigadores de los delitos de "violación del secreto profesional" (art. 300 CP alemán) y "abandono del lugar del accidente" (art. 142 CP alemán) respectivamente, mientras que el ejecutor directo habría actuado bajo "error de tipo" y sería impune[27].

---

[25] ROXIN, "Strafrecht AT 2", p. 107 y ss., esp. n. marg. 273 in fine; en el mismo sentido, ampliamente y exponiendo la posición contraria dominante en Alemania en los años 70 que, a diferencia de la solución para los delitos especiales propios, rompía, en los impropios, el "título de imputación", CORTES ROSA, p. 413 y ss., 437 y ss. Ver también, con más detalle, en 6.

[26] ROXIN, "Strafrecht AT 2", p. 107, n. marg. 272; "Autoría y dominio del hecho", p. 388 y ss.

[27] ROXIN, "Autoría y dominio del hecho", p. 402 y ss., 406. SÁNCHEZ-VERA, quien también sigue, en general, la tesis de Roxin, llega a otra solución. Considera, por un lado, que estos casos serían irrelevantes (impunes) desde la

5. Argumentos a favor y en contra de la teoría de la "infracción del deber"

En Alemania, en los últimos años, se ha incrementado el número de seguidores de la tesis de la "infracción del deber", aunque no siempre empleen los mismos fundamentos ni asuman todas sus soluciones[28]. Entre otros, JAKOBS ha sido uno de los primeros en seguir la tesis de ROXIN y desarrollarla, aunque empleando otra terminología y en el marco de una teoría particular del injusto penal[29]. El mayor atractivo de la teoría de la "infracción del deber" es la simplicidad de las soluciones dadas a temas tan complejos como el caso del "instrumento doloso no cualificado", así como la falta de alternativas razonables de las teorías que parten del "dominio del hecho".

En una importante monografía, SÁNCHEZ VERA, seguidor confeso de la tesis de ROXIN (y discípulo, en Alemania, de JAKOBS), hace, entre otras precisiones, que en los "delitos de infracción del deber" no sería apropiado –como hace ROXIN– hablar ni de "coautoría" ni de "autoría mediata" ("coautoría", cuando varios intranei, con los mismos deberes, los infringieran; "autoría mediata", cuando el intraneus emplee a un instrumento doloso no cualificado) sino de "autoría accesoria" y "autoría directa" correspondientemente. Los términos de "coautoría" y "autoría mediata" presupondrían en estos casos una "relación de dominio" que, en realidad, no existe pues el "deber" tiene un carácter personalísimo cuyo cumplimiento o incumplimiento incumbe solamente al obligado. Y cuando el obligado infringe su deber (por omisión,

---

perspectiva de la "infracción del deber", pues esta no ha ocurrido; y, por otro lado, que precisamente por eso (y porque existirían otros casos impunes parecidos), no existiría necesidad político-criminal de penar aquí al extraneus; ver p. 174 y ss. (esp. 176, nota 37), 224. También expresamente en contra, desde una perspectiva del "dominio del hecho", aunque aceptando que sea posible la autoría del extraneus manipulador del intraneus no doloso en los tipos penales que permiten esta posibilidad, KÖHLER, p. 512.

[28] Ver las citas en ROXIN, Strafrecht AT 2, p. 106, nota 352; también CORTES ROSA, p. 425, y especialmente SÁNCHEZ-VERA, quien se considera expresamente continuador de las tesis de Roxin y de Jakobs, p. 20, 214 y ss. Algunos autores solamente siguen en parte la tesis de Roxin. Es el caso de STRATENWERTH, para quien solamente en una parte de los delitos de "infracción del deber" (en los que el tipo no describe ninguna acción típica) puede bastar la mera infracción del deber (con la consecuencias extensivas expuestas por Roxin), aparte de que en estos casos, cuando el intraneus emplee a un extraneus, no se trataría de "autoría mediata", sino de "autoría directa"; ver p. 308, n. marg. 40; similar CRAMER/HEINE en Schönke/Schröder, p. 476, n. marg. 84 y s. En Portugal, asume las críticas de Stratenwerth, PIZARRO BELEZA, p. 267 y ss., 273 y s.

[29] JAKOBS diferencia entre responsabilidad de autoría por "arrogarse una organización ajena" (equivalente al dominio del hecho) y por lesionar una institución defraudando el rol que porta (equivalente a infracción del deber). Cita expresamente esta coincidencia, ROXIN en "Strafrecht AT 2", cap. 25 I, n. marg. 269, p. 106. Entre otras diferencias menores, JAKOBS fundamenta la infracción del deber en "instituciones" (positivas o negativas) y fundamenta la punibilidad misma del hecho en la "infracción del deber" (y no en la afección de bienes jurídicos). Ver un análisis sobre las similitudes y diferencias de la teoría de la "infracción del deber" en ambos autores en SÁNCHEZ-VERA, p. 29 y ss. ROXIN ha asumido recientemente parte de la crítica de Jaboks, en el sentido de que no todos los delitos de omisión impropia pueden ser considerados "delitos de infracción del deber", pero considera que este ámbito es el menos aclarado todavía y hace falta más debate; en todo caso remite a un trabajo específico futuro, ver "Autoría y dominio del hecho", p. 744, 751.

comisión, a través de otro, personalmente, etc.) siempre lo habrá ejecutado él mismo y directamente[30]. Por cierto que este autor admite finalmente que también es posible usar "por su fenotipo" los ilustrativos términos de "coautoría" y "autoría mediata" en los casos propuestos, pues ello, por último, no implica ninguna consecuencia esencial en el análisis y aplicación de los tipos penales[31].

Pero todavía persisten críticas importantes al modelo de ROXIN. La mayoría de ellas se dirige solamente a reducir el ámbito de actuación de la "infracción del deber" como definidora de la autoría; en pocos casos, las críticas tienden a rechazarla por completo, y menos aún a rechazar la existencia de "delitos de infracción del deber".

1. En primer lugar, una parte de la doctrina alemana, que acepta la existencia de "delitos de infracción del deber", sostiene que en una parte de ellos el tipo exigiría, de todos modos, *además de* la infracción del deber, la realización de una conducta con dominio del hecho. Y si, en estos casos, se hiciera bastar, para la autoría del intraneus, solamente la infracción del deber, se estaría atentando contra una exigencia expresa de la ley, o sea, contra el principio de legalidad[32]. La creación de un tipo de deber especial solamente delimitaría el círculo de posibles autores, pero no implica-

---

[30] Ver SÁNCHEZ-VERA, p. 158 y ss.

[31] Ver SÁNCHEZ-VERA, p. 160 y s., 163. Por lo demás, para este autor –siguiendo a Jakobs– distingue entre meros "delitos especiales" o "delitos especiales en sentido amplio" (delitos en los cuales se presenta una pura delimitación externa del círculo de autores) y "delitos especiales en sentido estricto" o "delitos de infracción del deber" (delitos en los que la delimitación externa del autor se basa en una institución subyacente). Como en los delitos tradicionales de "omisión impropia" no estarían en juego instituciones, sino solamente deberes dirigidos a cualquier "persona" provenientes de "expectativas" generales (similares en este aspecto a los delitos de comisión comunes), no se trataría en aquellos de "delitos de infracción del deber"; ver ídem, p. 35, 37, 47 y ss., 58 y ss.

[32] Entre otros ver STRATENWERTH, p. 307 y s., n. marg. 40; PIZARRO BELEZA, p. 279; HOYER, en "Systematisches Kommentar", § 25, n. marg. 21 y ss., esp. 25; BLOY (con especial referencia a los delitos de omisión), p. 219 y ss., 223 y s., 231 y ss., 243; similar, OTTO, p. 257. También BOTTKE, quien permanece en la teoría del "dominio del hecho" (aunque empleando una terminología y teoría propias de la autoría: el "dominio de la configuración"), exige finalmente, además de la infracción del deber extrapenal que, adicionalmente, "la modalidad de acción tipificada fundamentadora de la pena haya sido cumplida por el obligado especial ejerciendo un dominio de configuración proveniente de su propio cuerpo, de su superioridad relevante o de una acción coordinada y equivalente" (es decir, como autoría directa, mediata o coautoría); ver "Die Struktur von Täterschaft", p. 245; "Täterschaft und Gestaltungsherrschaft", p. 94 y ss., 108, 115 y ss. Ver una amplia exposición sobre esta crítica y postura ("tesis mixta") y los autores que la defienden en SÁNCHEZ-VERA, p. 137 y ss. En España, de manera similar, efectúan críticas a la teoría de Roxin, GIMBERNAT ORDEIG, p. 297 y s.; MUÑOZ CONDE, p. e., p. 833; Santiago MIR PUIG, p. 367, n. marg. 30, p. 370, n. marg. 37; más ref. en Carlos MIR, p. 310. Últimamente se pliega a la crítica de Gimbernat, REBOLLO VARGAS, p. 150. Santiago MIR PUIG se mantiene dentro de la tesis del "dominio del hecho" y la "unidad del título de imputación", pero admite una "autoría mediata" del intraneus que habría empleado un "instrumento doloso no cualificado" (el extraño) sin importar para ello el "dominio efectivo" del instrumento, sino solamente que se constate la "pertenencia del delito" en forma de una imputación objetiva y subjetiva del resultado; ver p. 373 y s., n. marg. 47 y ss. Pero, como se ha resaltado, esta tesis llevaría a una considerable y dudosa ampliación de la autoría mediata" y en realidad significaría abandonar el "dominio del hecho"; ver GIMBERNAT ORDEIG, p. 261 y s.; QUINTERO OLIVARES, "Los delitos especiales", p. 90 y ss.; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, p. 618 y ss.

ría una renuncia al "dominio del hecho". Esta es –hasta ahora– la crítica más importante a la teoría de la "infracción del deber".

A esta crítica responde ROXIN que, como el legislador habría presupuesto la infracción del deber, mediante cualquier conducta (comisiva u omisiva, dolosa o culposa, de ejecución o de simple aporte al ejecutor) que llevare a un resultado lesivo para el bien jurídico, este último (descrito eventualmente en una conducta concreta) se llevaría a cabo "a través" de la "infracción del deber". O sea: el intraneus infringiría el "deber" (de cualquier manera o mediante una acción concreta) que lleva al resultado de afección al bien jurídico[33], pero esto no quiere decir que sea el intraneus mismo quien realice la conducta lesiva (con dominio del hecho) que lleva al resultado, infringiendo –además– el deber que tiene. La consecuencia práctica de esta interpretación sería que la conducta concreta –cuando el tipo penal la presuponga– podría ejecutarla cualquier otro sin que ello afecte a la autoría del intraneus, pues no se exige que sea el propio portador del deber quien lo haga. Esta reinterpretación de los tipos penales especiales se vería reforzada por el hecho de que tanto el intérprete como el legislador habrían ya reconocido implícitamente la punibilidad, sin dominio del hecho de la "infracción del deber" en una serie de casos. Así, tradicionalmente se ha afirmado en Alemania la punibilidad, como autoría, en el alejarse del lugar del accidente con el vehículo conducido por un tercero extraneus (art. 142 CP alemán); o el "retirar bienes propios" a través de terceros (delito de "frustración de la ejecución coactiva" del art. 288 CP alemán); y también en algunos casos de delitos contra la administración pública, el legislador alemán ha descrito expresamente el dominio de los hechos por parte de un sujeto sin cualidad de funcionario público: lesiones corporales cometidas por un funcionario público (art. 340 CP alemán), la persecución de inocentes (art. 344), incitación a delinquir de subordinados (art. 357 CP alemán)[34]. Este último hecho no excluiría que el legislador hubiera querido extender la intrerpretación amplia de la "infracción del deber" en el sentido que defiende ROXIN. Además –siempre según Roxin–, aceptar que de la infracción del deber se necesite –en algunos casos– el dominio del hecho sería volver al problema del "instrumento no cualificado doloso", donde –a igual que en los delitos de omisión impropia– no podría

---

[33] ROXIN, "Strafrecht AT 2", p. 112, n. marg. 283. De manera similar también SÁNCHEZ-VERA entiende que no atentaría contra el principio de legalidad la exigencia exclusiva de "infracción del deber" en una serie de tipos penales alemanes que los partidarios de la "tesis mixta" toman como ejemplo de exigencia legal de "dominio del hecho" junto a la infracción del deber. El argumento es que en estos casos el legislador tiene que describir "determinada conducta" para no atentar contra el principio de legalidad, pero esto no querría decir que se necesite dominio del hecho, sino que "la infracción del deber" se refiera a una "descripción específica del hecho"; ver p. 139 y ss.

[34] ROXIN, "Strafrecht AT 2", p. 113, n. marg. 284 y s.

sostenerse que en estos casos el intraneus hubiera tenido el "domino del hecho"[35]. En efecto, afirmar el "dominio del hecho" en estos casos solamente sería posible a través de una manipulación del concepto en el sentido de p. ej. un "dominio normativo".

Por lo demás, ROXIN refuerza su tesis arguyendo que ya el propio Código Penal alemán (y también otros códigos penales de similar redacción), en la parte general, establecería la posibilidad de que los hechos sean cometidos "a través de otro". La ejecución por el propio intraneus solamente sería indispensable en los llamados "delitos de propia mano". Pero estos tipos delictivos, en realidad, son escasos y consistirían en gran medida en reminiscencias de un Derecho penal de autor y moralista del pasado (a excepción de un grupo de ellos denominado "delitos de deberes personalísimos" o "delitos impropios de propia mano")[36].

SÁNCHEZ-VERA ha completado últimamente la argumentación de Roxin, indicando que los tipos especiales que describen alguna conducta típica no serían, en este punto, distintos de los comunes, pues tal descripción constituye solamente una "limitación usual en la caracterización del hecho", necesaria para no atentar contra el principio de legalidad y que distingue un tipo penal de otro; pero eso no significaría que se necesite un "dominio del hecho" en relación con esta conducta; la descripción de la conducta típica solamente delimitaría el marco en el cual se produciría la infracción del deber[37].

2. OTTO observa que la "violación del deber" estaría presente en todos los delitos; la violación del "deber especial" no sería diferente de la que forma parte de cualquier delito común. Su única diferencia estaría en que limita el círculo posible de autores y, por ello, se constituiría en un presupuesto de la autoría[38].

---

[35] ROXIN, "Autoría y dominio del hecho", p. 744 y s.

[36] ROXIN ha destacado que, en realidad, existen pocos tipos penales que puedan merecer la denominación de "delitos de propia mano", y que por lo tanto solamente podrían ser ejecutados por intraneus (no sería posible la "autoría mediata"). Según él, aparte de los pocos tipos todavía ya existentes relacionados con la reprochabilidad de determinada conducta o forma de vida, todavía podrían ser vistos como "delitos especiales propios", los que impliquen "deberes personalísimos" (p. ej. "falso testimonio", "prevaricato", "deserción"). Por eso los llama "delitos de propia mano impropios" o "delitos de infracción de deberes personalísimos". Ver "Autoría y dominio del hecho", p. 427 y ss., 748, 754 y ss.; "Strafrecht AT 2", 112 y s., n. marg. 283 y ss., p. 114 y ss., n. marg. 288 y ss., esp. 308 y ss.

[37] Cfr. SÁNCHEZ-VERA, analizando críticamente las posturas mixtas de Schünemann, Bloy y otros autores, p. 139 y ss. Por lo demás, este autor devela que tal crítica se remontaría incluso a Welzel (quien se refería entonces a los "delitos especiales") y fue empleada (ahora sí en contra de la tesis de la infracción del deber) ya en la primera recensión a la obra de Roxin por Hardwig en 1965.

[38] OTTO, p. 257, col. izq.

Pero esta objeción no convence, pues sí existe una diferencia entre el "deber" general de "no atentar contra bienes jurídicos" y el deber específico que constituye el delito especial: una cercanía con el bien jurídico en estos últimos, lo cual implica la existencia misma del reproche penal (delitos especiales propios) o un mayor injusto penal (delitos especiales impropios). Tampoco los "delitos imprudentes", en los cuales existe una violación de deberes generales, pueden equipararse a los delitos de infracción del deber. Esto ha sido corregido ya por ROXIN, quien, en la versión original de su tesis, consideraba como delitos de infracción del deber a los "delitos imprudentes"[39].

3. LANGER criticaba, hace ya algún tiempo, la supuesta incompatibilidad de la "infracción del deber" con la regla de la incomunicabilidad y atenuación de pena para el extraneus prevista en el art. 28 CP alemán. De manera similar, BOTTKE afirma que el art. 28 del CP alemán ya habría decidido de lege lata que la "cualidad especial" para el autor y la violación del deber solamente deberían tener efectos de fijación de pena y no podrían ser constitutivos del injusto[40]. A esto contesta ROXIN, con toda razón, que en la argumentación de Langer (y la de Bottke) habría una "petición de principio", pues la regla del art. 28 no decide nada sobre la autoría y la participación, sino presupone que estas ya han sido definidas (cualquiera que sea la teoría que se emplee), y recién entonces prevé, en algunos casos, consecuencias jurídicas diferenciadas para los distintos sujetos que participan en el delito[41].

4. También afirmaba LANGER que, como para la autoría del intraneus bastaría la mera "infracción del deber", toda inducción que el intraneus hiciere al extraneus para la ejecución de un delito especial, por más infructuosa que luego resultara, llevaría siempre a una punibilidad por autoría del primero, atentándose así contra la regulación expresa de la "tentativa" (art. 30 CP alemán).

   A esto ROXIN contesta que la "infracción del deber" es solamente uno de los elementos típicos que fundamentan la punibilidad del intraneus; también en este caso, se necesita una afección del bien jurídico a través de la "infracción del deber"; y ello solamente ocurriría cuando el extraneus haya llegado por lo menos a la tentativa[42].

---

[39] Ver las explicaciones al respecto por el propio ROXIN en "Autoría y dominio del hecho", p. 743. También ver, c. más ref., la exposición de BLOY al respecto, p. 226 y ss.

[40] BOTTKE, "Täterschaft und Gestaltungsherrschaft", p. 118 y ss.

[41] ROXIN, "Strafrecht AT 2", p. 113, n. marg. 286; "Autoría y dominio del hecho", p. 742, nota 537.

[42] ROXIN, "Autoría y dominio del hecho", p. 742, nota 537.

5. Se critica también a la tesis de la "infracción del deber" que tendería a extender anormalmente el ámbito de la autoría. En efecto, mientras que la tesis del "dominio del hecho" restringe la autoría al intraneus que (además) hubiera dominado los hechos (con las consecuencias de impunidad en muchos casos), la tesis de ROXIN califica de autor al "intraneus" infractor de su deber, así no hubiera éste dominado los hechos, con lo cual se incrementan los casos de punibilidad de éste. Algunos critican, por eso, que la tesis de Roxin se identificaría con la "teoría extensiva", o sea aquella, según la cual, toda contribución causal llevaría a afirmar la autoría, la cual solamente se restringiría para aquellos favorecidos por normas específicas (las reglas sobre inducción y complicidad de la parte general).

   A esto responde ROXIN –al mismo tiempo que a la crítica de la "violación del principio de legalidad– que si bien se amplía la punibilidad de aquel portador de deberes que no hace justicia a su rol social, al mismo tiempo también se restringe esencialmente la punibilidad de los que estén desvinculados del deber, pues solamente son considerados partícipes sin tener en cuenta su contribución externa. De esta manera, habría incluso más seguridad que con el "dominio del hecho"; la teoría de la "infracción del deber" solamente llevaría a repartir de manera distinta los roles de "autor", "inductor" y "cómplice", teniendo en cuenta la distinta realidad social en la que se basa este grupo de delitos(43). Además, como anota BLOY, no puede identificarse la tesis de Roxin, por más que amplíe la autoría del intraneus, con una "teoría extensiva", pues esta autoría depende, después de todo, en los delitos especiales de elementos personales (y no solamente de la contribución causal)(44). En el mismo sentido, defiende SÁNCHEZ-VERA la teoría de Roxin, aclarando que ella no supone una admisión de la "teoría extensiva de la autoría", pues, antes que contribuciones causales, se exige una "infracción del deber" ("lesión de una institución positiva") para la autoría, exigencia incluso plasmada legalmente (cualidad del autor), que la "teoría extensiva" no ha sido capaz de explicar(45).

6. BOTTKE, quien por lo demás desarrolla su propia teoría de definición de la autoría (el "dominio de la configuración"), critica, entre otras cosas, que si se admitiera la tesis de los delitos de "infracción del deber" para afirmar la punibilidad del intraneus que empleara un "instrumento dolo-

(43) ROXIN, "Strafrecht AT 2", p. 112, n. marg. 283.

(44) BLOY, p. 233 y s.

(45) SÁNCHEZ-VERA, p. 156.

so no cualificado", sería superflua la disposición referida al "actuar por otro" (art. 14 CP alemán), pues esta regla precisamente estaría dirigida a cubrir –además de otros casos– los casos de empleo de instrumento doloso no cualificado[46].

Esta crítica es, en realidad, insostenible si se piensa que la razón de la "regla del actuar por otro" (y en ese sentido interpreta la doctrina dominante) radica en extender la autoría a casos de "representación" (legal y/o fáctica) de un intraneus, por parte de un extraneus, en el campo de los negocios o de las actividades del derecho civil: la responsabilidad de "órganos y representantes"; no se refiere a los casos usuales de empleo doloso de un extraneus doloso[47]. Por lo demás, la crítica no tiene ningún valor en aquellas legislaciones penales (como la peruana), donde la regla del "actuar por otro" está configurada solamente para llenar vacíos de punibilidad resultantes de que la cualidad recae en una persona jurídica y no los casos prácticos de empleo de un instrumento doloso no cualificado, en el que intervienen, como intraneus y como extraneus, personas individuales.

7. También hay críticas provenientes de un análisis sistemático del CP alemán. HOYER, p. ej., destaca la incongruencias de lege lata a las que llevaría aceptar la tesis de ROXIN: resultarían superfluas las precisiones típicas en las que, además de la comisión de mano propia por el intraneus, se permita expresamente la comisión por otro (p. ej. en las lesiones corporales cometidas por un funcionario público según el art. 340 CP alemán); y que no se explique que en otros casos de similar naturaleza el legislador no hubiera hecho esta precisión (en la extorsión para una declaración falsa, según el art. 343, y en la certificación falsa por parte de un funcionario público, según el art. 348)[48].

ROXIN no encuentra contradicción alguna, pues, en el primer caso entiende que el legislador, solamente por cuestiones de estilo ha enfatizado en la posibilidad de que el delito, del cual solamente puede ser autor, en ese caso, el funcionario público, pueda ejecutarlo también un extraneus; en los demás casos, aunque no se diga esto expresamente, debe ser posible que la ejecución la realicen terceros, sin que ello impida la autoría del intraneus (funcionarios públicos en los dos casos planteados) que haya

---

[46] BOTTKE, "Täterschaft und Gestaltungsherrschaft", p. 120 y s.

[47] Ver ref. en el análisis de la "regla del actuar por otro" alemana de LENCKER/PERRON, en Schönke/Schröder, p. 229 y ss. ROXIN ya había rechazado esta objeción al rebatir la idea de WELZEL de cerrar las lagunas de punibilidad ampliando la "responsabilidad de órganos"; ver "Autoría y dominio del hecho", p. 405.

[48] HOYER, "Systematisches Kommentar", n. marg. 21.

infringido su deber[49]. En todo caso, por lo visto, ambas interpretaciones son posibles. Esta respuesta es reforzada por SÁNCHEZ-VERA, quien afirma que la presencia de algunos tipos penales de infracción del deber, ya tipificados en el CP, no quiere decir que no puedan haber otros tipos penales similares no tipificados expresamente; también podría darse la interpretación a majore ad minus: de la existencia de delitos de infracción del deber positivados (o sea donde autor resulta ser el infractor del deber) tendría que deducirse la suposición de que sería posible la autoría por mera infracción del deber en todos los delitos que reúnan la características de delitos de "infracción del deber" (algo que todavía debe determinarse)[50].

8. El que para Roxin la "infracción del deber" sea independiente del dolo (lo cual solucionaría los casos de "instrumento cualificado no doloso") –como era de esperarse– ha sido objeto de críticas fuertes. BLOY argumenta que esta tesis tendría por consecuencia la admisión de dos conceptos de autor: uno general (con dolo) para fundamentar la pena del autor intraneus y uno especial (sin dolo) para el hecho principal cuando vaya a ser presupuesto de la participación; con lo cual se llegaría a una parcial eliminación del principio de accesoriedad[51]. Por supuesto que esta objeción depende, en última instancia, de cómo se fundamente la punibilidad de la participación. Por eso, BLOY mismo, aunque critica la tesis de Roxin, reconoce la lógica de su propuesta, pues esta se basaría en fundamentar la punibilidad de la participación no en una vinculación "personal" del partícipe con el autor, sino en el propio atentado del primero al bien jurídico: así como –desde esta teoría– la participación se define, en los delitos de dominio, en la falta del dominio del hecho; en los delitos de infracción del deber, la participación se define simplemente en la falta de violación del deber especial[52]. La discusión se traslada así a la fundamentación de la punibilidad del partícipe. Los efectos prácticos de una u otra teoría son, sin embargo, importantes: de seguir la tesis de BLOY –como él mismo afirma consecuentemente– se tendría que admitir vacíos de punibilidad y esperar hasta que el legislador introduzca tipos penales específicos que abarquen los casos en los cuales un extraneus emplee a un instrumento cualificado (un intraneus) no doloso[53].

---

[49] ROXIN, "Autoría y dominio del hecho", p. 745.

[50] SÁNCHEZ VERA, p. 153 y ss.

[51] BLOY, p. 235.

[52] BLOY, p. 235.

[53] BLOY, p. 236.

9. Finalmente, en el caso de los delitos (impropios) "de propia mano", la infracción del deber, por sí sola no puede bastar para la autoría, pues además tal "infracción del deber especial" (tanto en delitos de lesión como de peligro) tendría que haber llevado a una lesión o un peligro concreto para el bien jurídico(54). Ese sería el caso de la "conducción bajo estado de ebriedad" (en Alemania, arts. 315c, primer párrafo, 316; en Perú, art. 274). Este caso puede resultar polémico según el entendimiento que se tenga de los delitos de "peligro abstracto" (para algunos bastará con el mero peligro), pero también puede contestarse a la crítica con el argumento antes esgrimido por ROXIN para refutar a LANGER (ver número 3).

En la doctrina alemana todavía continúa la discusión sobre la admisibilidad y los alcances de la tesis de Roxin, aunque –como ya se dijo– cada vez hay más autores que la aceptan total o parcialmente. El mismo ROXIN reconoce que la teoría de la "infracción del deber" todavía no ha sido perfeccionada, y ha anunciado próximas publicaciones que aclararán y sistematizarán los grupos de delitos de "infracción del deber"(55). Un trabajo de elaboración como éste tendría una enorme importancia práctica, pues la "tentación de la teoría unitaria" hace que no pocas veces se impute sin más un "deber" a fin de penar a alguien como autor, pese a que el tipo exigía, en realidad, un "dominio del hecho" y el sujeto no lo tenía(56). Este peligro es todavía más real en países con una dogmática penal todavía incipiente (como en Sudamérica), donde, muchas veces por desconocimiento del contexto en el que se producen las teorías sobre determinado problema jurídico-penal, se aplican nuevas las ideas importadas sin adaptarlas previamente a nuestro marco legal, tendiendo, casi por regla general, a la sobrerrepresión.

Luego, aun aceptando, en principio, lo básico de la tesis de Roxin (existencia de "delitos de infracción del deber" y necesidad de principios distintos del "dominio del hecho" para delimitar la autoría y la participación) todavía queda mucho por aclarar. Por lo visto, el problema se trasladaría ahora a la constatación misma de *cuáles* de los tipos penales que limitan la autoría a determinados sujetos con cualidades especiales (delitos especiales en sentido amplio) constituirían verdaderos delitos de "infracción del deber" (o delitos "puros" de infracción del deber), de si existen distintos tipos de "deberes" y si esto influiría en los requisitos para admitir la "autoría y la participación".

---

(54) HOYER, Systematisches Kommentar, § 25, n. marg. 23 y s.

(55) ROXIN, recogiendo también la idea de Bottke de buscar un denominador común para los "delitos de dominio" y los de "infracción del deber" (delitos de "dominio de la configuración") "Strafrecht AT 2", p. 108, n. marg. 274; "Autoría y dominio del hecho", p. 744. Otros autores también reconocen la necesidad de una detallada elaboración de los "delitos de infracción del deber", p. ej. ver c. más ref., CRAMER/HEINE, en Schönke/Schröder, p. 477, n. marg. 84a.

(56) Al respecto ver las interesantes observaciones de VOLK, p. 569 y s.

Como ya se dijo antes, en la actualidad, incluso los críticos de Roxin admiten la existencia (aunque como excepción) de tipos penales como el alemán de la "administración desleal" (art. 266 CP alemán), donde el legislador, al no haber descrito ningún tipo especial de acción, ha querido sancionar ya la "infracción del deber" del administrador de patrimonios ajenos[57]. Pero en otros tipos penales parece indudable que se ha descrito también una conducta que presupone la realización de una acción u omisión unida a un resultado, o sea una conducta de "dominio". P. ej. en el caso del tipo penal peruano de "peculado doloso" (art. 387, primer párrafo) se exige un acto de "apropiación" o "utilización" (por sí mismo o a través de un "instrumento" en el sentido de la autoría mediata) de caudales o efectos de la administración pública por parte del funcionario que tenía el deber especial de percibirlos, custodiarlos o administrarlos; no puede bastar cualquier actitud dolosa del funcionario; luego solamente podría haber colaboración en un "hurto" y no en un "peculado" en aquel funcionario público que entrega la llave a un extraneus para que este entre a la oficina de aquel, se apodere de los bienes, los venda y luego le entregue una determinada cantidad de dinero.

En el sentido de la "teoría mixta", los delitos de "infracción del deber" se presentarían de manera pura o mixta al lado de puros delitos de dominio. Una clasificación al respecto sería de mucho valor para aclarar un poco las cosas. Al respecto es interesante la clasificación hecha por BOTTKE (aunque en el marco de su peculiar teoría de "dominio de la configuración") en tres grandes grupos[58]: a) "Delitos especiales de comisión activa" (aktive Sonderbegehungsdelikte) que presuponen de lege lata, además de un deber especial en el autor, que realice determinada actividad para cometer determinada modalidad de acción; b) "Delitos especiales de garantes", equivalentes a los "delitos propios de infracción del deber", según la terminología de Roxin, en los cuales el sujeto, por estar en una cercanía especial al objeto del bien jurídico puede infringir su deber de garantía sea activa, sea pasivamente; c) "Delitos de omisión impropia". Más sencilla aún es la clasificación hecha por BLOY[59]: "delitos de puro dominio" (reine Herrschaftsdelikte), "delitos de pura infracción del deber" (reine Pflichtdelikte) y "delitos combinados de infracción del deber y de dominio" (kombinierte Pflicht- und Herrschaftsdelikte). No debe, pues

---

(57) Esto permite atenuar el problema del "instrumento doloso no cualificado": como el tipo penal no habría previsto una determinada acción típica que el obligado deba efectuar por sí mismo; bastaría una "quiebra de confianza" por parte del intraneus, con lo cual sería posible sancionarlo aquí como autor, y al extraneus como "partícipe" del delito especial; ver LANGER, p. 224 y ss.; OTTO, p. 257; STRATENWERTH, p. 308, n. marg. 40. Más ref. en BLOY, p. 230 y s.

(58) BOTTKE, "Täterschaft und Gestaltungsherrschaft", p. 139 y ss.

(59) BLOY, p. 213 y ss., 231 y ss.

cometerse el error de efectuar una equiparación automática entre "delitos especiales" y "delitos de (pura) infracción del deber"(60).

En conclusión, en los casos de delitos "propios", "puros" (o "especiales de garantes") de "infracción del deber", para la autoría del intraneus, no se necesitaría más que esta infracción del deber. En los casos de los delitos "impropios" o "combinados" de infracción del deber sería necesario que el intraneus deba, además de infringir el deber, "dominar el hecho". Los problemas del "instrumento doloso no cualificado" y de los "delitos omisivos", en estos casos, o bien deben ser asumidos como vacíos parciales (en los delitos especiales impropios, siempre queda la punibilidad por el delito común), mientras no exista una reforma legislativa que los elimine, o bien tendrían que solucionarse a través de una reinterpretación especial del concepto "dominio del hecho" en este grupo de delitos "combinados" (que todavía no ha sido hecha ni se hará aquí), debido a que tal "dominio" va combinado indesligablemente del "deber específico". Solamente en el caso del "instrumento cualificado no doloso" no habría solución satisfactoria, desde la perspectiva de la *tesis mixta*, pero la argumentación de ROXIN en el sentido –consecuente– de prescindir aquí del dolo debería ser tomada en serio.

Esta posición cautelosa –mientras se espera una mayor profundización en las investigaciones– me parece la más convincente por ahora para nuestra realidad latinoamericana.

6. Marco penal para los partícipes de "delitos especiales" o de "infracción del deber"

Sea que se aplique la tesis de la "unidad del título de imputación" o la de la "infracción del deber", en los delitos especiales se presentan, por igual, problemas al momento de la *fijación de la pena para el partícipe extraneus*. Como el extraneus es partícipe del delito especial, si no existiera una regulación especial (y ella no existe ni en el Perú ni en muchos países hispanoamericanos) formalmente tendría que aplicársele el mismo "marco penal" (no la misma pena) previsto para los autores intranei, o sea un marco penal especialmente alto debido al deber especial infringido por estos. Pero, por razones de justicia, la pena para los extranei, incluso si solamente son partícipes del delito especial, debería tener un marco penal menor, correspondiente a su condición de extranei sin el deber específico. Cuando –como en el Perú– el legislador penal no hubiera previsto ninguna regla especial para este caso (como sí lo ha hecho

(60) Cfr. BLOY, p. 232 y s.

–aunque no de manera tan sencilla– el alemán en el art. 28 del StGB), si no se quisiera amparar esta desproporción, tendría que buscarse alguna solución por medio de la interpretación.

En el caso específico de los "tipos especiales impropios" de "parricidio" (art. 107) e "infanticidio" (art. 110), el problema puede llevar a situaciones dramáticas en la práctica, pues de aplicar a rajatabla la accesoriedad en la participación del extraneus, éste sería partícipe de ambos delitos, resultando sobrerreprimido en el primer caso e injustamente favorecido en el segundo. Precisamente ésta fue la causa de la discusión española bajo el anterior Código Penal y que llevó a parte de la doctrina y a la jurisprudencia a inclinarse por la teoría de la "ruptura del título de imputación", la cual llevaba, sólo en estos casos específicos, a condenas más justas para los extranei, aunque rompiendo con reglas y principios básicos[61]. Ciertamente, la solución más justa a estos problemas la tiene que dar el legislador (tal como ha ocurrido –en parte– en España), quien debe eliminar las figuras autónomas de "parricidio" e "infanticidio", e introducir de manera expresa agravantes y atenuantes en la parte general referidas a las características del vínculo de parentesco o de la situación especial de la madre del recién nacido (en el Perú, el "estado puerperal"). Pero esto no solucionaría la situación de injusticia para los demás delitos especiales propios, si no se llegara a introducir también, de manera expresa, como en el art. 28 del CP alemán (aunque con más claridad y simplicidad), una regla que atenúe la pena del extraneus partícipe de delitos especiales, sea que la cualidad que él no posee fundamente la pena (delitos especiales propios) o la modifique (delitos especiales impropios).

Mientras tanto, sin tener que abandonar, en general, la teoría de la "unidad del título de imputación" podría fundamentarse una "ruptura formal" del título de imputación en los dos casos mencionados (parricidio e infanticidio) solamente a través del entendimiento de que en ellos la "cualidad" prevista en el tipo penal, en realidad, no estaría relacionada con el injusto (no existiría una relación directa de ella con el bien jurídico), sino con la culpabilidad del agente; por lo tanto, tal cualidad tiene que ser siempre "incomunicable" en el

---

[61] Ver ampliamente la exposición de la situación en España en dicha época en GIMBERNAT ORDEIG, quien proponía mantener la "unidad del título de imputación", pero aplicar una atenuación analógica para los partícipes extranei (p. 265 y ss.). Tal atenuación analógica (in bonam partem) sería extraída, a contrario, de la agravante genérica del "vínculo de parentesco" (existente en el CP español) para permitir un marco penal más bajo a los extranei que participen en un parricidio; en los demás casos admitía que no era posible la atenuación del marco penal; ver ídem 282 y ss., 292 y ss.Ver también sobre esta problemática MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 466 y s.; BOLDOVA PASAMAR, p. 222 y ss. También existe jurisprudencia española que ha aplicado la "analogía in bonam partem" de la cláusula de incomunicabilidad de circunstancias (art. 60, primer párrafo CP español derogado, art. 65 CP de 1995) para atenuar la pena del partícipe extraneus en delitos especiales; ver en Carlos MIR, p. 75 y ss. Nótese que, a diferencia de la tesis de la "ruptura del título de imputación", esta tendencia no aplica de manera directa la cláusula de "incomunicabilidad de circunstancias", sino de manera indirecta en el momento de la "medición de la pena" del extraneus.

sentido del art. 26 CP. Entonces, los tipos penales peruanos de "parricidio" y de "infanticidio" solamente supondrían tipos de "homicidio" con culpabilidad agravada y atenuada respectivamente en función de cualidades colocadas en tipos penales formalmente independientes, pero que prevén un marco penal específico para la mayor o menor culpabilidad de los intranei; para los extranei deberían ser de aplicación el marco penal de los tipos comunes subyacentes[62].

En el caso de los demás delitos especiales impropios, habría que buscar otra solución. Así, podría teóricamente recurrirse al concepto mismo de "delito especial impropio" para buscar la aplicación del marco penal del "delito común" subyacente: dado que el primero supondría una agravación del segundo debido al deber especial expresado en la cualidad exigida para el autor (el intraneus), las *consecuencias penales* (no el reproche como partícipe del delito especial) que impliquen esta cualidad, por la regla de la "incomunicabilidad", no deberían trasmitirse al partícipe extraneus; luego, este sería partícipe del delito especial impropio, pero se le aplicaría la pena de partícipe del delito común subyacente. Esta solución había sido propuesta en Alemania para la situación existente hasta 1968, o sea en la época anterior a la introducción de la disposición que prevé expresamente atenuaciones de pena para el extraeus partícipe de delitos especiales (antiguamente: art. 50; actualmente –con mayores precisiones– el art. 28 CP alemán). El problema era precisamente la punibilidad del extraneus en delitos especiales, pues solamente existían atenuaciones expresas para el partícipe extraneus en algunos pocos casos aislados (delitos impropios contra la administración pública); luego para el partícipe de delitos especiales propios o de otros delitos especiales impropios, de lege lata, solamente era aplicable el marco penal del intraneus. Este trato desigual del extraneus llevó a formular una teoría que concebía a los delitos especiales impropios como de naturaleza similar a los delitos comunes subyacentes a ellos; luego, los delitos especiales impropios abarcarían a los comunes, solamente implicarían una mayor gravedad del injusto debido a la cualidad especial exigida para el autor. Como consecuencia de esto, en principio, el partícipe extraneus del delito especial impropio debería ser sancionado por el tipo común[63]. Pero, como con

---

[62] Así también se interpretaba en la doctrina alemana para casos de "infanticidio" (el ya derogado art. 217 StGB), según la regla expresamente prevista en el art. 29 StGB (aún vigente): "Cada participante será penado según su propia culpabilidad, sin considerar la culpabilidad del otro"; ver JESCHECK/WEIGEND, p. 659. También en España se ha sugerido, sin renunciar a la "unidad del título de imputación", la "aplicación analógica" de la regla de la "comunicabilidad de circunstancias" (art. 60, antiguo CP) para los casos de "parricidio" e "infanticidio"; al respecto ver, citando también otras soluciones, PEÑARANDA, p. 354 y ss. En otro trabajo me he aunado a esta interpretación y la he propuesto en "Los delitos contra la administración pública", p. 58 y ss.

[63] Esta doctrina es sostenida hasta ahora por buena parte de la doctrina alemana en la interpretación del art. 28, segundo párrafo, CP alemán, que regula ahora expresamente las atenuaciones para el partícipe extraneus en delitos especiales impropios. Ver ref. en SÁNCHEZ-VERA (quien la considera doctrina dominante), p. 181 y ss., nota 6.

acierto afirma SÁNCHEZ-VERA (quien por lo demás rechaza que los "delitos especiales impropios" y los "delitos comunes subyacentes" estén relacionados solamente de manera cuantitativa), esta solución ya no puede ser sostenible después de la regulación específica introducida por el legislador alemán(64).

La actual versión del art. 28 del CP alemán prevé dos soluciones distintas para atenuar la pena del extraneus (haciendo con ello al mismo tiempo una excepción de la accesoriedad de la participación): según si no reúne *características personales especiales* del autor que "fundamenten la punibilidad" (primer párrafo: atenuación de pena siguiendo la regla del art. 49 que regula las atenuantes), o si se trata de características que "agraven, atenúen o excluyan la pena" (segundo párrafo: pena según el marco penal del tipo básico o común). Pero con esto ahora la interpretación ofrece el problema de explicar por qué la atenuación de la pena del extraneus tiene que diferenciarse de una manera tan complicada y cuáles serían estas "características personales especiales" en uno y otro caso.

Mientras para la doctrina dominante alemana el primer párrafo se referiría solamente a los delitos especiales propios, y el segundo a los impropios con ruptura de la imputación (los partícipes extranei responderían por el tipo básico)(65); otros creen que en ambos casos el extraneus responde siempre por el delito especial (en ambos casos, el reproche penal para el extraneus se da por el tipo especial), pero el segundo párrafo del art. 28 debe interpretarse como una "regla de medición de la pena": no se rompería la imputación, pues al extraneus se le condenaría por el delito especial, pero se le aplicarían las consecuencias jurídicas del tipo común(66). Esta última interpretación convence más, pues tiene en cuenta el mayor injusto del partícipe en un delito especial en relación con el de un partícipe en un delito común, además de evitar contradicciones en la interpretación de los dos párrafos del art. 28 (en ambos casos

---

(64) SÁNCHEZ VERA, p. 186.

(65) Esta doctrina es conocida en Alemania como del "desplazamiento del tipo" ("Tatbestandsverschiebung") y "ruptura de la accesoriedad" ("Durchbrechung der Akzessorietät"); ver TRÖNDLE/FISCHER, n. marg. 8 y ss., p. 248 y s.; CRAMER, en Schönke/Schröder, § 28, n. marg. 8, p. 525. Ver más refs. en HOYER, § 28, n. marg. 4, p. 61.

(66) Esta doctrina, conocida como doctrina del "desplazamiento del marco penal" ("Strafrahmenverschiebung"), fue iniciada por CORTES ROSA sobre la base de propuestas de Wagner, ver p. 413 y ss.; siguiéndolo, ROXIN, "Strafrecht AT 2", p. 239 y s.; HOYER, § 28, n. marg. 4 y s., p. 61 y s. SÁNCHEZ-VERA, llevando hasta las últimas consecuencias la doctrina de la "infracción del deber", propone una solución original: como para él no existirían, en realidad, los "delitos especiales impropios" (que él llama "delitos impropios de infracción del deber"), sino solamente "delitos de infracción del deber" (los llamados "delitos especiales impropios", por implicar lesiones a "instituciones positivas" serían distintos, por su naturaleza, de los delitos comunes base, que solamente implican lesiones a "instituciones negativas"), todos los casos prácticos que la doctrina conoce como "delitos especiales impropios", se subordinarían a la solución del primer párrafo del art. 28; el segundo párrafo quedaría para casos (todavía por investigar) en los que, sin tratarse de "delitos de infracción del deber", existan meras agravaciones (atenuaciones o exoneraciones) de pena; ver p. 195 y ss., 205 y s., 225 y s.

no se trata de modificar la imputación del injusto del partícipe, pues siempre responde por el injusto del delito especial)[67], si bien permanece la contradicción de una regulación diferenciada en dos párrafos.

Dentro de esta última tesis, ROXIN hace una ulterior precisión de las "circunstancias que modifican la pena", pues –según su entendimiento– la idea del art. 28 (aflojar los efectos punitivos de la accesoriedad del partícipe) solamente se explicaría "cuando el desnivel de desvalor entre la autoría y la participación vaya más allá de la normal relación entre autor y partícipe debido a circunstancias especiales en la persona de un partícipe"[68]. Y ello ocurriría precisamente con los "elementos especiales de culpabilidad" existentes en algunos tipos, es decir, circunstancias que, pese a su formal ubicación como elementos del tipo, son independientes del injusto y se refieren, por un lado, a la culpabilidad, responsabilidad penal o punibilidad; o, por otro lado, consisten en "posiciones cualificadas de deberes" (qualifizierte Pflichtenstellungen)[69]. En el primer grupo estarían, p. ej. algunas modalidades del asesinato, la condición de "mujer embarazada" en el aborto, etc.; y, relacionado con la punibilidad, la "habitualidad" o la "profesionalidad" en la ejecución de los hechos, o incluso el "desistimiento espontáneo". En el grupo de la "posición cualificada de deberes" puede mencionarse, sobre todo, a la condición de "funcionario público" en los delitos contra la administración pública, que a veces puede "fundamentar" la pena (como en la "prevaricación" del juez) o "agravarla" (p. ej. el tipo alemán de "lesiones corporales" cometidas por un funcionario público).

La doctrina de ROXIN resulta plenamente aplicable en nuestro caso. Es más, en legislaciones penales como la peruana, incluso podría sostenerse la doctrina alemana antigua, pues no se prevé una regulación diferenciada de las consecuencias penales en caso de "circunstancias" que "fundamenten" la pena, por un lado, o la modifiquen (atenúen, agraven o excluyan), por otro lado, tal como ocurre en el art. 28 del CP alemán. Luego, la propuesta hecha arriba para el "parricidio" y el "infanticidio" en la legislación peruana debería aceptarse para evitar problemas de desproporcionalidad en la aplicación de la pena. Entonces, siguiendo esta última interpretación, también en el Perú (y en países con una situación legal semejante) podría pensarse en interpretar, en sentido negativo, la regla de la "incomunicabilidad de circunstancias" (art. 26), entendiendo que el marco penal de los tipos especiales previstos para el autor no debería servir para agravar la responsabilidad penal del extraneus, en

---

[67] HOYER, n. marg. 4 y s., p. 61 y s.

[68] Cfr. ROXIN, "Strafrecht AT 2", p. 252, n. marg. 51.

[69] Sobre esto y lo que sigue, ver ROXIN, "Strafrecht AT 2", p. 252 y ss., n. marg. 52 y ss.

quien no recae ningún deber específico. Por lo tanto, su responsabilidad penal debería medirse con base en un marco penal correspondiente a un autor que no tenga la cualidad. Aquí la argumentación es posible (a diferencia de la tesis de la "ruptura del título de imputación"), pues no se refiere a la tipicidad de las conductas, sino a la culpabilidad y a la punibilidad. Pero como ya se dijo arriba, esto es posible en los "delitos especiales impropios", donde existe un tipo penal subyacente que puede ser tomado como referencia, mas no en los "delitos especiales propios". En estos últimos delitos, el marco penal para el particular tendría que "crearlo" interpretativamente el juez, lo cual iría demasiado lejos(70). Además, la tesis propuesta no podría aplicarse en todos los tipos especiales impropios, sino solamente en aquellos donde la "circunstancia" se refiera a la culpabilidad (parricidio, infanticidio, algunas modalidades del asesinato, etc.) y, eventualmente, a otras circunstancias distintas del injusto.

Habría que preguntarse, por otro lado, de qué manera esta solución se vería afectada por la admisión de la teoría de la "infracción del deber" o si conviene –desde esta perspectiva– inclinarse por el "dominio del hecho". Es cierto que la tesis de la "infracción del deber" ofrece aquí la ventaja de eliminar problemas de punibilidad injustamente baja en el "parricidio" (hijo que incita a un tercero para que mate al padre de aquel) o y el "infanticidio" (tercero que incita a la madre a matar a su hijo recién nacido). Pero tampoco esta teoría, por sí sola, da solución al problema de la sobrerrepresión derivada de la falta de un marco penal propio para el extraneus. Dado que en el "parricidio" y en el "infanticidio" son portadores del deber el padre, y la madre correspondientemente; ellos siempre serían autores cuando, infringiendo sus deberes personales, de alguna manera hayan contribuido a cometer los delitos. En el caso de los extranei, ellos serían partícipes de los delitos especiales(71), lo cual puede satisfacer en alguna medida en el caso del parricidio, pero de ninguna manera en el "infanticidio", pues no se entiende por qué el instigador o el cómplice de la madre con capacidad disminuida (según el CP peruano: "bajo estado puerperal") deba resultar favorecido con una pena tan atenuada, incluso si hubiera sido el mismo extraneus quien, por instigación de la madre, hubiera cometido el delito. Pero si –como se practica en la doctrina alemana– las "circunstancias" que modifican la pena (agravantes, atenuantes, exoneraciones) no formaran parte del injusto, sino solamente tuvieran efectos en la "medición de la pena", el problema se atenuaría. Luego, tanto si se aceptara la tesis del "dominio del

(70) Además, parece obligar a realizar esta interpretación la previsión específica del art. 46, numeral 3, pues allí se ordena al juez tener en cuenta "la importancia de los deberes infringidos" para determinar la pena "dentro de los límites fijados por la ley", o sea, dentro del marco penal del tipo existente (el del delito especial propio).

(71) Similares soluciones son expuestas por SÁNCHEZ-VERA (aunque debe tenerse en cuenta la ausencia de un tipo de "infanticidio" como el peruano en Alemania), p. 150 y s.

hecho" o la de la "infracción del deber" para analizar la autoría y la participación en los delitos especiales, debería entenderse que el marco penal para el extraneus no debe ser nunca el mismo que el previsto para el intraneus, salvo que la ley –como en el Perú para los delitos especiales propios– obligue a ello. En estos últimos casos, la diferencia de injusto del partícipe extraneus debe, de todos modos, tenerse en cuenta para atenuar la pena *dentro* del marco penal previsto para el delito especial propio.

En resumen, cuando en la ley penal no exista una previsión legal específica sobre el marco penal aplicable al extraneus partícipe de un delito especial, en el caso del delito especial impropio, cuando la cualidad se base en la culpabilidad u otros razonamientos más allá del injusto, puede recurrirse al marco penal del delito común subyacente para aplicar la pena al extraneus. En los demás casos de delito especial impropio y en los delitos especiales propios, por razones de legalidad, solamente puede aplicarse el marco penal previsto para el intraneus (el del delito especial), pero el juzgador, con base en el principio de proporcionalidad, debería tener en cuenta la condición de extraneus y fijar la pena haciendo que esta se acerque al mínimo legal. De lege ferenda sería recomendable que el legislador introduzca, en la parte general una cláusula similar –aunque simplificada y mejorada– a la del art. 28 del StGB alemán que podría decir lo siguiente: "*Si en el partícipe no concurrieran especiales elementos personales que fundamenten, modifiquen o exoneren la punibilidad del autor, el marco penal que se emplee para él se atenuará conforme a ... (regulación específica de las atenuaciones legales)*"[72].

Finalmente, si se quiere respetar el principio de proporcionalidad, también deben tenerse en cuenta las *diferencias de injusto* (atenuado) de las distintas conductas que pueda ejecutar el partícipe extraneus al momento de participar del delito especial. Así, como suele hacerse en la doctrina alemana, pueden considerarse los distintos "grados de injusto" de la conducta del extraneus partícipe en delitos especiales (o de "infracción del deber"), o sea según si su aporte se correspondiera –empleando para ello imaginariamente el "dominio del hecho"– con una contribución de "autor" de delitos de dominio, de "inductor" o de "cómplice". Y según estos grados, su pena debería ser medida atendiendo a las diferencias de injustos (el injusto de la autoría y de la instigación es mayor que el de la complicidad) y a la base legal disponible: en Alemania p. ej., con una sola atenuación para los grados de autoría e instigación (por falta de la cualidad o del "deber especial"), y con una doble atenuación para el grado de complicidad (falta de cualidad y menor injusto)[73]. Por lo demás, en

---

[72] También propugna esta solución para la legislación penal colombiana, PEÑA OSSA, p. 48 y s.

[73] Solución propuesta por SÁNCHEZ-VERA; ver c. más ref. p. 211 y ss.

los delitos especiales impropios, como la conducta del extraneus (aparentemente) tendría relevancia no solamente para el delito especial, sino también para el común subyacente, podría darse un concurso (p. ej. cómplice de peculado y autoría de hurto). Pero tal concurso sería solamente aparente, pues, en realidad, el injusto cometido (colaboración en un "injusto mayor" o –según otra tesis– en una "infracción del deber") desplaza al menor del delito común(74).

7. ¿El "concepto unitario de autor" como alternativa?

Últimamente, en la doctrina alemana se han alzado voces propugnando modificaciones legislativas para una mejor regulación de la autoría y la participación. Se critica a las disposiciones actuales, similares a las existentes en España y en muchos países latinoamericanos, el llevar a complicaciones innecesarias y a contradicciones sistemáticas(75).

Una alternativa radical consistiría en introducir la *teoría unitaria de la autoría*. Pero ya ROXIN ha advertido, desde antiguo, los peligros para el Estado de derecho que ello entrañaría(76): pese a la "ventaja" aparente de hacer desaparecer, desde el principio, la distinción (y con ello los problemas de delimitación y de accesoriedad, entre autores y partícipes), se extendería con ello en demasía la punibilidad, pues se confundirían dentro del círculo de autores (incluso si el tipo exige cualidades especiales unidas a una mayor pena) tanto a los que, según la teoría diferenciadora, serían autores y partícipes, como también se abarcaría la mera "proposición" (impune en algunos países) y hasta la tentativa (tanto del autor como de los partícipes). La consecuencia de esto sería la punibilidad como autores, de quienes en el lenguaje popular no lo son, y, por razones de principio, deberían merecer una menor pena. Por otro lado, si se quisiera establecer reducciones de pena con posterioridad, desaparecería la "ventaja" inicial, pues se tendría que volver a diferenciar entre autores y partícipes(77).

Pero, sin ir tan lejos, también se podría *permanecer en la teoría diferenciadora,* modificando de plano las normas actuales para superar la dependencia inflexible de la participación en relación con la autoría. Entre otras posibili-

---

(74) Así SÁNCHEZ-VERA, p. 207 y ss., 225 y s.

(75) Ver las críticas, con una exposición de los casos problemáticos del sistema actual en DENCKER, p. 525 y ss.; LÜDERSSEN, en L. H. a Miyazawa, p. 449 y ss.

(76) Ver en "Autoría y dominio del hecho", p. 489 y s.; últimamente también en "Strafrecht AT 2", p. 5 y s., n. marg. 2 y s. Ver allí también ref. sobre autores alemanes que defienden la "teoría unitaria". Más críticas y ref. en VOLK, p. 563 y ss., esp. nota 4; BOTTKE, "Täterschaft und Gestaltungsherrschaft", p. 19 y ss., OTTO, p. 246.

(77) ROXIN, "Strafrecht AT 2", p. 6, n. marg. 3.

dades, la ley podría partir de una definición del "hecho" para luego fijar los "criterios" que servirán para determinar los actos que formen parte dicho hecho. Quedaría como alternativa el seguir diferenciando luego, para conservar el empleo popular de las palabras, entre autores y partícipes, aunque ello no sería necesario(78).

También podría pensarse en que la ley penal simplemente admita la "comunicabilidad" de elementos que caracterizan al sujeto activo intraneus, a fin de abarcar también a los extranei que ejecuten delitos especiales, sin importar aquí la regla de la accesoriedad. Un ejemplo de esto sería el art. 28 del CP portugués, si bien la doctrina discute que de lege lata la disposición legal más bien presupondría que previamente –de alguna manera– se haya determinado ya quién es autor y quién partícipe(79). En todo caso, independientemente de la (probablemente) fallida redacción del texto portugués, no resulta del todo deleznable la posibilidad teórica de introducir una regulación específica que aclare las cosas.

Tal vez incluso –como ya ha ocurrido con otras discusiones teóricas, e incluso con otras propuestas de ROXIN (p. ej. su doctrina sobre el "dominio del hecho")– no sería raro que en algún momento el legislador penal zanje la discusión con una regulación legal expresa. Esta aclaración es tanto más urgente en la situación actual –especialmente en la práctica alemana–, en la que se ha observado que el legislador o la jurisprudencia, por sus resultados finales, estarían tendiendo a aplicar, en la práctica, la "teoría unitaria" a fin de abarcar como autores a quienes, bajo una aplicación estricta de la base legal, solamente serían partícipes: el legislador, al introducir tipos que describen como autores a quienes eran antes meros partícipes de delitos tradicionales (p. ej. la "receptación", el "apoyo a organizaciones criminales", el "lavado de dinero", etc.); la jurisprudencia, al tratar de comprender, por omisión impropia, a directivos de empresas, o pretender la responsabilidad penal de la empresa(80).

8. Conclusiones

Hasta la actualidad no se ha encontrado todavía una solución plenamente satisfactoria para tratar con justicia todos los casos de autoría y participación en delitos especiales (o de "infracción del deber"). La teoría del "dominio del

(78) DENCKER, p. 535 y ss.

(79) Ver al respecto PIZARRO BELEZA, quien –si bien he entendido– admite que en Portugal –de lege lata– la comunicabilidad del art. 28, solamente tiene efectos en la etapa de la aplicación de la pena (posibilidad de aplicar al extraneus el mismo marco penal que al intraneus); ver p. 267 y ss., 274 y s., 275 y ss.

(80) VOLK, p. 565 y ss., 568 y ss.

hecho", por sí sola, ha demostrado ser insuficiente, pues, aplicada consecuentemente, llega a soluciones politicocriminalmente intolerables, en especial: la impunidad para intraneus y extraneus, cuando este último ejecute los hechos como un "instrumento doloso no cualificado", o la impunidad del extraneus que emplee al intraneus como "instrumento cualificado no doloso". Las tesis que modifican el entendimiento del "dominio del hecho" para lograr la punibilidad de ambos sujetos tienden a desnaturalizar el concepto y más bien dan la impresión de ser "soluciones de emergencia". La tesis de ROXIN de la "infracción del deber" se está imponiendo tanto por su sencillez como por ofrecer mejores soluciones prácticas. Pero también ha tenido críticas no despreciables, si bien los últimos trabajos de los seguidores de esta tesis la han reforzado considerablemente. En todo caso, por ahora, ya puede considerarse doctrina dominante la aceptación de la existencia de "delitos de deber" (diferentes de los "delitos de dominio") y la aplicación de principios distintos para definir la autoría y la participación en estos. La discusión continúa en cuanto a la definición y delimitación misma de los "delitos de infracción del deber": ¿cuáles son?, ¿abarcan a todos los delitos especiales impropios?, ¿qué sucede cuando el tipo prevee –además de la cualidad– una conducta típica determinada? En el período de transición, debido a las peculiaridades de la realidad latinoamericana, resulta recomendable preferir por ahora la "solución mixta" (admisión parcial de tipos puros de "infracción del deber", sin renunciar, en otros casos, al "dominio del hecho" cuando el tipo penal lo exija).

De todo lo analizado se puede constatar que todavía queda mucho camino por recorrer para desentrañar el gran problema teórico y práctico que representa la autoría y la participación en los delitos especiales (comoquiera que se los defina). Como acertadamente decía BOTTKE al analizar críticamente las tesis de Roxin: "Si, pese a la teoría pionera de Roxin del dominio del hecho, la queja de que la teoría de la participación punible sería 'el capítulo más oscuro y difuso de la ciencia penal alemana' todavía albergara una pizca de verdad, ello ocurriría en el caso de la teoría de la autoría y la participación en los delitos especiales"(81).

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A: "Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano", 2da. ed., Lima, 2003.

BAUMANN/WEBER/MITSCH: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 10ma. ed., Bielefeld, 1995.

BLOY, René: "Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht", Berlín, 1985.

(81) BOTTKE, "Täterschaft und Gestaltungsherrschaft", p. 112.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel A.: "La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva", Madrid, 1995.

BOTTKE, Wilfried: "Die Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems", en: "Bausteine des europäischen Strafrechts", Simposio de Coimbra (Portugal) en homenaje a Claus Roxin, 1995, p. 235 y ss.; "Täterschaft und Gestaltungsherrschaft", Heidelberg, 1992.

CORTES ROSA, Manuel: "Teilnahme am unechten Sonderverbrechen", ZStW 90 (1978), p. 413 y ss.

CRAMER, Peter: comentarios a los arts. 331 y ss. del C. P. alemán en: Schönke/Schröder, "Strafgesetzbuch. Kommentar", 26ta. ed., Múnich, 2001.

CRAMER, Peter/HEINE, Günter: comentarios a los arts. 25 y ss. del C. P. alemán, en: Schönke/Schröder, "Strafgesetzbuch. Kommentar", 26ta. ed., Múnich, 2001.

DENCKER, Friedrich: "Beteiligung ohne Täter", L. H. a Klaus Lüderssen, Baden-Baden, 2002, p. 525 y ss.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: "La autoría en Derecho penal", Barcelona, 1991.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: "Autor y cómplice en Derecho penal", Madrid, 1996.

HERZBERG, Rolf: "Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände", GA 1971, p. 1 y ss.; "Täterschaft und Teilnahme", Múnich, 1977.

HOYER, Andreas: en Systematisches Kommentar, 7ma. ed., Luchterhand, tomo I, comentarios a los arts. 25 y 28 (actualizado a enero 2001).

HURTADO POZO, José: "Derecho penal. Parte general", Lima, 1987.

JAKOBS, Günther: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", Berlín, 1993; ídem, "El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos", en: Jakobs/Cancio Meliá: "El sistema funcionalista del Derecho penal", Lima 2000.

JESCHECK, Hans Heinrich/WEIGEND, Thomas: "Lehrbuch des Strafrechts", Berlín, 1996.

KÖHLER, Michael: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", Berlín, 1997.

KÜHL, Kristian: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", Múnich, 2002.

LANGER, Winrich: "Das Sonderverbrechen", Berlín, 1972.

LENCKER, Theodor/PERRON, Walter: comentarios al art. 180 del CP alemán, en: Schönke/Schröder, "Strafgesetzbuch. Kommentar", 26ta. ed., Múnich, 2001.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: "Autoría y participación", Madrid, 1996.

LÜDERSSEN, Klaus: "Zum Strafgrund der Teilnahme" (tesis doctoral), Fráncfort del Meno, 1967; "Der Typus des Teilnehmertatbestandes", en: L. H. a Koichi Miyazawa, Baden Baden, 1995, p. 449 y ss.

MAURACH/GÖSSEL/ZIPF: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo I, Heidelberg, 1989.

MIR PUIG, Santiago: "Derecho penal. Parte general", Barcelona, 1996.

MIR PUIG, Carlos: "Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal", Barcelona, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: "Derecho penal. Parte general", Valencia, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco: " Derecho penal. Parte especial", Valencia 1996.

OLAIZOLA NOGALES, Inés: "El delito de cohecho", Valencia, 1999.

OTTO, Harro: "Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft", Jura 1987, p. 246 y ss.

PEÑA OSSA, Erleans de Jesús: "Delitos contra la administración pública", Bogotá, 1995.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique: "La participación en el delito y el principio de accesoriedad", Madrid, 1990.

PIZARRO BELEZA, Teresa: "Die Täterschaftsstruktur bei Pflichtdelikten – Pflichtträgerschaft versus Tatherrschaft?", en: Schünemann/ De Figuereido (edits.) "Bausteine des europäischen Strafrechts", Simposio de Coimbra en honor a Claus Roxin, Múnich, 1995, p. 267 y ss.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "Los delitos especiales y la teoría de la participación", Barcelona, 1974.

REBOLLO VARGAS, Rafael: "Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales. Particular referencia al delito de tortura", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. 53 (2000), p. 133 y ss.

RODRÍGUEZ PUERTA, María José: "El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios", Pamplona, 1999.

ROXIN, "Dogmática penal y política criminal", Lima, 1998; "Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo II, Múnich, 2003; "Autoría y dominio del hecho en Derecho penal", Barcelona, 2000; "Strafrecht Allgemeiner Teil", tomo I, Múnich, 1997; comentarios en "Leipziger Kommentar", 11ra., ed., 1993.

SÁNCHEZ-VERA, Javier: "Pflichtdelikt und Beteiligung", Berlín, 1999.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 2da. ed., 1975.

STRATENWERTH, Günter: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", Colonia, 2002.

TRÖNDLE/FISCHER: "Strafgesetzbuch und Nebengesetze", 49na. ed., Múnich, 1999.

VALEIJE, Inmaculada: "El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho", Madrid, 1996.

VOLK, Klaus: "Tendenzen zur Einheitstäterschaft – Die verborgene Macht des Einheitstäterbegriffs", L. H. a Claus Roxin, Berlín, 2001, p. 563 y ss.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: "Lecciones de Derecho penal", Lima, 1990.

Participación necesaria, intervención necesaria o delitos plurisubjetivos.
Una aproximación a la discusión[*]

1. La "participación necesaria" como problema doctrinario y práctico

En la literatura penal hispanoamericana, la doctrina se ha ocupado ampliamente de problemas de "autoría y participación" similares a los tratados en Alemania e Italia. Sin embargo, hasta donde es posible avizorar, a diferencia de estos últimos países, en España (y menos aún en Latinoamérica) no ha merecido mucha atención el problema de la llamada "participación necesaria" (notwendige Teilnahme)[1], salvo por breves estudios en las monografías sobre tipos penales específicos (cohecho, adulterio, usura) o por breves referencias en la parte general de algunos manuales[2]. El problema, sin embargo, tiene una gran importancia práctica para la interpretación y aplicación de una serie de tipos penales como "cohecho", "encubrimiento real", "liberación de presos", "muerte a petición", etc., pues puede incluso decidir sobre la punibilidad o impunidad del llamado "partícipe necesario" (y eventualmente los partícipes en el injusto de este).

---

[*] El artículo fue publicado por primera vez en la Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, N° 34 (abril 2003), pp. 11-44; "Cathedra", UNMSM, Perú, N° 10 (2003), p. 263-279, "Revista de Derecho Penal", N° 2007-1, Buenos Aires, pp. 613-648.

[1] No debe confundirse la "participación necesaria" con la "cooperación necesaria" (o "complicidad primaria"). Esta última problemática, basada en una distinción legislativa expresa (art. CP español de 1995 y art. 23 CP peruano) genera problemas de delimitación entre las dos formas de complicidad (primaria y secundaria) que surgen entonces por mandato legal y entre la "complicidad primaria" y la coautoría. Estos problemas no se presentan en Alemania, donde el art. 27 StGB solamente conoce una forma de complicidad, cuya penalidad es similar a la del autor, pero con la posibilidad de aplicar atenuaciones incluso por debajo del mínimo legal (art. 28, primer párrafo, concordado con el art. 49, primer párrafo StGB).

[2] Constata esto también la autora CARRASCO ANDRINO en la única monografía en lengua española dedicada específicamente al tema que se haya publicado hasta ahora ("Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria", Granada, 2002), donde proporciona más referencias bibliográficas de la dogmática española; ver ibídem, p. 4, notas 5 a 7. Entre los breves estudios del problema contenidos en las monografías sobre "cohecho", destacan especialmente los de VALEIJE, p. 47 y ss.; RODRÍGUEZ PUERTA, p. 93 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, p. 221 y ss. Más bibliografía hispana e italiana también en RODRÍGUEZ PUERTA, p. 91, nota 3.

El planteamiento del problema se puede hacer de la siguiente manera: si, como es aceptado por la amplia mayoría en la doctrina, la punibilidad del partícipe deriva de su *propia contribución* en la *realización por otro* de un injusto penal concreto[3], ¿habría que dudar de la punibilidad como partícipe de aquel cuya conducta no puede ser vista como una contribución autónoma, sino es ya presupuesta por el propio tipo penal como *parte necesaria* de los sucesos en los cuales se enmarca la conducta del autor? En otras palabras: si el sujeto se limita a hacer lo que el tipo penal presupone para que pueda producirse la tipicidad de la conducta de otro descrita como punible, aunque aquel sujeto tenga dolo de partícipe e incluso resulte favorecido por los hechos realizados por el autor[4], ¿debería considerarse esto como una participación punible, según las reglas de la parte general (instigación o complicidad), de aquel sujeto en la conducta del autor, o sería siempre impune según estas reglas generales y solamente podría tener una sanción si ésta hubiera sido prevista expresamente en tipos adicionales de la parte especial, o podría haber alguna solución intermedia? P. ej. en el "auxilio a morir" u "homicidio piadoso" (tratándose del que solicita a otro que lo mate, llegando esto solamente a la tentativa), los "matrimonios ilegales" (el que celebra el matrimonio ilegal, cuando no exista un tipo penal específico para él), la "usura" (en cuanto al que pide el crédito usurario), el "favorecimiento personal" (en cuanto al delincuente que instiga a otro a que lo ayude a escapar de la justicia), la "liberación de presos" (en cuanto al prisionero que instiga al guardia a que lo ayude a escapar) o en el "cohecho" (según si es propio o impropio, el sobornador o el sobornado respectivamente) y el "tráfico de influencias" (el comprador de la influencia o el funcionario cuya

---

(3) Este planteamiento tiene como base el entendimiento de la doctrina mayoritaria sobre el carácter accesorio de la participación; ver por todos y c. más ref., CRAMER/HEINE en Schönke/Schröder, n. marg. 17 y ss., p. 462 y ss. Distinto sería el caso si se afirmara la autonomía del injusto de la participación, como ha sucedido con la tesis alemana minoritaria de la "tipicidad de la participación". P. ej. la tesis de SAX, para quien (aplicando su propuesta del "tipo del injusto conglobante (übergreifend)": "Actúa típicamente quien, a través de su conducta acorde con el 'tipo legal' ocasiona una violación del bien jurídico merecedora de pena"; ver p. 927 y ss., p. 937. Entonces, en la tipicidad de la participación tendrían que verificarse dos elementos: el "tipo legal" de la participación (conducta *dirigida a* determinar o apoyar el "hecho punible" de otro) y el "merecimiento de pena" de la violación del bien jurídico por la conducta del partícipe (la comisión dolosa por otro de un hecho antijurídico que pueda imputarse objetiva y subjetivamente al partícipe); ver ídem, p. 938 y ss. También SCHMIDHÄUSER (p. 494 y s), LÜDERSSEN (p. 25 y ss., 119 y ss.) y HERZBERG ("Anstiftung und Beihilfe ...", p. 1 y ss., 9, 12), en una versión atenuada ("tipos de participación" como "tipos especiales" con autonomía restringida) sostenían esta tesis.

(4) El concepto de "partícipe necesario" presupone la presencia de dolo en este; por ese motivo no puede hablarse de participación necesaria en la víctima de una estafa, ni tampoco vale la pena discutir sobre ello tal como exige STOFFERS; ver c. más ref. sobre la discusión al respecto entre Gössel y Borchers en Alemania, p. 579 y ss., p. 580. La doctrina aquí citada, al tratar la problemática de la "participación necesaria", tampoco se refiere a la estafa y a los delitos vinculados con ella, a excepción de MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, quienes parecen incluir a la estafa como un caso de participación necesaria, y en donde los casos de "error" de personas jurídicas, provocado por el estafador, son vistos como supuestos de imputación de la participación necesaria de aquella al causante del error en aplicación de las reglas del "actuar por otro"; ver n. marg. 28, p. 318 y s.

influencia iba a ser comprada y que de alguna manera participara en el mero tráfico, sin que exista un tipo penal específico para estos).

En algunas legislaciones, se prevé de manera expresa la punición del partícipe necesario en casos de tipos aislados; p. ej. en el CP peruano o en la mayoría de las legislaciones penales, sucede eso en el caso del "cohecho", pues, aparte del "cohecho pasivo", donde se sanciona penalmente la conducta del funcionario que acepta sobornos dentro del ejercicio de sus funciones públicas (arts. 393 y s. CP peruano; arts. 331, 332 StGB), también se prevé la conducta del que paga dichos sobornos (art. 399 CP peruano; arts. 333, 334 StGB). Pero en muchos otros tipos penales, no existe un pronunciamiento expreso del legislador sobre la punibilidad del "partícipe necesario". ¿Debe deducirse de ello que este sujeto siempre deberá quedar impune?

Este tema ha merecido discusión en la doctrina extranjera desde hace mucho tiempo. En Alemania, ya desde el siglo XIX la doctrina penal había reconocido el problema poco a poco y empezado a intentar dar algunas respuestas[5]. En 1940, Richard LANGE había propuesto soluciones por grupos de casos en su trabajo "Die notwendige Teilnahme". Estos planteamientos fueron recogidos y desarrollados en la doctrina posterior hasta llegar en la actualidad a un consenso en cuanto a una parte de los problemas planteados, subsistiendo, sin embargo, todavía mucha diferencia en la solución de los casos restantes.

2. El problema de la terminología

En primer lugar, prácticamente todos los autores coinciden en que *el término* "participación necesaria" ("notwendige Teilnahme" en alemán) es equívoco, aunque se hubiera impuesto en la ciencia penal[6], pues abarca constelaciones que no tienen que ver con la verdadera "participación": el llamado "partícipe necesario" podría realizar conductas que materialmente equivaldrían a la "coautoría" (p. ej. en los casos de abusos sexuales consentidos por la

---

[5] Según STOFFERS (p. 579), los primeros indicios sobre la problemática se encontrarían en STUBEL ("Ueber den Tatbestand des Verbrechens", 1805). Sea como fuere, la doctrina coincide en que las concepciones pioneras para la discusión posterior han sido la de SCHÜTZE ("Die nothwendige Theilnahme am Verrechen", 1869), quien también postula la impunidad del partícipe necesario, y la muy citada obra de VON KRIES (en ZStW 7, 1887, p. 521 y ss.), a quien se debe la primera clasificación por grupos de casos de impunidad del partícipe necesario (el protegido por la ley, aquel cuya conducta podría resultar sancionada varias veces como participación en el mismo delito, y cuando del tipo se puede establecer la voluntad del legislador de no querer penar al partícipe).

[6] P. ej., critican abiertamente la terminología empleada, OTTO, p. 197 y ss., 197; WOLTER, p. 343 y ss., 344, col. izq.; STRATENWERTH, p. 361, n. marg. 204; SOWADA, "Die notwendige Teilnahme...", p. 13; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, p. 315, n. marg. 8; JESCHECK/WEIGEND, 1996, p. 697; CRAMER/HEINE en Schönke/Schröder, p. 467, n. marg. 46; ROXIN, "Strafrecht. AT 2", (de próxima publicación [publicado el 2003]), § 26, n. marg. 43.

víctima menor de edad) o precisamente no deberían constituir "participación" en sentido penal y quedar impunes (p. ej. el que solamente se beneficia con la conducta delictiva ejecutada por otro).

Por eso, sería recomendable emplear una *terminología diferente*, una que no anticipe juicios sobre la conducta del "partícipe necesario" ni lleve a confusiones con otras clasificaciones de los delitos. Así, aparte del término descriptivo "delitos de pluralidad de personas" (Mehrheitsdelikte) sugerido ya a principios del desarrollo de la doctrina alemana por T. R. SCHÜTZE[7], y de la reciente propuesta de GROPP ("tipos delictivos con participación especial"; en alemán: Deliktstypen mit Sonderbeteiligung)[8], también podría hablarse de "intervención sin responsabilidad"[9] o de "intervención necesaria" (notwendige Beteiligung). Este último término, sugerido por MAURACH/GÖSSEL/ZIPF[10], parece ser el más razonable y recomendable para la doctrina penal hispanoparlante, pues con él se alude a la "necesidad" de la concurrencia de varias personas sin valorar de antemano el carácter jurídico-penal de su aporte; este aporte, en caso de ser punible, en su forma externa puede asemejarse tanto a actos de autoría como de participación o incluso a contribuciones que no alcancen los requisitos de ambas.

Por otro lado, la terminología empleada en las diferentes *doctrinas penales nacionales* (en especial en Alemania, Italia y España) no coincide ni en cuanto a su traducción literal ni en lo referente a los grupos de casos englobados. Pese a esto, tal como se analizará más adelante el problema principal planteado en todas ellas es el mismo: la punibilidad o impunidad de quien realiza conductas de "partícipe" en un "delito de encuentro" que solamente prevé la punibilidad como autor del otro interviniente, así como –estrechamente relacionado con esto– la aplicabilidad o no de las reglas generales sobre autoría y participación en algunos grupos de delitos.

En *Italia*, el concepto de "delito plurisubjetivo" o "delito bilateral" (reato plurissoggetivo) es básicamente entendido como aquel que, según la propia

---

(7) Resaltando las bondades de esta terminología empleada por el autor alemán en su obra "Die notwendige Teilnahme am Verbrechen", Leipzig, 1869.

(8) Con este término, GROPP quiere abarcar todos los casos de contribuciones a la realización de delitos que, sin embargo, quedan impunes tanto por falta de previsión específica en los tipos como según las reglas generales de autoría y participación. Queda claro de su definición, el concepto que utiliza el cual es más estrecho que el de "participación necesaria" empleado por la doctrina alemana dominante. Ver p.1 y ss., 50 y ss.; al respecto CARRASCO ANDRINO, p. 45 y ss., 69 y ss.

(9) JAKOBS parece recomendar esta terminología, pues en su manual la utiliza en paréntesis ("Beteiligung ohne Haftung") en el título tradicional de "participación necesaria", si bien en el desarrollo posterior del tema contempla casos en los cuales a veces no hay responsabilidad penal y a veces sí (no reconoce impunidad a los partícipes necesarios que no sobrepasan el "mínimo necesario"); ver § 24, n. marg. 7, p. 695, n. marg. 12, p. 696.

(10) Así MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, p. 298, n. marg. 50, p. 315, n. marg. 8.

descripción del delito en el tipo penal, solamente puede ser realizado a través de la aportación de conductas de varias personas[11]. Dentro de estas conductas también puede estar la de la propia víctima, si el tipo penal presupone que ésta debe realizar alguna conducta[12]. Pero la doctrina italiana está dividida entre los que defienden un "concepto estricto" de los delitos plurisubjetivos (solamente abarcarían los casos en los cuales todos los intervinientes son objeto de punición) y los que defienden la "tesis amplia", es decir, aquella para la cual tanto son delitos plurisubjetivos aquellos donde el tipo penal prevé expresamente la punibilidad de todas las partes intervinientes (delito pluripersonal propio) como también cuando solamente está prevista la punibilidad de alguno o algunos de ellos (delito pluripersonal "impropio")[13]. La "tesis amplia" constituye la doctrina dominante en Italia y se acerca a lo que en la doctrina alemana se conoce bajo el concepto de "participación necesaria". Esta tesis amplia merece aprobación pues, desde la perspectiva lesiva, no interesa que el legislador (por decisión consciente u olvido) haya previsto la sanción penal de todos o de solo algunos de los intervinientes, sino que todos ellos conjuntamente lleven a la afección del bien jurídico; la "dimensión preceptiva" o "personal" (es decir, la punibilidad de cada uno de los sujetos) escapa de la tipicidad de la conducta y por ello no puede ser relevante para reducir el concepto[14]. Por lo demás, en contra de la crítica a la tesis amplia, no es de temer que la ampliación del concepto disminuya su rendimiento, pues precisamente los casos de falta de punibilidad típica de algunos intervinientes constituye uno de los mayores problemas prácticos que la doctrina debe ayudar a resolver, además de evidenciar vacíos de punibilidad, lo cual, desde la perspectiva político-criminal, tiene enorme trascendencia. El que por ello la doctrina descuide el "estatus de autor" de los intervinientes cuya conducta sí está penada en el tipo pluripersonal y pretenda la aplicación para ellos (también) de las reglas generales de autoría y participación[15], no tiene por qué ser consecuencia necesaria de seguir la "tesis amplia". Finalmente, el hecho de que la "descripción típica" lleve después a la previsión de sanción penal de algunos y no a la de otros, no significa que la conducta de estos últimos no

---

[11] Ver sobre los orígenes de la discusión teórica en Italia y la situación durante la vigencia del Código Zanardelli (que seguía la teoría diferenciadora de la autoría) y el Código Rocco (que introdujo la "teoría unitaria"), ampliamente y con múltiples referencias, CARRASCO ANDRINO, p. 10 y ss.

[12] Sobre posiciones contrarias a la inclusión de la víctima en el concepto de delito pluripersonal ver ampliamente CARRASCO ANDRINO, p. 15 y ss.

[13] Al respecto ver, RODRÍGUEZ PUERTA, críticamente (en contra de la admisión del concepto amplio) y c. más ref., p. 97 y s.; a favor de la tesis amplia, detalladamente y con mult. ref., CARRASCO ANDRINO, p. 10 y ss.

[14] En este sentido, siguiendo la doctrina italiana dominante, CARRASCO ANDRINO, p. 27 y s.

[15] Crítica de RODRÍGUEZ PUERTA, p. 98.

esté desvalorada[16], sino solamente que sea cual sea el motivo, únicamente no recibe una sanción penal.

En *España*, la doctrina ampliamente dominante, influida por la doctrina italiana, prefiere emplear el término de delitos "pluripersonales", "plurisubjetivos" o "con pluralidad de sujetos activos". Para la mayoría de los autores hispanos, los "delitos pluripersonales" serían aquellos donde los tipos penales expresamente describen y prevén sanciones penales para las conductas de los distintos sujetos que conjuntamente (de manera convergente o contrapuesta) realizan el ataque contra el bien jurídico (o sea, tanto para el autor principal como para el partícipe necesario); el concepto "participación necesaria" se restringe a describir los casos en los cuales el legislador no ha previsto, en la parte especial, un tipo penal y una sanción penal específica para el partícipe necesario[17]. Desde esta perspectiva es comprensible que, en la doctrina española, el "partícipe necesario" (coherentemente con la distinta terminología debería denominársele, en realidad, de manera distinta para evitar confusiones; por ejemplo: "coactor del tipo pluripersonal"), no pueda tener nunca la categoría de inductor o partícipe, sino solamente de autor, si bien aquí se discute si se trata de una coautoría o una autoría múltiple en el tipo pluripersonal[18]. Pero si este sujeto no reuniera las características exigidas por el tipo para el autor, aunque su conducta sea necesaria para la tipicidad de la conducta de este (y por lo tanto sea un llamado "coejecutor"), no puede ser considerado ni coautor ni partícipe ya por exigencias del mismo tipo[19]. Por lo demás, tampoco puede ser típica, de ninguna forma, la conducta del sujeto en cuyo favor se ha establecido la protección penal, pues ella queda siempre excluida del concepto de "delito pluripersonal", el cual siempre exige conductas que implican lesiones o peligros a bienes jurídicos de terceros[20].

Con esto, en el fondo se llega a similares resultados que la doctrina alemana, aunque se utilice una terminología algo distinta en contenido ("deli-

---

[16] La identificación de "previsión de pena" con "desvaloración de la norma" lleva a RODRÍGUEZ PUERTA a afirmar que la "tesis amplia" de los delitos pluripersonales confundiría los planos "naturalístico" y "normativo"; ver p. 97 y s. En última instancia, resurge aquí la vieja discusión entre la teoría tripartita (que distingue entre tipicidad y antijuricidad) y la de los "elementos negativos del tipo".

[17] Así, c. más ref. RODRÍGUEZ PUERTA, p. 98 y ss., 102; 7 y s., 77 y s.; VALEIJE ÁLVAREZ, p. 42 y s.; al respecto, c. más ref. CARRASCO ANDRINO, p. 4 y ss., 7 y s.

[18] Ver la aclaración detallada en CARRASCO ANDRINO, p. 87 y ss. La autora se inclina por la "coautoría" de todos los "partícipes necesarios" (coejecutores del tipo pluripersonal), pues esta con la coejecución dolosa de la conducta típica "independientemente de que esta pluralidad de sujetos sea una de las posibles formas de realización del delito o un elemento típico indispensable para que éste pueda llevarse a cabo"; ver c. más ref., p. 102 y s., 103.

[19] CARRASCO ANDRINO, p. 98 y ss., esp. 99 y s.

[20] Ver haciendo referencias a la doctrina alemana, CARRASCO ANDRINO, p. 97.

tos pluripersonales" en España y "participación necesaria" en Alemania) y se parta de distintos puntos problemáticos (fundamentar la existencia y analizar una categoría autónoma de delitos en España, fundamentar coherentemente la punibilidad o impunidad del "partícipe necesario" en Alemania).

Pero también en España no hay consenso sobre el entendimiento y la ubicación sistemática del término "participación necesaria". Así, una parte de la doctrina lo entiende como el género que precisamente abarca tanto los "delitos pluripersonales" como aquellos casos donde el partícipe necesario sería impune[21]; para otros (los que constituyen la doctrina mayoritaria) como ya se dijo, la "participación necesaria" sería más bien una especie situada al mismo nivel que los delitos pluripersonales (habría que buscar una denominación para el género), pues abarcaría exclusivamente aquellos casos en los que la ley penal no ha previsto la punibilidad del partícipe necesario[22].

Además de esta discrepancia en la doctrina española, debe mencionarse que se han producido confusiones en la práctica jurisdiccional debido a la similitud de los términos empleados con otros utilizados también por la dogmática penal en otros contextos. Así se ha constatado que la jurisprudencia española ha empleado a veces el término "participación necesaria" como sinónimo de "cooperación necesaria" (complicidad primaria) y el de "delito plurisubjetivo o pluripersonal" en casos de mera comisión de delitos por varias personas (codelincuencia)[23]. Especialmente, en el medio hispanoparlante debe advertirse que no se deben confundir los "delitos de participación necesaria" (o "delitos pluripersonales") con la *codelincuencia*. Mientras que en los primeros la pluralidad de personas y conductas constituye un elemento esencial del tipo delictivo; en la codelincuencia, ello no es así: el delito es cometido por varias personas, pero el tipo penal permite que el delito pueda ser realizado por un solo individuo (p. ej. una estafa organizada por varias personas, un homicidio ejecutado por dos, una violación ejecutada por un grupo de personas, etc.)[24]. Pero si la pluralidad estuviera prevista ya en el tipo penal como constitutiva o agravante del injusto, entonces sí se trataría de un delito de "participación necesaria"; estos casos suelen producirse por ejemplo, bajo la modalidad de delitos de "convergencia", en tipos penales que prevén agravaciones cuando el delito se cometiera en "banda" o por "dos o más personas".

---

[21] RODRÍGUEZ PUERTA, p. 98.

[22] CARRASCO ANDRINO, p. 5, 7 y s.

[23] CARRASCO ANDRINO, refiriéndose a ambos casos, p. 8 y s., notas 18 y 19.

[24] Enfatiza especialmente en esta distinción CARRASCO ANDRINO, p. 57, 76.

Independientemente de la terminología que se use debe advertirse, sin embargo, que podría resultar algo peligroso basarse demasiado en la doctrina italiana para tratar el problema de la "participación necesaria". Y es que, como en Italia se sigue la "teoría unitaria" de autor, es comprensible que allá no tengan relevancia inicial los casos de participación (o intervención) necesaria donde el tipo penal no haya previsto expresamente la punibilidad de todas las partes, pues todos los intervinientes son prima facie "autores" (art. 110); solamente cuando la punición del sujeto se contradiga con otros principios o normas establecidas en las leyes penales italianas, puede admitirse la impunidad. Precisamente amparándose en esta decisión legislativa de adoptar la "teoría unitaria del autor" (todos los que contribuyen causalmente al delito reciben, en principio, la pena prevista en el tipo), parte de la doctrina italiana y la jurisprudencia de este país justifican la punibilidad del "partícipe necesario", aunque el tipo penal solamente describa la conducta del autor principal, pues aquel también ha concurrido al delito; solamente se excluye al sujeto pasivo del delito o a la persona a quien la norma quiere proteger. Esta posición es perfectamente sostenible, pese a que también existe una fuerte opinión contraria en la doctrina italiana[25].

En países que siguen la "teoría diferenciadora", en cambio, como en Alemania, España y los países latinoamericanos, donde no se puede admitir sin más como punto de partida la punibilidad de todos los contribuyentes en la realización de un hecho delictivo, sí es importante determinar desde el principio la calidad de autor o partícipe de los sujetos. Por este motivo, no es una cuestión desdeñable el problema de punibilidad o impunidad que plantea la "participación necesaria", tanto en los casos de tipicidad expresamente prevista para todas las partes como en la prevista solamente, para alguna o algunas de ellas.

En consecuencia, con la salvedad de recomendar el uso del término "*intervención necesaria*", en vez de "participación necesaria", para englobar los casos problemáticos, resulta preferible seguir la doctrina alemana y tratar bajo el concepto mencionado todos los casos caracterizados, porque el tipo penal exige la necesaria concurrencia de conductas de varias personas (delitos de encuentro y de convergencia), sea que el legislador prevea expresamente la punición de los que colaboran con la conducta principal o no. Solamente así se pueden tratar adecuadamente y destacar los principios comunes a casos

---

[25] La doctrina italiana mayoritaria defiende la tesis de la impunidad del partícipe necesario a partir del argumento de que también se manifiestaría una decisión legislativa de atipicidad e impunidad en el hecho de que cuando el legislador (italiano) quiere penar al "partícipe necesario", se haya referido expresamente a él; luego, cuando no se refiere expresamente a él en el tipo correspondiente, debería quedar impune. Ver las ref. de esta posición y de la contraria en CARRASCO ANDRINO, p. 107, 106 y s., respectivamente.

aparentemente tan disímiles como los de "muerte a petición", "usura", "favorecimiento personal", "cohecho", etc.

3. Los "delitos de convergencia" y los "delitos de encuentro"

En el análisis de los delitos de "intervención necesaria" (o "participación necesaria"), ya desde FREUDENTHAL[26], se suele distinguir entre dos grupos: los delitos de convergencia (Konvergenzdelikte) y los delitos de encuentro (Begegnungsdelikte)[27].

En los *delitos de convergencia*, el tipo penal exige la contribución de varias personas para la afección del bien jurídico, pero estas contribuciones tienen que darse de la misma manera y en la misma dirección; p. ej. en Alemania, en los delitos de "motín de prisioneros" (§ 121), "atentado contra la paz social" (§ 125), "lesiones corporales" cometidas por varios (§ 224, primer párrafo, Nr. 4); en el Perú, la "rebelión" (art. 346), el "hurto agravado cometido por más de dos personas" (art. 186, numeral 6), o en los antiguos delitos de "riña" y "duelo" del CP de 1924; en España, en los delitos de "violación" agravada por la actuación conjunta de dos o más personas (art. 180), "abandono colectivo del servicio público" (art. 409, segundo párrafo), "rebelión" (art. 472), "sedición" (art. 544 CP de 1995), etc. En estos delitos no se presentan mayores problemas de punibilidad para el "partícipe necesario", pues ya por el propio tenor de la ley, no hay duda de que todos los sujetos con conductas convergentes descritas en el tipo son punibles como autores, sin excluir con ello la "participación" punible de terceros según las reglas generales[28].

---

[26] FREUDENTHAL partió así de la concepción desarrollada antes por VON KRIES (ver nota 190); "Die nothwendige Theilnahme", 1901. En la doctrina moderna se emplean estos conceptos por prácticamente todos los autores, ver entre otros: JESCHECK/WEIGEND, p. 697 y s.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, p. 315, n. marg. 7, 10 y ss.; JAKOBS, § 24, n. marg. 7 y s., p. 695; CRAMER/HEINE, en Schönke/Schröder, p. 467, n. marg. 46; ROXIN, "Strafrecht. AT 2", § 26, n. marg. 41 y s.

[27] Esta traducción de la terminología empleada por la dogmática penal alemana se viene imponiendo también en la dogmática hispanoamericana, aunque no faltan voces discordantes. Se ha propuesto emplear términos más descriptivos como "delitos pluripersonales con conductas convergentes" y "delitos pluripersonales con conductas contrapuestas" (Barbero Santos); al respecto ver en RODRÍGUEZ PUERTA, p. 95, nota 14. Pero finalmente la mayoría emplea la terminología tradicional; ver también en la misma autora, p. 103 y s.

[28] CRAMER/HEINE en Schönke/Schröder, c. más ref., p. 468, n. marg. 47d; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, p. 315, n. marg. 7; JESCHECK/WEIGEND, p. 698; BAUMANN/WEBER/MITSCH, p. 690, n. marg. 66 y ss.; ROXIN, "Strafrecht. AT 2", § 26, n. marg. 41; JAKOBS, § 28, n. marg. 7, p. 695; detalladamente KÜPER, p. 301 y ss. El problema en estos delitos consiste más bien en determinar, en primer lugar, el tipo de contribución que debe darse en los sujetos para que exista una "convergencia" (¿una de "coautoría", de "participación" o, más bien, de estructura diferente?) y, establecido esto, qué forma de participación tendría cada uno de los que convergen en el delito (¿serían siempre coautores o su grado de participación sería independiente de su "convergencia"?); ver el análisis de KÜPER, para quien las reglas sobre participación punible no tienen por qué influir en el análisis de la "convergencia" (los requisitos de ella tienen que interpretarse de los tipos correspondientes), pero tampoco la existencia de un tipo de "convergencia" puede influir después en la determinación del grado de participación de cada uno de los "actuantes convergentes" (aquí regirían solamente las reglas generales sobre autoría y participación); p. 311 y ss., 333 y s.

En los *delitos de encuentro*, en cambio, si bien actúan también varias personas hacia una finalidad común, lo hacen desde direcciones diferentes y de manera complementaria[29]. P. ej., en Alemania, en la "liberación de presos" (art. 120), los casos de abuso sexual de menores, el proxenetismo de menores de 16 años (§ 180), el encubrimiento real o (según la estricta terminología alemana) la "frustración de la persecución penal" (art. 258), el "uso abusivo de documentos de identidad" (art. 281), el "favorecimiento ilícito de acreedores" (§ 283c), la usura (§ 302a), etc.; en el Perú, el "favorecimiento de la prostitución" (art. 179), la "usura" (art. 214), los "nombramientos ilegales" (art. 381), el "tráfico de influencias" (art. 400), etc.; en España, los "nombramientos ilegales" (art. 381), el favorecimiento de la prostitución de menores (art. 187), etc.

En los delitos "de encuentro" podría distinguirse aún según si el delito está expresamente penado para ambas partes (p. ej. en el caso peruano: el cohecho pasivo y el activo; el nombramiento ilegal y la aceptación del nombramiento), o no lo está (p. ej. en el Perú, en el "tráfico de influencias" o en la "usura", donde el tipo penal solamente describe la conducta del traficante y del usurero respectivamente). Recién en este subgrupo de "delitos de encuentro no penados para todas las partes" ("nicht allseitig mit Strafe bedrohten Begegnungsdelikte") se plantea con más urgencia el problema de la punibilidad o impunidad de la "participación necesaria"[30].

Pero si bien esta clasificación viene siendo utilizada ampliamente también por la doctrina española e italiana[31], no siempre existen coincidencias exactas de contenido. Así, por lo visto, la doctrina italiana no parece entender exactamente lo mismo que la alemana cuando se refiere a los "delitos de convergencia". En la amplia e interesante clasificación de GRISPIGNI[32], se distingue entre "delitos pluripersonales de dirección recíproca" y "delitos pluripersonales unilaterales", lo cual, por su definición parece coincidir con los delitos "de encuentro" y "de convergencia", según la terminología alemana. Pero, las coincidencias se van perdiendo en las subclasificaciones cuando en los "delitos pluripersonales unilaterales" se distingue entre delitos de "conductas homogéneas" y delitos de "conductas heterogéneas", según el tipo de contribución que aporte el partícipe necesario. Haciendo un paralelo con la terminología empleada por la doctrina alemana solamente podría hablarse de

---

[29] Entre otros, además de los citados al tratar cada uno de los problemas que se exponen a continuación, ver MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, p. 315 y ss., n. marg. 11 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, p. 698; JAKOBS, § 24, n. marg. 12; BAUMANN/WEBER/MITSCH, p. 691 y s., n. marg. 71 y ss.; ROXIN, "Strafrecht AT 2", § 26, n. marg. 41 y ss.

[30] Así, MAGATA, p. 246 y ss, 246.

[31] Ver la exposición de CARRASCO ANDRINO, recogiendo la doctrina de Freudenthal, p. 59 y ss.

[32] Al respecto ver CARRASCO ANDRINO, p. 64 y ss.

"delitos de convergencia" en el primer grupo de casos ("conductas homogéneas"); el grupo de "conductas heterogéneas" contiene delitos que, según la concepción alemana, son "delitos de encuentro": evasión del preso, auxilio o inducción al suicidio, aborto con consentimiento de la gestante, inducción a la prostitución de menores.

Más allá de esta clasificación, también se ha intentado aisladamente delimitar aún más el problema definiendo previamente el concepto *necesidad* de la participación necesaria. Aquí se ofrecen dos posibilidades: o bien se entiende que los tipos penales donde existiría esta necesidad de la participación exigen una determinada conducta del partícipe necesario (necesidad de la conducta) o solamente la presencia de este como objeto personal del hecho (necesidad de la persona)[33]. Sin embargo, esta diferenciación no parece ser ni útil ni "necesaria", pues los casos discutidos por la doctrina parecen exigir tanto uno como otro elemento: en los casos de impunidad por conductas con "efecto mínimo" se tiene en mente una "necesidad de la conducta", mientras que en los casos de "leyes que protegen a la víctima" y de "favorecimiento", los tipos presuponen solamente una "necesidad de la persona"[34]. Pero incluso en estos últimos casos, lo que realmente interesa no es la exigencia típica de una determinada persona (el menor de edad, el moribundo, etc.) sino una determinada conducta de esta persona (que colabore con el violador, que pida la aplicación de la muerte piadosa, etc.) similar a un acto de "participación punible" (contribución causal, dolo, etc.). Y es que, en última instancia, en casi todos los delitos existe una víctima concreta, un "portador individual" del bien jurídico, presupuesto por el tipo penal (p. ej. homicidio, lesiones, delitos contra el patrimonio, etc.), sin que por ello se tenga que discutir la "participación necesaria".

4. Grupos de casos de participación necesaria (según la doctrina alemana)

La doctrina alemana admite dentro del término "participación necesaria" varios grupos de delitos unidos por un vínculo común: los tipos penales correspondientes presuponen que la conducta típica debe ser realizada necesariamente con el aporte de dos partes, sin importar si una de ellas es al mismo tiempo víctima del delito o no. Del amplio conglomerado de casos que se presentan bajo estos presupuestos, sistemáticamente se pueden distinguir –como ya se vio antes– dos grandes grupos: los delitos de "convergencia" y

---

[33] MAGATA insiste en la necesidad de esta diferenciación, ver p. 251.

[34] Hace esta acertada observación SOWADA, "Der begünstigte Gläubiger ...", p. 60 y ss., 62. MAGATA mismo termina asumiendo un concepto de "necesidad" en sentido amplio (o sea que engloba ambos casos de necesidad), aunque esto no se refleja especialmente en su desarrollo posterior del problema; ver p. 251, col. der.

los delitos de encuentro. Tal como propone la doctrina alemana, para el estudio del problema de la participación necesaria, puede excluirse de antemano el grupo de los "delitos de convergencia", pues en ellos no es problemática la punibilidad dado que los propios tipos penales la prevén expresamente para todos los contribuyentes.

Entonces, partiendo de los "delitos de encuentro", se han llegado a diferenciar varios grupos de casos de "participación necesaria" donde la punibilidad podría resultar discutible. Para proponer las soluciones, la doctrina dominante sostiene, en la actualidad, que las respuestas planteadas en los grupos de casos conocidos, en parte provienen del fundamento penal de la participación, pero también en gran medida de la interpretación de los tipos penales específicos[35]:

a) Casos en los que la participación (intervención) es "necesaria" *según el tenor de la ley*, la cual no prevé, sin embargo, la punición sino la *protección del partícipe necesario*. Aquí puede interpretarse que el objeto atacado (y a través de él, el bien jurídico) por el partícipe necesario no merece protección penal contra conductas realizadas precisamente por el titular o portador de estos objetos. En casos como estos (que no son muchos) tiene que haber impunidad del "partícipe necesario". P. ej. el enfermo que incita a otro a que le aplique la "muerte piadosa" (en caso de que no se llegare a producir la muerte) tiene que quedar impune de instigación al homicidio (o al tipo atenuado de muerte a petición o auxilio a morir del § 216 StGB, "homicidio piadoso" del art. 112 CP peruano), pues la vida concreta solamente está protegida cuando el ataque proviene de una persona distinta del portador[36]. No se trata aquí de que la víctima pueda

---

[35] Con diferentes fundamentaciones y soluciones para los casos que se exponen a continuación, ver en especial, ROXIN, "Strafrecht. AT 2", § 26, n. marg. 44 y ss.; CRAMER/HEINE, en Schönke/Schröder, p. 467 y s., n. marg. 47-47c; SOWADA, "Die notwendige Teilnahme...", p. 26 ff., 118 ff.; WOLTER (quien incluso divide su exposición en una "parte general" y una "parte especial" de la problemática), p. 344, col. derecha, y ss.; OTTO, p. 199, 211 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, p. 697 y ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, p. 315 y ss.; JAKOBS, quien bajo una terminología distinta (delitos de "interacción de varias personas con diferente fuerza social" y delitos con "igualdad de fuerza social de los participantes") conoce grupos y resultados similares a los ofrecidos por la doctrina dominante, con la única diferencia de su rechazo a la impunidad del "aporte mínimo" en los más polémicos casos de no previsión típica de punibilidad para el partícipe necesario, ver § 24, n. marg. 8 y ss., 12 al final, p. 695 y s.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, p. 691 y ss., n. marg. 71 y ss.; STRATENWERTH, p. 361 y s. Postulan, en cambio, abandonar completamente el método deductivo, y buscan una solución particular para cada caso GROPP, p. 49 y ss.; siguiendo al anterior, MAGATA, p. 252 y s.; y también, remitiendo a criterios generales de interpretación de cada tipo penal, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, p. 317, n. marg. 25. SAX propone soluciones desde la perspectiva de un injusto propio y autónomo de la participación (negando muchas veces el cumplimiento de algún elemento de este injusto); ver, p. 947 y ss.

[36] En este y en el siguiente caso coincide en los resultados, aunque a veces con distintas argumentaciones, casi toda la doctrina alemana. Ver, en especial, ROXIN, "Strafrecht. AT 2", § 26, n. marg. 44; STRATENWERTH, p. 361, n. marg. 205 y s.; WOLTER, p. 345; JESCHECK/WEIGEND, p. 698 y s.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, n. marg. 14, p. 315 y s.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, p. 691, n. marg. 71 y s. JAKOBS, según su propia clasificación, considera el caso de la "muerte a petición" dentro

"disponer" del bien jurídico[37], sino de hasta dónde llega la protección del bien jurídico prevista en el tipo penal concreto (no hay protección contra acciones de la propia víctima). A diferencia del siguiente grupo de casos, este caso es uno auténtico de "participación necesaria", pues el tipo penal exige la actividad de la víctima para la ejecución del delito (la "petición" de la propia muerte).

b) Casos en los que *la participación (intervención) no es necesaria según el tenor de la ley* para que el delito se lleve a cabo *o cuando esta participación vaya más allá del mínimo necesario*, y donde el sentido de la ley es el de *proteger a éste*. La diferencia con el caso anterior (donde el tipo penal también está dirigido a proteger a la víctima) está en que aquí la víctima, según la descripción típica, no tiene que aportar nada activamente (en el sentido del tipo penal) para que el delito se cometa (en la muerte a petición sí); su participación, en sentido estricto, no es necesaria. También en estos casos la doctrina mayoritaria considera que el llamado "partícipe necesario" debe resultar siempre impune, incluso si realizara conductas de colaboración activa para la ejecución de los hechos, pues los tipos penales solamente se refieren a ataques de terceros contra el bien jurídico, cuyo portador es precisamente el partícipe necesario[38].

---

del subgrupo de "prohibición de una lesión a terceros", el cual es englobado por el grupo de "igual rango de los intervinientes"; en aquel subgrupo habría impunidad por el hecho de que el consentimiento del "no-subordinado" (el moribundo) sería nulo y, por lo tanto, no puede contribuir en nada a la lesión, § 28, n. marg. 9, p. 695 y s. OTTO niega una "disponibilidad" del bien jurídico por parte de la víctima y fundamenta, más bien, su impunidad (en el caso de la tentativa de "muerte a petición) a través de una "situación parecida al estado de necesidad"; ver, p. 212 y s. Para SAX, según su particular fundamentación de la punibilidad de la participación (y, en general, de la tipicidad), en todos los casos de participación de las víctimas en los tipos que buscan protegerlas faltaría una violación del bien jurídico por parte del partícipe necesario y, con ello, el tipo de injusto de la participación; la víctima (el partícipe necesario) solamente habría puesto al bien jurídico (al objeto del bien jurídico) en manos del autor; ver p. 948 y s.

[37] Así expresamente CRAMER/HEINE en Schönke/Schröder, p. 468, n. marg. 47. No es correcta por eso la argumentación de OTTO (p. 212 y s.) en el sentido de que debido a esto la conducta tiene que ser típica (está vedado a la víctima disponer sobre el contenido social del bien jurídico); ni tampoco es correcta la argumentación de SAX de que en estos casos la víctima "abandonaría" su propio bien jurídico, p. 948 y s. El hecho de que exista (en la mayoría de legislaciones como en Alemania, España y Perú) un tipo penal de "muerte a petición" demuestra ciertamente que la vida está protegida no solamente cuando se trata de la vida de otros, sino también de la vida propia, en caso de que, por deseo propio, sea atacada por terceros; pero esto no obliga a considerar todavía de lege lata la punibilidad como partícipe del portador del bien jurídico, especialmente si el mismo legislador ha decidido previamente su impunidad como autor de suicidio. En este sentido ver MAGATA, p. 252; GROPP, 72 y 74

[38] STRATENWERTH, p. 361 y s., n. marg. 207. La mayoría de autores no diferencia estos casos de los del primer grupo (homicidio a petición) bajo el entendido de que en todos ellos el tipo penal menciona siempre a un autor y a una víctima; ver así y en el sentido de la doctrina dominante, WOLTER, p. 345; JESCHECK/WEIGEND, p. 698 y s.; ROXIN, "Strafrecht. AT 2", § 26, n. marg. 44; CRAMER/HEINE, en Schönke/Schröder, p. 467 y s., n. marg. 47; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, n. marg. 14 y s., p. 316; BAUMANN/WEBER/MITSCH, p. 691, n. marg. 71 y s.; JAKOBS, refiriéndose al grupo de delitos de "interacción de varias personas de distinta fuerza social frente al *interviniente subordinado (o en inferior posición)*", con la peculiaridad de que en estos casos la impunidad resulta de la imposibilidad de que el "inferior" (la víctima) pueda contribuir en algo a la realización del injusto de "lesión a terceros" que es lo que presupone el tipo penal, ver §

P. ej. en la "violación de jóvenes (de 14 a menos de 18) sometidos a la autoridad de otros" (arts. 174 y ss. StGB alemán); aquí el tipo penal presupone un mínimo de "actuación pasiva" de la víctima (el partícipe necesario) e incluso si su conducta fuera más allá de esta actuación pasiva debe quedar impune. Lo mismo ocurre en el caso de la víctima de "usura", la cual también es impune en el caso en que "instiga" al usurero a darle el préstamo, pues el sentido de la ley es el de proteger al que solicita el préstamo. Y también debe afirmarse la impunidad de la víctima de "lesiones corporales" instigadas por la propia víctima (sadomasoquismo)[39].

Como ya se dijo arriba, en realidad estos casos no son, en principio, de "participación necesaria", sino de "participación de la propia víctima" en tipos que, según su correcta interpretación relacionada con el bien jurídico tutelado, presuponen siempre su impunidad[40]. Debe observarse que en este grupo de casos importa la "libertad de disposición" que pueda tener la víctima sobre el "bien jurídico" (o del objeto del bien jurídico), y por lo tanto, no tiene por qué buscarse su impunidad en algún principio de la teoría de la participación punible. P. ej., en el caso de las lesiones corporales masoquistas ciertamente es posible lograr la impunidad de la víctima, recurriendo a la aplicación de la "accesoriedad limitada" (punibilidad del partícipe solamente a partir de una conducta típica y antijurídica del autor que haya llegado por lo menos a la tentativa) si se negara previamente el carácter antijurídico de la conducta del autor debido al

---

28, n. marg. 8, p. 695; GROPP, p. 139 y ss.; MAGATA, destacando además consideraciones de política criminal, pues por prevención general sería inútil la punición del que se autolesiona a través de otro, ver p. 252; también SAX, con una fundamentación algo distinta (ausencia de tipicidad de la participación por abandono efectivo del bien jurídico), p. 948 y s. Esta solución ya la había planteado VON KRIES en 1887 (ZStW 7, p. 521 y ss., 527). Para OTTO se trata aquí de tipos penales donde, por un lado, existe tipicidad de las conductas (la víctima no puede "disponer" del bien jurídico), pero la "libertad de disposición" de la víctima está limitada (violación de menores, y en general, delitos cometidos contra menores o incapaces) y por ello la participación de la propia víctima es impune, ver p. 211 y s. La jurisprudencia alemana tradicional, sin embargo, ha considerado la punibilidad de la víctima en una serie de casos; p. ej. la "inducción" de la prostituta al rufián (TFA, s. penal, tomo 9, p. 72 y s.; tomo 19, p. 107) o la "inducción" de la menor de 18 años al proxeneta (TFA, s. penal, tomo 10, p. 386 y s.; tomo 15, p. 377). También en Italia y en España ha tenido acogida esta fundamentación de la doctrina alemana; ver en CARRASCO ANDRINO, c. más ref. p. 123 y s.

[39] Expresamente defienden la impunidad de este caso, SAX (aunque fundamentándola en la falta de violación del bien jurídico por parte del partícipe, quien habría solamente "abandonado" el bien jurídico), p. 948; siguiendo la posición dominante en el sentido expuesto (y criticando la posición contraria de Otto), WOLTER, p. 345, col. der.; CRAMER/HEINE, en Schönke/Schröder, p. 468, n. marg. 47; SITZMANN, con un estudio amplio sobre el tema, p. 71 y ss., 80 y s. También, en este sentido, aunque sin referirse expresamente al caso del "sadomasoquismo", ROXIN (proponiendo el ejemplo del paciente que induce a un médico a practicar la amputación de un miembro), "Strafrecht. AT 2", § 26, n. marg. 45 y STRATENWERTH, p. 361 y s., n. marg. 207 y s. En cambio, OTTO postula para este caso la punibilidad de la víctima, pues, según su teoría, su conducta también ha atentado contra el bien jurídico y ella no se encuentra (como la víctima del homicidio a petición) en un estado similar al de necesidad; ver p. 213. Para JAKOBS este caso tendría que estar ubicado dentro del grupo de tipos "prohibición de lesiones a terceros" ante "igual rango de los intervinientes", donde la impunidad de la víctima se derivaría de que su consentimiento sería nulo, y por lo tanto, no podría contribuir en nada a la lesión, ver § 28, n. marg. 9.

[40] Cfr. ROXIN, "Strafrecht. AT 2", § 26, n. marg. 45. También MAURACH/GÖSSEL/ZIPF en relación con los delitos contra la libertad sexual, n. marg. 27, p. 318.

"consentimiento" de la primera. Pero es más coherente la solución propuesta a través de la interpretación del alcance de la protección penal al bien jurídico (no se extiende a la propia víctima), pues explica mejor la solución de los demás casos propuestos (la muerte a petición, los abusos sexuales a menores, etc.); en todos ellos, la conducta de la propia víctima seguirá siendo atípica por sí misma y no recién en razón de la accesoriedad limitada de la participación.

c) Casos en los cuales *el hecho punible debe favorecer a otra persona que interviene en el hecho*. Aquí pueden presentarse distintas situaciones, algunas de las cuales permiten fundamentar la impunidad del partícipe necesario (interviniente necesario).

c.1 Cuando el favorecido por el delito realiza acciones de partícipe y *la propia ley prevé su impunidad como autor* de dicho delito. P. ej. en el "favorecimiento personal" (§ 258 StGB) o la "liberación de presos" (§ 120 StGB). Aquí la doctrina más reciente busca la solución a través de una interpretación correcta de cada uno de los tipos penales, a la vez que critica a la doctrina tradicional por contentarse con la fórmula genérica: "el que según la ley es impune como autor del delito, también tiene que serlo como partícipe de éste", y afirmaba la impunidad en todos los casos[41]. Entonces, analizando primero la razón de ser de la exoneración de pena dispuesta por la ley para el sujeto, se tendría que la impunidad legal derivaría de la falta de interés de perseguir penalmente (y no en la falta de injusto o de antijuricidad) a quien trata de eludir la justicia penal después de haber cometido un delito o de evadirse de la prisión o, en general, busca su propia libertad, pues dicho sujeto se encuentra bajo una situación de presión ante la cual el legislador se muestra tolerante[42]. Si esto es así, si la justicia no está interesada en perseguir al favorecido como "autor" de dichos delitos, tampoco puede estarlo en perseguirlo como

---

[41] WOLTER, p. 347; SAX, p. 949. JAKOBS postula también la impunidad en estos casos aunque reconoce que la fundamentación no es clara debido a las contradicciones en la propia ley, ver § 28, n. marg. 12, p. 696.

[42] STRATENWERTH, p. 362, n. marg. 210; JESCHECK/WEIGEND, p. 699; BAUMANN/WEBER/MITSCH, p. 691 y s., n. marg. 73; MAGATA, p. 253, col. der.; GROPP, 244, 263 y ss.; WOLTER, p. 346 y s.; también ROXIN, "Strafrecht AT 2", § 26, n. marg. 46; OTTO ve la razón de la impunidad como autor o como partícipe, en estos casos, desde una perspectiva de política criminal: decisión del legislador debida al escaso efecto de la norma en tales situaciones (y no debido a una presión síquica en el sujeto); ver p. 213 y s. Para SAX, se trata aquí de una falta de lesión del bien jurídico merecedora de pena para el partícipe debido a que ocupa la misma "posición personal" que el favorecido por la propia ley, p. 949 y s. ROXIN ha mencionado otras razones que explicarían la impunidad en el caso de la instigación (por el autor del hecho previo) a su propio "favorecimiento personal" para eludir la acción de la justicia: aparte de la situación síquica de coacción, también tiene que ver la impunidad del "hecho posterior" por razones de concurso (el "hecho posterior" es consumido por el "hecho previo"), así como de la "autoría mediata" (el que es impune como autor mediato, debe serlo también como instigador); "Strafrecht AT 2", n. marg. 49.

"partícipe" de estos mismos delitos cometidos en su favor por otros (incluso si aquel ha "instigado" a éste, es decir, si ha sobrepasado el "mínimo" necesario).

Pero, como ha destacado ROXIN, en el fondo estas argumentaciones no contradicen la que fundamenta la impunidad de todos estos casos a partir de la teoría de la participación, sino la complementan: el que "la custodia estatal [correspondientemente también el funcionamiento del aparato de justicia] está protegida penalmente contra el ataque de terceros, pero no contra los del propio prisionero [o del que ha cometido un delito]"[43], se deriva de la interpretación de los tipos penales, en los que, por diversos motivos, se comprueba que el legislador no quiere perseguir penalmente al "favorecido" por los hechos, ni como autor ni como partícipe.

c.2 Casos en los que el favorecido es partícipe necesario del delito del autor, pero *su conducta también* está tipificada por separado en otros tipos penales.

P. ej. en los nombramientos ilegales del CP peruano (art. 381), donde se reprime por separado al funcionario que hace nombramientos ilegales (primer párrafo) y al sujeto que acepta un nombramiento ilegal (segundo párrafo). Luego, el sujeto que acepta un nombramiento ilegal no debería ser visto como cómplice o instigador del delito de nombramiento ilegal realizado por el funcionario público. Otros ejemplos, según el StGB alemán, serían el uso indebido de documentos de identidad (art. 281), la bigamia (art. 171) o el incesto (art. 173), donde la ley contempla la posibilidad de autoría para ambas partes. O también el tercero a favor de quien se ha fomentado la actividad sexual de menores de 16 años o la prostitución de menores de 18 años (art. 180 StGB) no respondería como inductor a este delito[44]. En España pueden mencionarse casos similares en los tipos penales correspondientes. Y también es un ejemplo famoso el del "cohecho", previsto en la mayoría de las legislaciones por separado en sendos tipos penales de "cohecho pasivo" y "cohecho activo".

---

[43] ROXIN, "Strafrecht AT 2", § 26, n. marg. 46, 48. También destacan la protección de bienes distintos de los del "favorecido" en los ejemplos problemáticos (liberación de presos, promoción de actos sexuales de menores, etc.) y la tipicidad de la participación de los protegidos, pero la exclusión de la punibilidad por distintas razones, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, n. marg. 26 y s, p. 318.

[44] Sobre este caso ver, con más detalle y ref., LENCKNER/PERRON en Schönke/Schröder, § 180, n. marg. 30 y ss., p. 1460 y s.; Stratenwerth, p. 362 y s., n. marg. 211. Solamente se excluye al tercero de los alcances del art. 180 (como partícipe) debido a la clara decisión del legislador alemán quien (además de dejar impune las relaciones sexuales de mayores con menores que tengan entre 16 y menos de 18 años) ha previsto la aplicación de otros tipos penales (en especial, el art. 182 StGB) para el que tenga relaciones sexuales con menores de 16 años.

Aquí se trata, en realidad, de los ya mencionados "tipos de encuentro" penados típicamente para todas las partes, donde, en principio, no hay problemas para determinar la punibilidad de las partes intervinientes: ambas son punibles como autoras de su propio tipo penal[45]. El problema se presentaría todavía en relación con los llamados "terceros ajenos" (außenstehende Dritten), es decir, aquellos que no son ni autores principales ni partícipes necesarios, pero contribuyen con la conducta de estos: si se parte de que la regulación de la parte especial sería *lex specialis* frente a las reglas generales de autoría y participación[46], estos terceros, para los cuales no se prevé ningún tipo penal específico en la parte especial, tendrían que quedar impunes. Por cierto que también podría darse otra interpretación a la decisión del legislador: que solamente haya querido penar por separado la conducta del autor y la del partícipe necesario (el cual sería ahora también autor del tipo que le corresponde), dejando la punición de terceros a las reglas generales de autoría y participación. Esta situación se presenta precisamente en los tipos penales de "cohecho"; el legislador suele prever solamente de manera expresa y por separado la conducta del funcionario público (cohecho pasivo) y la del particular (cohecho activo). En Alemania, se ha considerado que el tercero que actúa como inductor o cómplice del funcionario que comete conductas de cohecho propio o impropio no debe ser punible como partícipe de los delitos de este (arts. 331, 332), sino como autor de los tipos independientes de cohecho activo (arts. 333, 334 StGB), pues como el legislador habría querido independizar por completo las conductas de la parte tomadora y dadora de las "ventajas", y no debería perjudicarse al tercero ajeno, a través de las reglas generales de la participación, con una pena más grave que la del autor del "cohecho activo" (es decir, como inductor o cómplice del cohecho pasivo)[47].

---

[45] MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, p. 315, n. marg. 11 y s.; JAKOBS, § 28, n. marg. 11.

[46] Así lo afirma expresamente JAKOBS, § 28, n. marg. 11, p. 695 y s.

[47] C. más ref. ver MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, p. 317, n. marg. 22. JESCHECK en "Leipziger Kommentar", 11ra. ed., § 331, n. marg. 29, p. 491, § 333, n. marg. 11 y s., p. 501 y s.; CRAMER en Schönke/Schröder, § 332, n. marg. 26, p. 2587, § 334, n. marg. 12, p. 2591 y s.; TRÖNDLE/FISCHER, "Strafgesetzbuch und Nebengesetze", 49na. ed., Múnich, 1999, § 331, n. marg. 34, p. 1824. Pese a todo la cuestión no está del todo definitivamente zanjada, pues en la práctica el "tercero ajeno" puede efectivamente querer inducir la corrupción del funcionario al mismo tiempo que la del cohechador activo.

El hecho de que no haya correspondencia total entre la autoría del cohecho pasivo y del cohecho pasivo en Alemania (allá están excluidos como autores de cohecho pasivo los "soldados del Ejército Federal", quienes no tienen la categoría de "funcionarios públicos" o "especialmente obligados al servicio público"; pero sí puede haber cohecho activo a "soldados del Ejército Federal", pues los arts. 333 y 334 del StGB prevé expresamente esta modalidad), ha

c.3 Casos de un interviniente favorecido necesariamente por el delito del autor, *sin que el legislador haya descrito la conducta del favorecido por separado*.

Éste es el caso más polémico y ampliamente discutido por la doctrina dentro del tema de la "participación necesaria": ante el silencio del legislador y debido a la ausencia de los argumentos anteriormente esgrimidos para la impunidad del "partícipe necesario" (sentido de protección de la ley, situación parecida a un estado de necesidad), podría entenderse tanto que el legislador no quiere la punición de este sujeto (no hay tipos penales específicos para él) como que sí la quiere (el tipo dirigido al autor contendría ya la posibilidad de la punibilidad del partícipe necesario siguiendo las reglas generales de la participación).

Tradicionalmente la doctrina alemana afirma la impunidad del partícipe (interviniente) necesario que solamente efectúa una *aportación mínima* (Mindestmitwirkung) en la realización del tipo penal, pero sí habría punibilidad de éste como partícipe de la conducta del autor cuando la actividad de aquél vaya más allá de tal *mínimo necesario*[48]. La fundamentación original proviene del fundamento de la participación punible a través de una deducción a contrario (Umkehrschluß), o sea por razones de sistemática penal: como el legislador, en algunos delitos de encuentro, ha previsto expresamente y por separado la punibilidad de ambas partes (p. ej. en el caso del cohecho), se deduciría de ello que cuando exista un delito de encuentro donde

---

servido para fundamentar la tesis de la existencia de un "vacío de punibilidad" por falta de correspondencia entre los tipos de cohecho pasivo y cohecho activo en la ley germana; ver al respecto CRAMER, ibídem, § 334, n. marg. 12, p. 2592, § 333, n. marg. 10 y s., p. 2589. Esta situación no es, sin embargo, igual en otras legislaciones, pero tampoco explica por qué no deban aplicarse las reglas generales sobre participación ante aquel cuya conducta se haya dirigido en lo objetivo y subjetivo a colaborar solamente (o adicionalmente con la colaboración de la parte dadora) con la conducta de la parte "tomadora" de la ventaja; el sujeto instiga o colabora entonces en la "venta" de las funciones públicas y, por tanto, en un injusto mayor que la mera "compra".

(48) ROXIN, "Strafrecht AT 2", § 26, n. marg. 50, 53; STRATENWERTH, implícitamente, p. 363, n. marg. 212; CRAMER/HEINE en Schönke/Schröder, p. 468, n. marg. 47a; JESCHECK/WEIGEND, p. 698; WOLTER, p. 345, col. izq.; también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, aunque acentuado que todo depende de la descripción típica de la conducta antinormativa, n. marg. 16 y ss., p. 316 y s. El desarrollo de la teoría de la "aportación mínima" se remonta a las primeras resoluciones del Reichsgericht sobre el tema. En 1880 se admitió por primera vez esta tesis aunque sin usar todavía la terminología actual (T. Reich, s. penal, tomo 2, p. 439); sin embargo, poco más tarde fue rechazada esta tesis (en 1880, T. Reich, tomo 4, p. 1 y en 1881, T. Reich, tomo 5, p. 275; T. Reich, tomo 5, p. 435), aunque en la jurisprudencia posterior se habría admitido a veces la impunidad del "partícipe necesario" con distintas fundamentaciones. Ver al respecto, SOWADA, "Der begünstigte Gläubiger...", p. 63 y s.; "Die 'notwendige Teilnahme'...", p. 128 y s. Recién a partir de la jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán (TFA) a partir de los años 50 (TFA en GA 1958, p. 48) se puede observar una admisión expresa y continuada de la tesis del "aporte mínimo" (p. ej. TFA en NStZ 1993, p. 239 y s. = TFA en NJW 1993, p. 1278 y s.). En contra de esta tesis, JAKOBS señala que no existiría ninguna razón para declarar impune el "aporte mínimo" fuera de los casos de falta de dolo y de prohibición de regreso, § 24, n. marg. 12, al final.

solamente se sancione penalmente a una parte, el legislador habría querido que la otra parte quede impune[49].

P. ej. en los casos de "favorecimiento de acreedores" (art. 283c), cuando un acreedor induce al deudor insolvente a favorecerlo ilegalmente en el pago de una deuda; también en la "infidelidad del abogado" (art. 346 StGB), cuando una parte induce al abogado de la otra parte litigante a revelarle asuntos confidenciales o a darle asesoramiento (art. 356 StGB); y en el caso del representante de un poder extranjero, cuando hace más que solamente recibir secretos de Estado del país huésped (art. 94 StGB)[50]. En el Perú recién se ha puesto de manifiesto está problemática con motivo de la aplicación del tipo peruano de "tráfico de influencias" (art. 400 CP) en una serie de casos de corrupción vinculados con el régimen "fujimontesinista" (1990 a 2000); casos en los cuales una serie de particulares interesados acudían a un poderoso asesor presidencial para que este, a quien se le pagaba por sus "servicios", influyera en el funcionario pertinente que tuviera en sus manos algún asunto en el que los interesados estuvieran involucrados (un contrato con el Estado, un juicio pendiente de solución, etc.). Como el tipo peruano solamente describe la conducta del "vendedor de influencias", resulta claro que quien solamente aprovechaba los "servicios" del asesor intermediario no pueda ser considerado coautor en la "venta de influencias" [51], pero podría discutirse si es posible englobar la conducta como un injusto de participación en este delito.

Pero últimamente la tesis del "efecto mínimo necesario" ha sido criticada, pues no parece resultar suficiente para justificar la impunidad del partícipe necesario. Y es que la falta de tipificación expresa de la conducta del partícipe necesario podría interpretarse también en el sentido de que el legislador solamente habría excluido la autoría de aquel y querría, más bien, que se le apliquen las reglas generales sobre participación; y si para otros "delitos de encuentro", el legislador prevé por separado de manera expresa la conducta del partícipe necesario (p. ej. en el caso del cohecho pasivo y el activo), con ello solamente habría querido describir con mayor exactitud las conductas típicas de cada uno de los participantes e introducir diferentes marcos penales; además la tesis no explica por qué sí debería ser impune el partícipe que hace más del "mínimo necesario"[52].

---

[49] Así, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, n. marg. 18, p. 316 y s.; WOLTER, p. 345; VORMBAUM, refiriéndose en particular al delito de favorecimiento del acreedor (art. 283c StGB), p. 116 y ss. También ROXIN sostenía antes esta tesis en LK; 11ra. ed., 1993, com. previo al § 26, n. marg. 37, p. 117.

[50] Ver, entre otros, STRATENWERTH, p. 363, n. marg. 212; CRAMER/HEINE, en Schönke/Schröder, p. 468, n. marg 47c; con más ejemplos, OTTO, p. 214 y s.

[51] Véanse ref. en ABANTO, "Los delitos contra la administración pública...", 1ra. ed., p. 472 [en la 2da. ed. (2003), p. 535 y ss.].

[52] Ver la crítica de SOWADA, "Die 'notwendige Teilnahme'...", p. 117 y ss.; "Der begünstigte Gläubiger...", p. 61 y ss.; HERZBERG, "Täterschaft und Teilnahme", p. 137 y s.; MAGATA, p. 249, columna derecha; JAKOBS, § 24, n. arg. 12.

Finalmente, la regla general de técnica legislativa ha sido siempre que no se tiene por qué prever tipos penales expresos para los demás sujetos que, sin ser autores, contribuyen a la realización del delito previsto en la parte especial; para estos últimos rigen precisamente las reglas generales sobre instigación y complicidad[53].

Con todo, la crítica no quiere afirmar la punibilidad de este "partícipe necesario", sino solamente destacar la fragilidad de la fundamentación tradicional de esta impunidad (la "deducción a contrario"). En la práctica alemana, además, esta impunidad ha sido ampliamente admitida, hecho que se demuestra precisamente con la introducción de nuevos tipos penales específicos para abarcar conductas consideradas antes impunes[54].

En este contexto, GROPP ofrece una interesante argumentación, mencionada con frecuencia en la reciente doctrina[55], con la finalidad de explicar mejor la punibilidad o la impunidad del partícipe necesario, de la cual el aporte más interesante consiste en la diferenciación entre "delitos centrífugos" y "delitos centrípetos". En ambos casos, el partícipe necesario solamente tendría una *actuación periférica* (el injusto del partícipe necesario no se correspondería cualitativamente con el del autor), pero con la siguiente diferencia entre ambos: en los *delitos centrífugos*, la conducta típica se caracterizaría por el hecho de que el autor propaga, difunde o envía objetos peligrosos (p. ej. la difusión de impresos pornográficos del art. 184, el uso abusivo de documentos ajenos del art. 281, la interrupción del embarazo del art. 218 StGB); en cambio, en los *delitos centrípetos* el autor captaría con su conducta típica a terceros para la comisión típica de los hechos (p. ej. los delitos de quiebra del art. 283, el favorecimiento de acreedores del art. 283c y la deslealtad del abogado del art. 356 StGB)[56].

También ROXIN ha reconocido recientemente la insuficiencia de la argumentación del "efecto mínimo necesario" (defendida anteriormente también por él en LK, 11 ed., com. previo § 26, n. marg. 37), ver "Strafrecht AT 2", § 26, n. marg. 52. En España se hace eco de estas objeciones, CARRASCO ANDRINO, p. 109 y ss.

[53] SOWADA, "Die 'notwendige Teilnahme'..." p. 199; c. más ref. de la doctrina italiana y española, CARRASCO ANDRINO, p. 110.

[54] WOLTER, p. 345; siguiéndolo CARRASCO ANDRINO, p. 110 y s.

[55] Se remiten expresamente a Gropp, ROXIN, "Strafrecht. AT 2", § 26, n. marg. 54; CRAMER/HEINE, en Schönke/Schröder, p. 467, n. marg. 46; MAGATA, p. 252, col. derecha y s.; un análisis amplio y crítico de las tesis de Gropp en español en CARRASCO ANDRINO, p. 69 y ss. También SOWADA, quien, aunque rechaza una relevancia dogmática autónoma de las estructuras centrífugas y centrípetas, les atribuye una función de "descripción meramente ilustrativa", así como la posibilidad de constituir uno de entre varios "factores de ponderación" en el análisis teleológico de los tipos penales para determinar la impunidad o punibilidad del partícipe necesario; ver "Der begünstigte Gläubiger...", p. 68, 69.

[56] GROPP, p. 207 y ss., 222 y ss.

La conducta periférica no sería merecedora de pena cuando consistiere solamente en aprovechar la oportunidad creada por la conducta central del autor, pues el legislador únicamente habría querido penar la "raíz del mal", la conducta creadora de dichas oportunidades. Luego, en principio solamente sería punible la conducta del autor, donde "el injusto está impregnado por una conducta potencialmente multiplicadora que se basa en la repetición siguiendo un esquema idéntico"(57).

Esta tesis ayuda ciertamente a explicar de manera gráfica por qué la conducta con un "aporte mínimo necesario" debe resultar impune, pero no se puede decir que se contraponga a ella o la sustituya(58). Tampoco implica una nueva categoría dogmática (con base en el principio de igualdad y de proporcionalidad) que pueda llevar a invertir el punto de partida tradicional de "regla-excepción" de la participación punible (el partícipe siempre es punible con base en las reglas generales, salvo que existan argumentos en contrario), tal como pretende GROPP: excluir *siempre* la punibilidad del partícipe necesario en todos los delitos centrífugos y centrípetos, admitiendo su punibilidad solo bajo una legitimación especial(59). Y es que resulta más que dudosa la legitimidad de los niveles dogmáticos autónomos postulados por GROPP (los tipos de delito centrífugos o centrípetos), pues por un lado no tienen ningún asidero legislativo y, por otro, tampoco encuentran suficiente fundamentación en los principios constitucionales de igualdad y de proporcionalidad (los tipos serían expresión del principio "máxima protección de bienes jurídicos a través de una mínima incriminación"). El recurso a estos principios es muy inseguro (¡toda tesis contraria sería anticonstitucional!) y además no permitiría explicar la impunidad del partícipe necesario, pues si lo que caracteriza a los delitos centrípetos y centrífugos es un elemento personal en el "autor central" (una especie de "conducta habitual"), la ley alemana preyé para el partícipe de estos delitos una punibilidad atenuada (según el art. 28, primer párrafo, StGB); como, en última instancia no puede prescindirse

(57) GROPP, p. 223.

(58) ROXIN tampoco ve necesidad político-criminal para ello, pues existiría la necesidad de contar con este principio general para fundamentar el merecimiento de pena del partícipe o su impunidad en estos casos; ver "Strafrecht. AT 2", § 26, n. marg. 54. SOWADA entiende que la tesis de GROPP iría más lejos que la del "aporte mínimo necesario", pues también declararía como aprovechamiento periférico impune la conducta de "instigación formal" (acto de instigación a un autor ya dispuesto a realizar los hechos) ("Der begünstigte Gläubiger...", p. 66), pero a este resultado también se puede llegar sin la tesis de Gropp simplemente denegando la "causalidad" (o "idoneidad") del acto de inducción (ver al respecto CRAMER/HEINE, en Schönke/Schröder, p. 511, n. marg. 7). Por cierto que la tesis de Gropp también llevaría a denegar la "tentativa de "inducción" (punible en Alemania), mientras que ello sería todavía discutible bajo la tesis del "aporte mínimo necesario".

(59) GROPP, p. 310 y ss.

de las peculiaridades de cada tipo penal, se perdería la pretensión de exclusividad dogmática de la tesis de Gropp[60].

Por cierto que esto no quiere decir que se deba renunciar a una fundamentación de la impunidad del partícipe necesario *partiendo del* fundamento de la participación punible. Y es que la conducta "mínima" del partícipe necesario no puede equipararse a la del partícipe en el sentido tradicional: aquel se limita a hacer algo propio, no a ayudar o cooperar con el hecho de este; por ello no parece haber "merecimiento de pena" en la conducta del partícipe necesario[61]. Un análisis de cada tipo penal tampoco ayudaría mucho, pues en la mayoría de los casos no se encuentran indicaciones especiales que permitan deducir por qué debe haber punibilidad o impunidad del partícipe necesario; por ese motivo parece ser indispensable recurrir a consideraciones de carácter general[62]. Por último, la constatación de que la conducta del partícipe necesario sea "periférica", tampoco debería llevar a una amplia impunidad de estas conductas, pues por política criminal no resulta deseable que resulten impunes aquellas conductas del partícipe necesario cuya frecuencia y peligrosidad para el bien jurídico en muchos casos se ha visto constatada por la práctica[63].

El problema reside, más bien en fijar la *magnitud* del "aporte mínimo necesario", pues este puede variar de tipo en tipo (motivo por el cual se trata en estos casos de un problema de la parte especial) según si la conducta del partícipe necesario influye o no en la peligrosidad de la conducta del autor. Así en la "piratería" contra los derechos de autor, no siempre está claro que en todos los casos de exceso del "mínimo de participación necesaria" deba haber punibilidad del partícipe: el sujeto que compra dolosamente o pide la entrega de productos reproducidos ilegalmente en contra de los derechos de autor debería quedar impune, aunque haya sobrepasado el "aporte mínimo" previsto en el tipo penal[64].

Parte de la doctrina italiana resuelve el problema a partir del "principio de legalidad", pues –se argumenta– constituiría una "analogía in malam

---

[60] Ver toda esta crítica en SOWADA, p. 66 y ss. Ver también las críticas de CARRASCO ANDRINO, p. 74.

[61] Recientemente fundamenta así ROXIN, "Strafrecht. AT 2", § 26, n. marg. 53.

[62] ROXIN, "Strafrecht. AT 2", § 26, n. marg. 54. Una crítica al método de Sowada debido a la falta de solución de todos los casos problemáticos que se puedan encontrar (en especial para los casos de secuestro y muerte a petición) STOFFERS, p. 582 y s.

[63] Refiriéndose al tipo alemán de "favorecimiento de acreedores" (art. 283c StGB), VORMBAUM constataba que la fuente más frecuente de estos delitos provendría precisamente de la inducción por parte del acreedor favorecido; ver p. 132.

[64] ROXIN, "Strafrecht. AT 2", § 26, n. marg. 56.

partem" penar como partícipe del hecho principal al "partícipe necesario", dado que su conducta tendría un *significado totalmente diferente* al previsto en el tipo para el autor del delito(65). Pero, la solución es engañosa, pues la argumentación contradice la esencia misma de la punibilidad del partícipe en general; tampoco en los casos abarcados por las reglas de la inducción y la complicidad, los partícipes tienen que realizar conductas similares a las del autor; ello ocurre tanto en los delitos comunes como en los especiales (salvo que se sostenga la teoría de la "ruptura del título de imputación"), pues ni el que vende a los ladrones la llave de la casa que va a robada, ni el que dolosamente alquila el local donde se van a realizar los actos de estafa realizan conductas de "igual significado" que los autores. Pero normativamente en todos estos casos, así como en los que se refieren a la participación necesaria, ambas conductas, la del autor principal y la del partícipe necesario convergen en algo: el ataque doloso al bien jurídico. P. ej. en la "venta" de obras reproducidas ilegalmente, donde las legislaciones penales suelen considerar en los tipos solamente la conducta del "vendedor", si bien la "compra" tiene, como acción, un significado distinto de la "venta", desde el punto de vista normativo también implica aquí un ataque doloso al bien jurídico (atentado contra los derechos de autor en su aspecto patrimonial)(66). Esta tesis italiana llevaría incluso a negar la punibilidad del "partícipe necesario" cuando su conducta fuera más allá del mínimo necesario, pues si este hiciera lo que el tipo penal describe para él (sea que esté dentro del mínimo necesario o fuera de él) siempre realizaría una conducta que no es la de un "tercero ajeno". Y solamente si su conducta constituyera un acto de colaboración de un tercero ajeno (ataque al bien jurídico desde afuera) podría admitirse la aplicación de las reglas generales de participación; como el "partícipe necesario" no se encuentra fuera del hecho delictivo, sino dentro de él, resultaría ser un "sujeto inidóneo para la participación" (y tampoco sería coautor por no "coejecutar" el hecho)(67). Sin embargo, desde la perspectiva político-criminal no se comprende por

(65) Ver ref. en CARRASCO ANDRINO, quien también sigue esta doctrina, p. 109, 124 y s.

(66) También CARRASCO ANDRINO ve aquí que, desde el fundamento de la punibilidad de la participación (adopta la tesis del "ataque accesorio al bien jurídico"), debería afirmarse la punibilidad de la contribución causal del partícipe necesario. Pero, la impunidad se derivaría de todos modos de un principio anterior: el "principio de legalidad", pues la conducta del partícipe necesario, pese a estar prevista en la parte especial como conducta complementaria, aunque diferente de la del autor principal (si no lo estuviera, regirían las reglas de extensión de la punibilidad previstas para el partícipe en la parte general), como de todos modos no puede ser considerada una "coejecución" (que la convertiría en autoría o coautoría, según la interpretación que hace la autora del art. 28 del CP español de 1995, referido a los autores), tendría que quedar impune; ver p. 124 y s.

(67) C. ref. a la doctrina italiana, CARRASCO ANDRINO, p. 142 y s.

qué tiene que aceptarse una solución tan global que dejaría graves vacíos de punibilidad.

En resumen, si bien la tesis del "aporte mínimo necesario" puede constituir el punto de partida para el esclarecimiento de la participación punible del "partícipe necesario" en muchos casos, no puede tampoco eludirse un análisis de cada tipo en particular para determinar hasta dónde abarca tal "mínimo necesario impune" (o "conducta periférica")[68].

d) Casos de un *partícipe (interviniente) necesario no favorecido* que podría ser considerado tanto partícipe de este delito como autor de otro delito independiente. Este caso es parecido al del supuesto c.2. Aquí, como bien ha observado SAX (aunque con una fundamentación algo distinta), no puede haber punibilidad del partícipe necesario como partícipe del delito de otro, pues la ley ya ha previsto por separado su propio injusto penal como autor; aun si el sujeto resultara impune como autor del tipo penal diseñado para él, no puede ser tenido como partícipe del delito diseñado para la autoría de otro por decisión legal (no puede ser usado este otro tipo penal como "tipo residual")[69]. En el aborto (art. 218 StGB), se pena por separado a la mujer que practica su propio aborto (tercer párrafo) y a los que practican el aborto a la mujer (primer párrafo); luego la mujer que pide a un médico que le practique el aborto no puede ser tenida como instigadora en caso de que el acto se realice, sino como autora de su propio injusto.

---

[68] SOWADA abandona por completo la tesis del "aporte mínimo necesario" y prefiere analizar cada tipo penal (de encuentro) en particular, llegando así a la punibilidad del partícipe necesario en los casos de "favorecimiento de acreedores" (art. 283c StGB) y de "deslealtad del abogado" (art. 356 StGB); ver "Der begünstigte Gläubiger...", p. 64 y s., 70 y s.; "Die 'notwendige Teilnahme'...", p. 161 y ss., 173. El acreedor (doloso) favorecido por el deudor insolvente tendría que ser punible como cómplice o instigador del delito (del deudor) de "favorecimiento de acreedores" (art. 283c StGB), puesto que aquí el tipo penal, en realidad, trataría de impedir el aprovechamiento del deudor mismo (pues este de todas maneras es insolvente) que infringe así el precepto de la "repartición homogénea de su patrimonio" entre todos los acreedores; por lo demás, el acreedor favorecido, ya resultaría favorecido también por la ley al ser considerado partícipe de este delito y no del más grave de "quiebra" (art. 283 StGB). La conducta del acreedor favorecido por el deudor solamente podría llevar, en casos extremos (p. ej. que el deudor le exija o hasta coaccione a aceptar el favorecimiento) a una atenuación o exención de la pena en un análisis situado más allá del injusto penal. En los demás casos, habría mayormente impunidad del partícipe necesario por distintas razones: la adquisición de productos pirateados sería impune solamente para el consumidor final, pero no para el intermediario, pues este participaría en la "difusión" de dichos productos según los arts. 106 y ss. de la Ley alemana sobre Derechos de Autor (UrhG); en la "liberación de presos", el preso que participa en su propia liberación sería impune por aplicación (analógica) de la cláusula de exoneración prevista para el similar caso del favorecimiento personal en el art. 258, 5to. párrafo StGB; y en los casos de "promoción de actos sexuales de menores (art. 180 StGB) y de "prostitución" (184a, 184b StGB) también es impune la conducta de la pareja o del "cliente", salvo que el tipo penal reprima el abuso de una especial dependencia de la víctima (art. 180, 3er. párrafo), etc.; ver "Die 'notwendige Teilnahme'...", p. 184 y 194, 204 y s., 241, 252 y ss. respectivamente.

[69] SAX (p. 951 y ss.) afirma que aquí hay que negar el "merecimiento de pena" de la participación del partícipe necesario (y con ello, el segundo elemento del injusto del partícipe, según su propia terminología) en el delito del otro.

e) Casos de *participación en tipos de "infracción del deber"* (delitos especiales). Estos casos no ofrecen mayores problemas que los ya vistos anteriormente. El partícipe necesario puede resultar punible a través del tipo especial[70], salvo que su conducta haya sido prevista por separado por el propio legislador (p. ej. en el caso de los nombramientos ilegales); en los casos en los que no haya sido prevista su conducta de manera expresa, rige lo ya expresado con anterioridad: habrá impunidad en todos los casos –sin excepción– en que la ley esté dirigida a protegerlo o haya previsto expresamente su impunidad como autor y, en los demás casos, solamente cuando su conducta no haya superado la "contribución mínima necesaria", cuya magnitud deberá medirse teniendo en cuenta las peculiaridades de cada tipo penal. Por cierto que cuando se declare la punibilidad del partícipe necesario, como este no reúne la cualidad (el deber especial) que exige el tipo para el autor, debe haber una atenuación especial de la pena, porque su injusto penal es menor que el del autor que ha infringido "deberes especiales". Esto lo prevé expresamente el StGB alemán en su art. 28, primer párrafo.

f) La *participación en la participación necesaria*. En los tipos penales que solamente prevén de manera expresa la conducta del autor principal, se distinguen dos casos: según si el sujeto actúa del lado del partícipe necesario impune o si lo hace del lado del autor o autores, cuya conducta describe expresamente el tipo penal. En el primer caso, el sujeto sería siempre impune (p. ej. el que aconseja al enfermo grave a pedir una inyección letal al médico; el que recomienda a otro a pedir un crédito usurario; el que recomienda comprar una copia pirateada)[71]; el fundamento está en que la conducta en la que se participa es impune. Pero, en principio, si se participa en la conducta del autor (p. ej. se colabora con el médico que mata a petición, o el que instiga a otro a cobrar intereses usurarios), no hay razón para afirmar la impunidad, salvo que la conducta del sujeto se haya realizado por deseo y en interés del partícipe necesario impune (p. ej. el que, por petición de la víctima, busca y solicita a otro la muerte a petición o el otorgamiento de un crédito usurario), pues en realidad la inducción aparente del autor resulta ser objetivamente una conducta situada en el lado de la víctima[72].

---

[70] Ver STRATENWERTH, p. 363, n. marg. 212; OTTO, p. 216 y s.; SAX, p. 954 y ss.

[71] Fundamentación y ejemplos de ROXIN en LK, comentarios previos al § 26, n. marg. 42, p. 118 y s.; el mismo autor en "Strafrecht. AT 2", § 26, n. marg. 56; JAKOBS, § 24, n. marg. 9.

[72] ROXIN, "Strafrecht. AT 2", § 26, n. marg. 56 in fine; con distinta argumentación y clasificación (quien hace depender la punibilidad del tercero, según si el partícipe necesario impune se encuentra en situación de igualdad o de inferioridad con respecto al autor principal; solamente en este último caso habría punibilidad), aunque igual resultado también JAKOBS, § 28, n. marg. 9 a 11, p. 695 y s. En España, CARRASCO ANDRINO parece seguir aquí más bien la fundamentación de Jakobs, p. 154.

Pero también puede presentarse el problema cuando se trata de evaluar la conducta del "tercero ajeno" (o sea aquel que ni es el autor ni el partícipe necesario, según el tipo penal que se trate) que colabora a la realización de aquella conducta típica que está prevista expresamente por separado tanto para el autor principal como para el partícipe necesario, p. ej., en el caso del cohecho ("cohecho activo" y el "cohecho pasivo"), o en los "nombramientos ilegales" ("nombramiento por parte del funcionario" y "aceptación del nombramiento" por parte del favorecido). Como ya se dijo antes (ver c.2), esto es especialmente polémico en casos como el del cohecho, cuando se evalúa la conducta del "tercero ajeno", pues ésta podría teóricamente ser entendida como "participación" punible tanto en el tipo penal del autor principal como en el tipo penal previsto para el "partícipe necesario" (ver c.2, al final y nota 47).

5. Conclusión

Con esto he llegado al final del análisis de los llamados delitos de "intervención necesaria" (participación necesaria) o "delitos pluripersonales". Como se habrá podido apreciar, fuera de un núcleo de problemas donde pese a la distinta terminología empleada existe amplio consenso en las soluciones propuestas (los casos de autolesión y de situación parecida a la "necesidad"), todavía existe amplia discusión sobre otros (la impunidad del partícipe necesario en tipos penales que solamente prevén la conducta del autor, la participación del tercero ajeno en delitos con tipicidad para todas las partes).

El debate que más ha influido en la doctrina y práctica hispanoamericana ha tenido y tiene lugar aún en Alemania e Italia. Ambas doctrinas representan, por su parte, dos tendencias claramente reconocibles. Mientras la doctrina alemana, bajo el concepto "participación necesaria" considera ampliamente todos los casos en los que el tipo penal presupone la intervención de alguien (favorecido o desfavorecido, subordinado o de igual posición) para que pueda darse la realización de la conducta que el tipo penal describe para el autor, la doctrina italiana dominante entiende el problema bajo un grupo de tipos conocidos como "delitos plurisubjetivos" o "pluripersonales", excluyendo de antemano (por la referencia estricta a conductas tipificadas) los casos de contribuciones de sujetos no conminados expresamente con pena. La doctrina hispana y la latinoamericana, que han entrado en la discusión relativamente tarde, se encuentran entonces ante la elección de seguir una u otra posición. En España, la doctrina se inclina más bien a adoptar la terminología y la doctrina italianas. En este trabajo, en cambio, se recoge primero la propuesta de MAURACH/GÖSSEL/ZIPF de emplear el término "intervención necesaria" para abarcar los grupos problemáticos; y por lo demás se recomienda seguir el es-

quema de análisis empleado en la doctrina alemana (es decir, incluyendo *todos* los casos en los que el tipo penal necesariamente requiera la contribución de sujetos para la realización del tipo por el autor), tal como se ha desarrollado más arriba.

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A: "El transfuguismo político: "¿delito de cohecho?", revista "Cátedra", UNMSM, N° 8, Lima, 2001, p. 79 y ss. [en esta compilación: p. 823-846]; "Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano", Lima, 1ra. ed. (2001) [2da. ed. (2003)].

BAUMANN/WEBER/MITSCH: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 10ma. ed., Bielefeld, 1995.

CARRASCO ANDRINO, María del Mar: "Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria", Granada, 2002.

CRAMER, Peter: "Comentarios a los arts. 331 y ss. del C. P. alemán", en: Schönke/Schröder, "Strafgesetzbuch. Kommentar", 26ta. ed., Múnich, 2001.

CRAMER, Peter/HEINE, Günter: "Comentarios a los arts. 25 y ss. del C. P. alemán", en: Schönke/Schröder, "Strafgesetzbuch. Kommentar", 26ta. ed., Múnich, 2001.

GROPP, Walter: "Deliktstypen mit Sonderbeteiligung: untersuchungen zur Lehre von der 'notwendigen Teilnahme'", Tubinga, 1992.

HERZBERG, Rolf: "Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände", GA 1971, p. 1 y ss.; "Täterschaft und Teilnahme", Múnich, 1977.

JAKOBS, Günther: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", Berlín, 1993.

JESCHECK, Hans Heinrich/ Weigend Thomas: "Lehrbuch des Strafrechts", Berlín, 1996.

KÜPER, Wilfried: "Konvergenz. Die gemeinschaftliche Körperverletzung im System der Konvergenzdelikte", GA 1997, p. 301 y ss.

LÜDERSSEN, Klaus: "Zum Strafgrund der Teilnahme" (tesis doctoral), Fráncfort del Meno, 1967.

MAGATA, Osamu: "Die Entwicklung der Lehre von der notwendigen Teilnahme", Jura 1999, p. 246 y ss.

MAURACH/GÖSSEL/ZIPF: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo I, Heidelberg, 1989.

OLAIZOLA NOGALES, Inés: "El delito de cohecho", Valencia, 1999.

OTTO, Harro: "Straflose Teilnahme?", L. H. a Richard Lange, 1976, p.197 y ss.

RODRÍGUEZ PUERTA, María José: "El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios", Pamplona, 1999.

ROXIN, Claus: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo II, Múnich, 2003; comentarios en Leipziger Kommentar (LK), 11ra., ed., 1993.

SAX, Walter: "Zur Problematik des Teilnehmersdelikts", ZStW 90 (1978), p. 927 y ss.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 2da. ed., 1975.

SITZMANN: "Zur Strafbarkeit sado-masochistischer Körperverletzungen", GA 1991, p. 71 y ss.

SOWADA, Christoph: "Die 'notwendige Teilnahme' als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht", Berlín, 1992; "Der begünstigte Gläubiger als strafbarer 'notwendiger' Teilnehmer im Rahmen des § 283c StGB?", GA 1995, p. 60 y ss.

STOFFERS, Kristian: recensión a Sowada, GA 1993, p. 579 y ss.

STRATENWERTH, Günter: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", Colonia, 2002.

TRÖNDLE/FISCHER: "Strafgesetzbuch und Nebengesetze", 49na. ed., Múnich, 1999.

VALEIJE, Inmaculada: "El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho", Madrid, 1996.

VORMBAUM, Thomas: "Probleme der Gläubigerbegünstigung", GA 1981, p. 116 y ss.

WOLTER, Jürgen: "Notwendige Teilnahme und straflose Beteiligung", JuS 1982, p. 343 y ss.

Dominio de la organización y dominio del hecho en la discusión actual(*)

I. Introducción

La dogmática penal colombiana alrededor del Código Penal de 1981(1) ha influido durante muchos años el análisis dogmático-penal en la región. Entre las obras de destacados penalistas extranjeros que en aquella nuestra época estudiantil en Perú tuvimos ocasión de consultar, con las limitaciones que se tenía entonces para acceder a la bibliografía de otros países, los trabajos de Luis Carlos PÉREZ han sido los más recurridos.

En lo referente al tema de autoría y participación, el homenajeado ha sido uno de los pioneros en recepcionar las corrientes dogmático-penales germanas(2). Ciertamente, en cuanto al tema de la "autoría y participación", en su manual, se nota todavía una gran influencia de la doctrina italiana y, hasta donde alcanzo a ver, tampoco llegó a recepcionar expresamente la teoría del "dominio del hecho". Pero ya en su definición de la autoría, su distinción de la participación y en las citas de la doctrina germana, insinuaba una simpatía con las teorías mixtas objetivo-subjetivas, entre las cuales cuenta la teoría del dominio del hecho(3). Por eso, no creo que resulte desacertado dedicar en su

---

(*) Este trabajo se basa, parcialmente, en otro publicado (en alemán) en el Libro-Homenaje a Claus Roxin, Berlín, 2011, tomo 1, "Verdirbt die Organisationsherrschaft die Tatherrschaftslehre?", pp. 819-835. En español se publicó en el "Homenaje al Profesor Luis Carlos Pérez", Popayán-Cauca, 2011, pp. 19-48 y, con ligeras variaciones en la Revista Peruana de Ciencias Penales N° 23 (2012), p. 43-63 y también en la "Revista de Derecho Penal" 2012-2, Buenos Aires (Argentina), p. 365-399..

(1) El CP colombiano conocido como Código de 1980 empezó a regir el 29 de enero de 1981 y ha sido reemplazado por el de julio del 2000 (que empezó a regir al año siguiente).

(2) Como el propio homenajeado explica en el prefacio de su manual (tomo I, p. VII), en la elaboración del proyecto final (de 1972 a 1979) se recurrió al Código Penal Tipo para Latinoamérica, a través del cual se produce un abandono del positivismo italiano y una reorientación hacia doctrinas provenientes de Alemania. Dada su prolongada carrera penal que abarcó la vigencia de dos códigos penales, dentro de la dogmática penal colombiana, Luis Carlos Pérez es considerado como representante de ambas corrientes en dos épocas distintas de su carrera; ver la clasificación hecha por VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, "Manual...", p. 272.

(3) En su "Manual", Luis Carlos PÉREZ definía como autor (inmediato) a quien "... realiza solo el hecho punible, el que adecúa su conducta a un tipo penal determinado y, por esto, el que despliega plenamente la actividad requerida, *tanto objetiva como subjetivamente*" [resaltado mío], p. 384.

homenaje un análisis sobre los alcances y límites de la teoría del "dominio del hecho" y sobre todo de uno de sus aspectos más polémicos, aunque de gran actualidad en la práctica: la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

II. Desarrollo de la teoría del "dominio del hecho"

Ante las dificultades prácticas de las teorías puramente "objetivas" (que exigían prácticamente siempre una ejecución de mano propia para admitir la autoría) y las puramente "subjetivas" (para las que bastaba con el "animus auctorii" prescindiendo de la ejecución), se buscó la solución en una combinación de ambas teorías. Surgieron así las teorías mixtas, y entre ellas la teoría del "dominio del hecho", la cual tuvo muchas versiones, incluyendo una del máximo representante del finalismo, HANS WELZEL[4]. Pero sin duda, han sido los trabajos de CLAUS ROXIN los que han dado a la teoría un mayor desarrollo y amplia aceptación[5]. En la actualidad, se considera esta teoría, que combina elementos objetivos y subjetivos, como dominante en Alemania y otros países latinoamericamos como Colombia[6], Argentina[7] o Perú[8]; en menor medida también domina en España[9].

Sin embargo, la teoría del dominio del hecho ha sido duramente criticada en los últimos años. Y no solamente se trata de defensores de concepciones totalmente distintas como los normativistas radicales[10], ni de los actualmente escasos representantes de teorías subjetivas u objetivas[11], o incluso de los

---

(4) Luis Carlos PÉREZ, consecuentemente con su nueva orientación en la doctrina germana, cita, entre otros, a Welzel, Maurach y Schönke/Schröder, "Manual", p. 384 y s.

(5) Sobre todo: "Täterschaft und Tatherrschaft", 8va. edición alemana (2006), y que ha sido traducida a varios idiomas. La traducción al español de la sétima edición ha estado a cargo de Joaquín Cuello Contreras y de José Luis Serrano González de Murillo ("Autoría y dominio del hecho", Madrid, 2000). Esta obra ha sido decisiva en la doctrina y reforma legal de muchos países, tal como dan testimonio, entre otros, los siguientes autores: sobre la reforma portuguesa en 1982, DE FIGUEIREDO DIAS, "La instigación como...", p. 347 (allí esp. en la nota 13), 357; sobre la doctrina argentina, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR "Derecho Penal. Parte general", § 52 II p. 742; sobre el Derecho español últimamente, CUELLO CONTRERAS, "Autoría y participación...", p. 209 y ss.; sobre la doctrina peruana, HURTADO POZO, "Derecho Penal Parte general", § 20 IV, n. marg. 2194 y ss., 2197 y s.

(6) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Manual, p. 568, 573.

(7) ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 741 y s.

(8) VILLAVICENCIO TERREROS, "Derecho penal PG", p. 466, n. marg. 1020.

(9) Cfr. CUELLO CONTRERAS, "Autoría y participación...", p. 216 y s.

(10) Así, para JAKOBS y sus discípulos; cfr. "La coautoría como forma de intervención", p. 2, http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreasDerechoPenal/tablonpenal/jakobs.pdf

(11) Ver las refs. para Alemania, donde actualmente la teoría subjetiva (plagada de elementos objetivos y en una forma muy criticada) prácticamente solamente es defendida por la jurisprudencia, y la teoría formal-objetiva

que abogan de lege ferenda por una teoría unitaria[12]. Incluso dentro de los seguidores de la teoría del dominio del hecho, se han incrementado las voces críticas debido a las dificultades o contradicciones que surgirían al momento de aplicar la teoría en algunos grupos de delitos como los "delitos especiales", en la participación de entes colectivos o cuando se actúa en el marco de "aparatos organizados de poder".

Se habla últimamente por eso del "crepúsculo" (u "ocaso") de la teoría del dominio del hecho[13]. A continuación se verá en qué medida esta afirmación está justificada o no lo está.

III. Requisitos de la teoría del dominio del hecho

Según la teoría del dominio del hecho, en la versión de ROXIN, la "autoría" se basa en el "dominio del hecho"[14]. Este "dominio del hecho" lo tendría aquel que "aparece como figura clave, figura central a través de su influjo determinante en el curso de los hechos" [traducción libre][15]. De este parámetro-guía, de conformidad con la descripción típica del art. 25, primer párrafo StGB, resultarían tres formas distintas de autoría, según qué tipo de dominio se ejerza: el dominio de la acción daría pie a una autoría inmediata; el dominio de la voluntad, a la autoría mediata, y el dominio funcional del hecho, a la coautoría.

La doctrina alemana ampliamente dominante admite estas consecuencias[16], pero presenta considerables diferencias a la hora de determinar los requisitos que llevan a admitir la existencia de un "dominio". En general, se pueden distinguir dos grandes grupos de defensores del "dominio del hecho": los "estrictos" y los "moderados" según cuánto "dominio", objetivamente ve-

---

últimamente ha sido reimpulsada por Freund, ROXIN, "Täterschaft und Tatherrschaft", § 44; SCHÜNEMANN en "LK", § 25 y ss., n. marg. 3 y ss., 17 y ss.; HEINE en Schönke/Schröder, com. previos § 25, n. marg. 51 y ss.; RENGIER "Strafrecht AT", Múnich, 2009, § 41, n. marg. 4 y ss.; FISCHER, com. previos § 25, n. marg. 2 y ss. En el ámbito hispanoamericano sobrevive todavía la teoría formal-objetiva en España (al respecto, CUELLO CONTRERAS, p. 211 y s.), mientras que en Latinoamérica predomina ampliamente la teoría del dominio del hecho; ver al respecto, con un panorama sobre las teorías superadas, HURTADO POZO, § 20, n. marg. 2185 y ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, § 52, p. 740 y ss.

(12) En una de sus últimas publicaciones, el ilustre prof. chileno Juan BUSTOS RAMÍREZ había, p. ej., lanzado la idea de que debería construirse una "teoría unitaria de la autoría" bajo el punto de vista de la "capacidad efectiva de afectar al bien jurídico". Cfr. BUSTOS RAMÍREZ L.-H. a Enrique Gimbernat, tomo 1, Madrid, 2008, p. 733. Otras concepciones son mencionadas por ROXIN, "Strafrecht AT", tomo II, § 25 B, n. marg. 37. Ver también resumidamente SCHÜNEMANN en LK, § 25, n. marg. 12 y ss.

(13) Así JAKOBS en "La coautoría como forma de intervención", p. 2.

(14) ROXIN, "Strafrecht AT", tomo II, § 25 C, n. marg. 38 y ss., 45 y ss., 188 y ss.

(15) Cfr. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo II, § 25 D, n. marg. 27.

(16) Ver las refs. de SCHÜNEMANN en LK § 25, n. marg. 11; HEINE en Schönke/Schröder, com. previos §§ 25 y ss., n. marg. 62 y ROXIN, "Strafrecht AT", tomo II, § 25 V, nota al pie 31.

rificable, exijan[17]. Si bien esta diferenciación surgió en el marco de la coautoría en la discusión en torno a la calidad del "jefe de la banda" (los "estrictos" como Roxin exigen siempre una participación objetiva en el estadio de la ejecución), ella describe bastante bien la situación actual de la discusión referida a las otras formas de autoría, tal como se verá a continuación.

En la forma de autoría que está aquí en cuestión, la autoría mediata, el autor mediato se vale de un "intermediario" (instrumento) para realizar el tipo. Pero a diferencia de la instigación el autor mediato tendría un "dominio de la voluntad" sobre el intermediario, dominio que se podría obtener a través de coacción, error o de un aparato de poder organizado[18]. Como se verá enseguida, el problema radica ahora en determinar los límites de este "dominio de la voluntad".

IV. El "dominio de la voluntad": los casos polémicos

Antes de continuar conviene echar una mirada a los dos casos jurisprudenciales alemanes que marcaron el moderno desarrollo de la discusión sobre la autoría mediata a través de los aparatos organizados de poder: el del "rey de los gatos"[19] de 1988 y el de los "tiradores del muro"[20] de 1994.

En el primer caso, la procesada y condenada como autora mediata se había valido de un instrumento (doloso y con capacidad de culpabilidad) que, en términos dogmático-penales, se había encontrado bajo un error de prohibición evitable, causado por aquella (existencia de un "rey de los gatos" que exigiría un sacrificio humano determinado a cambio de no acabar con la humanidad) con la finalidad oculta de eliminar a la mujer de su ex-novio; la acción de matar se llevó a cabo, aunque finalmente no se produjera el resultado de muerte. Puesto que el sujeto de adelante (el ejecutor) era indudablemente un autor punible (aunque con culpabilidad disminuida), y no se aceptó la coautoría (que el Tribunal Federal Alemán tampoco analizó más), en realidad, si se hubiera sido estricto con el concepto de "dominio de la voluntad" manejado hasta entonces, solamente se hubiera tenido que aceptar la instigación. Pero el TFA opinó (inspirado probablemente por un criterio de justicia) que el sujeto de atrás, bajo una perspectiva valorativa de las distintas circunstancias (forma

---

[17] Cfr. c. más refs., RENGIER, § 41, n. marg. 18 y ss. También JAKOBS se vale de esta diferenciación para criticar la doctrina dominante de la autoría (el dominio del hecho) y exponer su propia teoría de la (co-) autoría); ver "La coautoría como forma de intervención", p. 2 y ss.

[18] ROXIN, "Strafrecht AT", tomo II, § 25 C, n. marg. 45 y s.

[19] TFA, s. penal, tomo 35, p. 347.

[20] TFA, s. penal, tomo 40, p. 218.

y magnitud del error, intensidad del influjo) tendría que ser considerado como autor, porque habría utilizado al que se encontraba bajo error[21].

Con esta sentencia, el TFA descartó definitivamente la aplicación del principio de autorresponsabilidad que era utilizado para argumentar que éste excluiría siempre la responsabilidad del hombre de atrás cuando utilizaba al ejecutor doloso y culposo[22]. A partir de esta sentencia, el TFA admite más casos de autoría mediata, sin vincularse necesariamente con el principio de responsabilidad y según cada caso concreto, para lo cual valoraría dos circunstancias: el tipo y alcance del error, por un lado; y la intensidad del influjo ejercido por el sujeto de atrás, por otro[23]. Aun cuando estos criterios han sido criticados, la doctrina dominante ha alabado el núcleo de la sentencia que admitió la presencia de un "dominio" en un "dominado" doloso y culpable, cuando el sujeto de atrás, mediante un error de prohibición evitable, "queriéndolo, provoca y dirige" los acontecimientos. Efectivamente, desde el punto de vista de la estructura sicológica de las relaciones de dominio entre el sujeto de atrás y el de adelante, ocurre lo mismo cuando el intermediario actúa bajo un error "evitable" y cuando lo hace bajo uno "inevitable". En otras palabras: en casos de error del instrumento, no parece haber lugar para la aplicación del "principio de responsabilidad"; se tiene que partir de las relaciones *reales* de dominio; y estas se dan en ambos casos de error de prohibición[24].

Por cierto que planteadas así las cosas, da la impresión de que estos casos todavía pueden ser cubiertos por el "principio del dominio" entendido en un sentido de dominio sicológico: se presentaría un auténtico "dominio de la voluntad" del sujeto de atrás sobre el sujeto de adelante, pues aquel "aparta las inhibiciones (por regla general decisivas) que existen con el conocimiento de la prohibición o incluso al dudar de esta prohibición, y, visto sicológicamente, en caso de un error vencible [el sujeto de atrás] ejerce un dominio de los acontecimientos para nada menor que en el caso de un error invencible" [traducción libre][25]. En ambos casos de error de prohibición del ejecutor, el Derecho habría "perdido su influjo motivador en el sujeto de adelante; éste sería propenso a la comisión de un delito, y el sujeto de atrás consigue el dominio aprovechándose de este déficit" [traducción libre][26].

---

[21] TFA, s. penal, tomo 35, p. 347 (353 y s.)

[22] TFA, s. penal, tomo 35, p. 353.

[23] TFA, s. penal, tomo 35, p. 353 y s.

[24] ROXIN, "Strafrecht AT", tomo II, § 25 II, n. marg. 79 y ss.; SCHÜNEMANN en LK, § 25, n. marg. 89 y ss., 91. Ver también más refs. de HEINE en Schönke/Schröder, § 25, n. marg. 21, 38.

[25] ROXIN, "Strafrecht AT", tomo II, § 25 II, n. marg. 82.

[26] HEINE, en Schönke/Schröder, c. más refs., § 25, n. marg. 38.

Más polémico resulta el segundo caso, el de los "tiradores del Muro". Anteriormente, el TFA había ignorado durante décadas la doctrina formulada por ROXIN, aun cuando tuvo ocasión de aplicarla en los años 60 del siglo XX con motivo de procesos a ex líderes nazis[27]. En el caso de los "tiradores del Muro" (terminado en 1994) se trataba de la punibilidad (como autores) de miembros de la Oficina Política del Consejo Nacional de Defensa, así como de soldados de la RDA apostados en la frontera entre ella y la RFA. Los ex funcionarios mencionados habían dado a los soldados la "orden de disparar"; por ello, fueron condenados como autores mediatos de asesinato, mientras que los soldados fueron considerados autores directos de este delito[28].

Ahora bien, en la motivación de la sentencia, el TFA recurre expresamente a un elemento de la teoría de Friedrich-Christian SCHROEDER del "autor detrás del autor" (el elemento: "disponibilidad incondicional del actor para ejecutar el hecho") junto con el elemento subjetivo de "la voluntad amplia hacia la autoría" ("umfassender Wille zur Täterschaft")[29]. No obstante, materialmente el TFA había seguido indudablemente la línea de pensamiento de ROXIN: un sujeto de atrás que, utilizando un aparato de poder, se aseguraba el cumplimiento de su orden[30]. Esta mezcla de ambas teorías ha provocado posteriormente muchas especulaciones: ¿cuál teoría habría "vencido" finalmente en la jurisprudencia? Un magistrado del TFA ha admitido luego que el Tribunal no habría querido seguir estrictamente la construcción de ROXIN para mantener abierto el concepto de "dominio de la organización", y ello con la finalidad de poderlo aplicar en otros casos provenientes de la criminalidad económica[31]. Incluso da la impresión de que la sentencia habría dado pie a la creación de una nueva forma autónoma de autoría mediata[32].

---

(27) Cfr. SCHÜNEMANN en LK, § 25, n. marg. 124. Debe recordarse que Roxin había publicado esta doctrina ya en el año 1963: primero en la revista alemana Goltdammers Archiv (GA) 1963, p. 193 y ss., y poco más tarde (en el mismo año) en el capítulo 24 de su monografía "Täterschaft und Tatherrschaft" ("Autoría y dominio del hecho"). Al respecto y sobre el trasfondo del desarrollo de su doctrina, ROXIN en "Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit...", p. 387 y ss.; *idem*: "Dirección de la organización...", p. 51 y s.

(28) TFA, s. penal, tomo 40, p. 218 y ss.

(29) Cfr. ROXIN, "Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit...", p. 388 y ss.; SCHÜNEMANN en LK, § 25, n. marg. 124.

(30) TFA, s. penal, tomo 40, p. 236. Cfr. al respecto ROXIN, "Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit...", 388 y s.

(31) Ver las refs. en ROXIN, "Organisationsherrschaft als eigenständige Form...", 2007, p. 17; ROTSCH, ZiS 11/09, p.550, columna izquierda, c. más refs.

(32) ROTSCH, ZiS 1/2008, p. 1, 3.

Aun cuando se hable últimamente de una aproximación entre ambas doctrinas[33], en el fondo ROXIN und FR.-CHR. SCHROEDER defienden dos teorías muy distintas de autoría mediata. En la teoría de SCHROEDER del "autor detrás del autor" se trata, *en general*, de la autoría mediata de un "hombre de atrás" que se sirve de un "sujeto de adelante" dispuesto a ejecutar el hecho, tal como p. ej. en el caso de aquel ejecutor que se encuentra bajo un error in personam relacionado con la víctima (el caso Dohna). Para ROXIN lo principal es la punición de sujetos de atrás que *actúan en el marco de un aparato de poder apartado del Derecho*, donde precisamente la estructura del aparato de poder está destinada a garantizar un dominio sobre el resultado. Entonces, para SCHROEDER se trata sobre todo de la microcriminalidad mientras que para ROXIN interesa solamente la macrocriminalidad, o sea los aparatos estatales, terroristas o de carácter mafioso[34]. A diferencia de ROXIN, la propuesta de SCHROEDER exige primero el elemento del aprovechamiento de la disponibilidad al hecho, o sea un tipo de "dominio de la acción" (aunque polémico)[35]. Es dudoso que esta teoría, en su versión pura, pueda ser utilizada para afirmar la autoría de quienes tengan poder de mando en las estructuras de poder[36], pero si tal fuere el caso, esto parece efectivamente llevar a un acercamiento de ambas doctrinas (disponibilidad al hecho gracias a un aparato de poder en funcionamiento)[37].

Ambos casos jurisprudenciales expuestos contienen el núcleo de la discusión: en qué medida debería ser interpretado el concepto de "dominio del hecho" y "dominio de la voluntad" para poder hablar todavía de autoría mediata. Existen otros casos jurisprudenciales alemanes mencionados por la doctrina[38], pero ellos no modifican lo que importa aquí para el análisis.

---

[33] Últimamente ROXIN ha relativizado el acercamiento (que consistía solamente en integrar, como cuarto requisito dentro de su propia teoría, el requisito exigido por Schröder del "aprovechamiento de la disponibilidad" hacia el hecho) mediante la afirmación de que esta disponibilidad hacia el hecho, de todos modos, resultaría de los otros tres pilares de la autoría mediata; ver "Dirección de la organización...", p. 63 y s.

[34] Cfr. ROTSCH (ZiS 11/09, p. 551). Ver también ROXIN, "Strafrecht AT", tomo II, § 25, n. marg. 138; *ídem* Täterschaft und Tatherrschaft", § 24 I, al final. Sobre el famoso caso Dohna, caso que para Roxin también consistiría en uno de autoría mediata, ibídem, n. marg. 102 y ss.; también SCHROEDER, JR 1995, p. 178, columna izquierda.

[35] SCHROEDER, "Der Täter hinter dem Täter", 1965, p. 145 y ss.; *ídem* en ZiS 11/09, p. 569.

[36] Tal como SCHROEDER ha sostenido últimamente en ZiS 11/09, p. 569, columna derecha.

[37] Ver sobre dicho acercamiento en SCHROEDER ZiS 11/2009, p. 569 y ss.; ROXIN L.-H. a Schroeder, p. 397. Pero ROXIN últimamente ha relativizado dicho acercamiento, L.-H. a Krey, p. 462 y ss. Sobre la discusión entre ambas doctrinas, ver SCHROEDER, JR 1995, p. 177 y s.

[38] Ver HEINE en Schönke/Schröder, § 25, n. marg. 25 y ss., 38; SCHÜNEMANN en LK, § 25, n. marg. 124 y s.

V. Polémica alrededor de la teoría: las críticas y contracríticas

a) Primera crítica: imposibilidad de extensión de la autoría mediata a más casos

Ante esta primera crítica, fácilmente constatable cuando se trata de delitos especiales, delitos de omisión o delitos imprudentes, es cuestión de indagar sobre los límites de la teoría: en qué medida es posible, sin caer en incoherencias sistemáticas, hacer correciones, ampliaciones, aplicar otras teorías o, incluso admitir la existencia de lagunas legales de punibilidad[39].

En el caso de los "delitos especiales" ya Claus ROXIN había manifestado desde el principio (aunque con modificaciones posteriores en los detalles) que estos casos no puedan ser tratados con la teoría del dominio del hecho y que necesitan una propia teoría; por eso, él distingue entre dos grupos de delitos: los de dominio y los de infracción del deber, cada cual con sus propias reglas[40]. El tratamiento de la justificación de esta diferenciación se hace en otro lugar[41], pero aquí se puede ya aseverar que ella es teóricamente posible y, en todo caso, no constituye una objeción seria en contra de la validez de la teoría del dominio del hecho[42]. Lo mismo rige para los delitos de omisión y los delitos imprudentes.

Lo que interesa entonces, es si, dentro de los delitos dolosos comunes de comisión la teoría del dominio del hecho fracasa y existirían otras teorías que ofrecen mejores soluciones. Aquí, aparte del caso en el que nos concentraremos (el dominio de la organización) también son posibles otras constelaciones en las cuales podría darse la autoría mediata, aunque el ejecutor hubiera

---

(39) Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 436; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, p. 568 f.; HURTADO POZO, "Derecho penal. P. G.", n. marg. 2197; resaltando las peculiaridades del D. P. argentino, ver también ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 744.

(40) Ver ROXIN, "Strafrecht AT", tomo II, § 25 D, n. marg. 267 y ss.

(41) Esta doctrina todavía no constituye en la actualidad una opinión dominante en la literatura alemana, si bien últimamente está teniendo muchos adeptos. Ver las refs. en ROXIN, "Strafrecht AT", tomo II, § 25 I, n. marg. 270, nota al pie 352; SCHÜNEMANN en LK, § 25, n. marg. 44, nota al pie 76; recientemente HEINE en Schönke/Schröder, com. previos §§ 25 y ss., n. marg. 84. Al respecto, ampliamente, ABANTO VÁSQUEZ, c. más refs. "Autoría y participación...", p. 3 y ss. [en esta compilación: p. 377 y ss.]

(42) En lo básico se reconoce ampliamente la existencia de "delitos propios de infracción del deber". En la doctrina dominante se discute sobre todo acerca de su correcta clasificación. Mientras que para ROXIN los delitos de dominio y los delitos de infracción del deber constituyen "solamente distintas manifestaciones" de la pauta guía del "autor como figura central del suceso típico" ("Strafrecht AT", tomo II, § 25 III, n. marg. 274), SCHÜNEMANN (en LK, § 25, n. marg. 39 y ss., 42 y s.), para quien el dominio del hecho sería un "principio normativo unitario básico", opina que los delitos de infracción del deber serían un subcaso de "dominio sobre el fundamento del resultado" con sus dos formas: dominio sobre la indefensión del objeto del bien jurídico (Herrschaft über die Hilflosigkeit des Rechtsgutsobjektes) y "dominio sobre una causa esencial del resultado" (Herrschaft über eine wesentliche Erfolgsursache); y para HEINE (en Schönke/Schröder, com. previos §§ 25 y ssf, n. marg. 70 y ss.) se trataría con ellos de un subgrupo dentro de muchas formas de delitos (delitos de dominio, delitos especiales o delitos de infracción del deber, delitos de omisión y delitos de propia mano), los cuales, en realidad, no estarían sometidos a ningún principio universal. Más referencias sobre la recepción de la doctrina de los delitos de infracción del deber de Roxin, son proporcionadas por SCHÜNEMANN en LK, § 25, n. marg. 44, al final, nota al pie 76.

actuado dolosamente (aunque p. ej. sin "intención" como se exige en el tipo), o hubiera actuado sin dolo, pese a que el sujeto de atrás lo hubiera creído así, etc.[43]. Pero estos casos no pueden ser tratados aquí con más detalle, y tampoco ponen en duda la existencia de un "dominio de la voluntad" en el sentido de la teoría del dominio del hecho.

Con lo anteriormente dicho, se restringe ya aquí el ámbito de aplicación de la teoría del "dominio del hecho" y la "autoría mediata". Pero en esto es necesaria una aclaración. Aun dentro de este ámbito restringido no se puede admitir, y en ello existe amplio consenso en la doctrina mayoritaria, la extensión desmesurada que la jurisprudencia alemana de los últimos años ha dado a la autoría mediata (prescindiendo del requisito roxiniano del "apartamiento del Derecho"), y que ha sido incluso seguida por parte de la doctrina[44]. Resumidamente puede afirmarse lo siguiente: la concepción extensiva (o sea, la que prescinde del requisito del "apartamiento del Derecho"), que ya se insinuaba en el caso de los "tiradores del muro" con la finalidad de abarcar penalmente a la criminalidad económica[45], tratándose de una extensión de un concepto de dominio de la voluntad (dominio de la organización) que ya constituía una extensión del concepto más estricto de dominio de la voluntad (en el sentido de dominio sicológico), lleva necesariamente a la inseguridad jurídica y a la arbitrariedad. Y al llegar a esto ya no sirven tampoco las correcciones ulteriores que ha desarrollado el TFA para concretar un poco más (y salvar así la crítica del atentado contra el principio de taxatividad): existencia de estructuras organizadas con "cursos regulares", aprovechamiento de la disponibilidad incondicional hacia el hecho por parte del ejecutor inmediato, y la voluntad del sujeto de atrás de que su orden se cumpla para llevar al resultado[46]. Esta objeción en el sentido de una "extensión conceptual" de un concepto ya antes extendido se entenderá mejor a continuación. Para cubrir los casos que plantea esta sobreextensión, la solución solamente puede provenir del legislador[47].

---

[43] Al respecto consultar ROXIN "Strafrecht AT", tomo II, § 25 II, n. marg. 153 y ss., 158 y ss.

[44] Ver al respecto, entre otros, HEINE en Schönke/Schröder, § 25, n. marg 25b; ROXIN, "Strafrecht AT", tomo II, § 25 II, n. marg. 129 y ss.; *ídem*: BGH-FGW (Fn. 2), p. 192 y s.; idem: "Organisationsherrschaft als eigenständige Form...", p. 17 y ss.; SCHÜNEMANN en LK, § 25, n. marg. 130 y s.; KREY/NUYS, p. 2003 ff.; ZIESCHANG, p. 505 y ss., 511.

[45] TFA, s. penal, tomo 40, p. 218 (237): "De esta manera también puede solucionarse el problema de la responsabilidad en el marco del funcionamiento de empresas económicas" [traducción libre]. Con posterioridad, esta jurisprudencia ha sido efectivamente aplicada e incluso extendida a organizaciones no comerciales; ver TFA, s. penal, tomo 40, p. 256, 268 (dominio de la organización del médico encargado del tratamiento en el hospital). Sobre este dudoso desarrollo de la doctrina de la jurisprudencia alemana ver las refs. de SCHÜNEMANN en LK, § 25, n. marg. 125.

[46] Estos requisitos son mencionados permanentemente por el TFA. Ver, p. ej., las siguientes sentencias penales del TFA: en NStZ 1998, p. 568; tomo 2008, p. 90; en StV 2000, p. 19; en wistra 2004, p. 264; tomo 48, p. 331 (342).

[47] ROXIN también ha observado una necesidad político-criminal de que "sean penados como autores aquellas personas directivas que motivan, promueven o siquiera toleran dentro de sus empresas que sus subordinados

b) Segunda crítica: ¿existe dominio auténtico de la voluntad en el dominio de la organización?

Cuando ROXIN y sus seguidores afirman que el "dominio de la organización" equivaldría a un "dominio de la voluntad" (hay que subrayar aquí el término "equivaldría"), resulta polémica ya esta extensión "moderada" de la autoría mediata para abarcar aquellos casos que plantean la cuestión, mostrada en los dos casos jurisprudenciales alemanes: ¿es posible admitir la autoría de aquel sujeto de atrás que no ha efectuado ninguna acción ejecutiva? ¿No atentaría esto contra principios fundamentales de la teoría del dominio del hecho; es decir, acaso en realidad no existiría ningún "dominio" en aquel sujeto de atrás?

Por eso, los contrarios opinan que no solamente sería inadmisible de lege lata admitir una autoría mediata en los casos de "dominio de la organización", sino que ello tampoco sería necesario debido a la presencia de otras soluciones posibles como la "instigación" o la "coautoría". El recurso a la autoría mediata debilitaría la teoría del dominio del hecho debido a la pérdida de seguridad jurídica y fidelidad al Derecho[48]. Los críticos parten mayormente de que la autoría mediata estaría fundamentada de manera decisiva por el principio de responsabilidad: una ejecución autorresponsable del delito excluiría siempre la autoría del sujeto de atrás[49]. Además, en la práctica no se podría hablar de ningún auténtico "dominio" del sujeto de atrás: el ejecutor se decidiría libre y autorresponsablemente a ejecutar el hecho, aparte de que este tampoco sería irremplazable. Mediante la doctrina de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, se estiraría tanto el concepto de "dominio de la voluntad" que este se vería desnaturalizado llegando incluso a atentar contra el principio de legalidad.

Y en efecto, si se interpreta la ley en el sentido tradicional de que el "otro", o sea el instrumento, dominado por el autor mediato, deba ser una persona humana, entonces la doctrina de ROXIN estaría interpretando a este "otro" de manera demasiado extensa (incluso analógica): ahora ya no se trataría de un dominio directo de la voluntad, sino de un "dominio mediato" de la voluntad (a través del aparato de poder) de un ejecutor humano cualquiera (fungible) dentro del aparato. Pero si como ROXIN dice[50], y últimamente

---

realicen acciones criminales" [traducción libre], pero como aquí faltarían los presupuestos legales para la coautoría, él propone otra solución: la introducción de una regulación especial sobre la responsabilidad penal del nivel directivo de las empresas por delitos cometidos por la empresa (delitos de infracción del deber con una forma autónoma de imputación de la autoría). Cfr. ROXIN "Organisationsherrschaft als eigenständige Form...", p. 1, 20 y ss.

(48) KREY/NUYS, p. 214.

(49) KREY/NUYS, p. 214 y ss.; también DE FIGUEIREDO DIAS, p. 354, 358.

(50) Así expresamente ROXIN en "Dirección de la organización", p. 51 y ss., 57 y s.

ha reafirmado[51], el instrumento no tiene que ser un sujeto-individuo, sino el aparato, entonces es válida la pregunta de qué es lo que queda del "domino de la voluntad" sobre el instrumento, a no ser que se reconozca una voluntad propia al aparato. Y aunque ROXIN no refiera al dominio de una persona concreta, sino al del resultado[52], con ello se perdería el denominador común con los otros casos de autoría mediata (dominio de la voluntad a través de coerción y dominio de la voluntad a través de un error) en los cuales se ejerce un influjo efectivo en el instrumento. Parece ser una interpretación demasiado extensiva del texto legal ("... a través de otro"), en contra de la interpretación tradicionalmente reconocida, entender que este "otro" no sería ya una persona concreta dominada en su voluntad, o sea un instrumento, sino un aparato, o una persona indefinida perteneciente al aparato. Por eso, muchos autores ven aquí, una incompatibilidad de la teoría con la descripción legal de la autoría mediata, y recomiendan introducir una regulación específica de esta forma de autoría[53].

Las críticas no se quedan aquí. Otros consideran que esta teoría sería aquí *superflua*, porque existirían mejores soluciones. Así, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR opinan que, pese a que esta teoría sería plenamente compatible con el Derecho argentino y que el inductor-instigador sería indudablemente algo más que un simple inductor, de todos modos tendría las mismas ventajas admitir una "coautoría" o incluso una "participación necesaria" (equivalente en Argentina a una "complicidad primaria"); además, la contribución del ejecutor no debería ser ensombrecida por la del sujeto de atrás, porque en la práctica (y así lo demostraría la realidad argentina con los crímenes de los militares) podría tener igual importancia; su descuido entrañaría el peligro de posibilitar una impunidad política (a través de la amnistía)[54]. Y tampoco es raro que se quiera ver aquí, por algunos autores, incluso una autoría directa[55].

También se critica a la teoría de Roxin su supuesta *injusticia en los resultados finales*. Así, GIMBERNAT ORDEIG critica[56] que la autoría de todos

---

[51] "Dirección de la organización...", p. 57 y s.

[52] ROXIN habla de un dominio de la voluntad mediante aparatos organizados de poder en el cual el sujeto de atrás "dirige determinantemente los sucesos", "Strafrecht AT", tomo II, § 25, n. marg. 46.

[53] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, "Derecho Penal PG", p. 577 y s.

[54] Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, § 53, p. 748.

[55] JAKOBS afirma una autoría (directa) en caso de que el superior jerárquico hubiera tenido un delito especial (p. ej. cuando se trata de un funcionario público como en el caso de Fujimori), porque este haría algo más que un privado: una lesión de deberes positivos; ver en especial sobre el caso Fujimori en ZiS 11/09, p. 574 (*ídem* también en Ambos/Meini, "La autoría mediata", p. 111, 114). Igualmente, GARCÍA CAVERO, desde una perspectiva normativista radical, "Lecciones...", Lección 17, p. 572; ver también HURTADO POZO, quien, al parecer, afirma la autoría o la autoría accesoria del sujeto de atrás y del de adelante, aunque no fundamenta más, "Manual...", n. marg. 2217 al final.

[56] GIMBERNAT ORDEIG, "Autor y cómplice en Derecho Penal", Madrid, 1966 p. 176 y ss.

los "autores de escritorio" trataría por igual, de manera injusta, las distintas contribuciones que podrían haber tenido estos. Los sujetos situados en las más altas esferas de poder del aparato, debido a la importancia de sus contribuciones, deberían constituir autores mientras que los intermediarios, quienes solamente trasladan las órdenes de los superiores, por lo general (excepción: cuando ellos persiguen finalidades propias "fuera del plan" de los que dieron la orden) solamente tendrían una complicidad. Pero de lege lata, como no existen reglas específicas de la participación criminal para estos graves casos de crímenes de lesa humanidad, toda esta gente solamente debería ser considerada como "inductora".

c) Crítica a las críticas

En primer lugar, no está justificada aquella objeción que encuentra un obstáculo insuperable en el principio de responsabilidad, pues éste impediría admitir dos dominios del hecho, separados, pero que concurrieran en el mismo hecho: el dominio del sujeto de atrás y el dominio del ejecutor. Así, ROXIN mismo responde[57] que este principio, por sí solo, no sería suficiente para fundamentar la autoría, tal como dejó entrever el TFA en el caso del "rey de los gatos".

Y también resulta injustificado, si no incorrecto, exigir de ROXIN el respeto de un concepto de "dominio del hecho" que él no defiende. Él mismo aclara que sus críticos habrían mal entendido su teoría en tres puntos[58]: el instrumento del sujeto de atrás no sería (o no sería solamente) el ejecutor, sino el aparato de poder; se presentarían dos formas distintas de organización en el sujeto de atrás: dominio de acción en el ejecutor del hecho y dominio de la organización en el sujeto de atrás; y el dominio real de la organización tendría que deducirse, de manera positiva a partir de la posición del sujeto de atrás, evaluando todas las circunstancias. El que puedan presentarse dos titulares del dominio en un mismo hecho punible se mostraría ya en el caso de las coacciones: aquel que obliga a otro a cometer un delito, tiene el "dominio del hecho" (sin estar presente en la ejecución), así como también el coaccionado tiene el dominio de la acción (aun cuando él sea finalmente exculpado)[59].

Por lo demás, ROXIN remite a su entendimiento del "dominio del hecho", el cual metodológicamente constituiría un "concepto abierto", más rea-

---

[57] Ver "Dirección de la organización...", p. 51 y ss.; recientemente también en "Organisationssteuerung...", p. 456 y ss.

[58] ROXIN, L.-H. a Krey, p. 457 y ss.

[59] ROXIN L.-H. a Krey, 457 y s.

lista, y que no debería atarse a determinadas características o fórmulas[60]. Esto regiría también para el concepto de "dominio de la voluntad", con el cual no se habría querido dar a entender un dominio directo sobre la voluntad del ejecutor, sino más bien un dominio de la realización del tipo, un dominio de los acontecimientos, sin tener que actuar en la ejecución[61]. Y en este tipo de dominio no interesaría que sea el sujeto incitado a realizar el hecho (por una orden) quien siempre que ejecutara por sí mismo, sino que por lo general lo haga debido a la existencia de un aparato en funcionamiento[62]. Recientemente SCHÜNEMANN ha aclarado esta idea: no se trata con el "dominio de la voluntad" de crear un concepto cerrado (y fundamentado en un solo principio como el de "responsabilidad"), sino a partir de ese concepto, en cuyo núcleo rige el principio de responsabilidad, buscar equivalentes bajo criterios estrictos, tal como ha hecho Roxin con la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder[63].

Luego, con esto se ve que ROXIN no refiere el dominio a una persona concreta, sino al dominio sobre el resultado a través de instrumentos (persona o aparato)[64]. Por cierto que con ello se perdería el denominador común con los otros casos de autoría mediata (dominio de la voluntad a través de la coacción y dominio de la voluntad a través de un error del instrumento), pues en estos el dominio influye realmente en la voluntad del instrumento. La cuestión que se plantea es entonces: ¿se necesita de lege lata este denominador común?

¿Y son las alternativas preferibles? ¿Se necesita una teoría supuestamente más moderna que reemplace a la antigua y, al mismo tiempo, tome en cuenta mejor las necesidades y los retos de la vida moderna? Independientemente de las ventajas político-criminales de otras soluciones, lo primero que se debe evaluar es su compatibilidad con el principio de legalidad. La mayoría de las legislaciones penales de cuño europeo-continental (p. ej. las de Alemania, España, Colombia, Perú) contiene disposiciones que diferencian expresamente entre autoría y participación, o sea parten de la llamada "teoría diferenciadora". Ello me parece innegable: si el legislador hubiera querido una teoría unitaria (causal, normativa o de cualquier otro tipo), la ley hubiera tenido otra

---

(60) Cfr. ROXIN, "Täterschaft und Tatherrschaft", § 17.

(61) Cfr. ROXIN "Strafrecht AT", tomo II, § 25, n. marg. 105.

(62) Cfr. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo II, § 25, n. marg. 114 y s.

(63) SCHÜNEMANN, "Zum Schicksal...", p. 808 y ss., esp. p. 811 y s.

(64) ROXIN habla de un "dominio de la voluntad por fuerza de aparatos organizados de poder" (Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate) por el cual el sujeto de detrás dirigiría los sucesos de manera determinante ("das Geschehen maßgeblich steuern"); "Strafrecht AT", tomo II, § 25, n. marg. 46.

redacción, tal como p. ej. ocurre en Italia, Austria o incluso en el Derecho contravencional alemán. Por eso, ya de lege lata[65], tendría que descartarse una teoría totalmente normativa, que considerase todas las contribuciones al hecho como cualitativamente equivalentes, y que tomare en cuenta la diferenciación solamente para las consecuencias jurídicas[66]. La teoría subjetiva y la formal-objetiva se mueven todavía dentro del marco de los presupuestos legales, pero tienen tantos problemas prácticos que han sido casi totalmente abandonadas.

Pero también las concepciones que se mueven dentro de la teoría del dominio del hecho se tienen que ver afectadas por la crítica de que a veces irían demasiado lejos y podrían atentar contra el tenor legal. Esto rige, en primer lugar, para la solución de la "coautoría" que se alega en el caso de los aparatos organizados de poder. Según ROXIN ha expuesto convincentemente, de admitir aquí una coautoría, faltarían sobre todo los requisitos (extraídos del tenor legal) de la "resolución común al hecho" y de la "ejecución conjunta"[67]. Y también los que optan por admitir la solución de la "instigación" (simple) en el caso de los "aparatos organizados de poder" tienen problemas con el principio de legalidad, porque el "dominio de la organización", en realidad, representa una dimensión distinta de aquella situación prevista en la ley[68]: se desconocerían las relaciones de poder dentro de la organización, pues ella supondría un poder de mando del sujeto de atrás y, con ello, un "dominio" (del resultado), aparte de que en estos casos, por lo general, no habría contacto alguno entre el sujeto de detrás y el de delante.

De todo lo dicho se extrae lo siguiente: si se viera la ausencia de una expresa descripción típica de la autoría (mediata) en el tenor de la ley penal nacional como impedimento para el empleo de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, dicho argumento también tendría que servir

---

[65] Así p. ej. la crítica a la teoría de JAKOBS de la división vinculante del trabajo (verbindende Arbeitsteilung), que la considera como una forma de concepto extensivo de autor y de autoría unitaria, con lo cual ya debido a ello chocaría con el tenor del StGB alemán. En este sentido, consultar la crítica de SCHÜNEMANN en general sobre ambos conceptos en LK, com. previos § 25, n. marg. 5 y ss., 11 y ss.; y de manera concreta sobre el retorno a la teoría extensiva y la teoría unitaria de autor en Jakobs, ibídem, § 25, n. marg. 14 y ss.; ver también *ídem*, "El dominio sobre el fundamento...", p. 981, 983 y ss.

[66] Así JAKOBS L.-H. a Lampe, 2003, p. 561 y ss.; en Perú se aúna a esta crítica GARCÍA CAVERO, "Lecciones...", p. 561 y ss.

[67] ROXIN, en L.-H. a Krey, p. 452 y ss.; *ídem* en "Strafrecht AT", tomo II, § 25 II, n. marg. 12 y ss.; así también la crítica de HERZBERG: "Si no se quiere caer en contradicciones, entonces la interpretación de la disposición legal de la coautoría realizada conforme al sentido posible de la palabra y siempre practicada, no se puede cambiar por una [interpretación] extensiva sólo para poder castigar a un determinado instigador como autor" [traducción libre]; ZiS 11/09, p. 580, rechte Spalte; también en Ambos/Meini (eds.), "La autoría mediata", p. 140).

[68] Cfr. ROXIN L.-H. a Krey, p. 455 y s.; *ídem* "Strafrecht AT", tomo II, § 25 II, n. marg. 126 y ss.

para negar la aplicación de la tesis de la instigación (simple) y con más razón aún para la tesis de la coautoría. En tal sentido, habría un "empate" entre todas las tesis, o por lo menos entre la tesis de la autoría mediata y la de la instigación. Pero la "autoría mediata" tiene a su favor un argumento adicional: la necesidad político-criminal de condenar como "autor" a quien hubiera cometido crímenes gravísimos aprovechando un aparato de poder político. Por cierto que al proceder de esta manera, debido a que se está en los límites del tenor legal, se debe tender a una interpretación restrictiva[69] y emplear los presupuestos planteados por ROXIN de la manera más estricta posible, a fin de poder hablar del aprovechamiento de un "instrumento". Los demás casos (aun cuando se produjeren en el marco de un aparato de poder) deberían ser vistos únicamente como casos de "instigación" simple.

Por cierto que la mejor solución consistiría en una regulación expresa de esta forma de autoría[70]. Con más razón se necesita una solución como ésta en países como Perú, porque la jurisprudencia peruana, aunque haya mejorado mucho la motivación de sus resoluciones, no muestra siempre un nivel constante; en algunas resoluciones pasadas ha presentado notables deficiencias a la hora de interpretar y aplicar la ley y complicadas teorías jurídicas importadas (p. ej. el caso Juliaca-San Román, adelante en la nota el pie n° 92). El aplicador de la ley necesita urgentemente pautas normativas claras.

VI. Influencia de la teoría del dominio del hecho y de las jurisprudencias internacional y peruana

En la doctrina penal, así como en la jurisprudencia penal de muchos países, predomina desde hace muchos años la teoría del dominio del hecho[71]. Asimismo la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder también ha sido recepcionada en la doctrina extranjera[72]. Algo parecido ha ocurrido con la jurisprudencia extranjera: tanto tribunales internacio-

---

[69] De manera similar, en el marco del Derecho penal económico, en aras de respetar principios básicos del Derecho penal (y evitar la "fisión normativa"), TIEDEMANN aboga por una interpretación restrictiva de elementos normativos que podrían encontrar una interpretación mucho más amplia en el Derecho extrapenal; ver "Derecho penal económico. Parte general", Lima, 2009, p. 139 y ss., n. marg. 114 y ss.

[70] Así también, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, p. 577 y s.

[71] Sobre el derecho colombiano, ver también VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, "Derecho Penal. P. G.", 4ta. ed., Bogotá, 2010, p. 568, 573; sobre el Derecho penal español, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, "Derecho penal. P. G.", 6ta. ed., Valencia, 2004, p. 635 y s.

[72] Sobre la doctrina extranjera ver las refs. en ROXIN, "Strafrecht. AT", tomo II, § 25 II, n. marg. 112, nota al pie 139; ver también sobre la doctrina en español las refs. de SCHÜNEMANN en LK, § 25, n. marg. 126, nota al pie 280.

nales[73] como nacionales[74] han invocado esta doctrina en el juzgamiento de casos conocidos de violaciones a derechos humanos por miembros del aparato estatal. Esto también ha sido celebrado en parte por la doctrina alemana[75], aunque en parte también ha despertado preocupación[76].

En el ámbito internacional ha llamado la atención sobre todo el *caso Katanga*, juzgado por el Tribunal Penal Internacional (ICC, por sus siglas en inglés)[77], porque allí se ha tomado referencia expresa a la doctrina de ROXIN y sus obras[78]. Aun cuando la argumentación del ICC se apoyaba menos en una interpretación sistemática y teleológica[79] y más bien se limitó a citar conocidos autores europeos, en especial alemanes[80], sus resultados finales fueron los correctos[81]. Pero no se quedó todo en esta sentencia pionera del ICC. Poco a poco se ha ido esbozando incluso un desarrollo de la teoría, porque bajo el concepto de "indirect co-perpetration", se abarca tanto una "coautoría mediata" como también una (ampliada) "autoría mediata en coautoría"[82]. A diferencia de la "indirect co-perpetration" del caso Katanga, figura que podía ser identificada con la figura alemana de la autoría mediata, más adelante se hace ya una diferenciación. Así, en el caso Al Bashir se reprochaba al ex presidente de haber elaborado y ejecutado un plan, conjuntamente con las fuerzas militares, la policía y diversos gremios, para reprimir y destruir los grupos rebeldes[83]. Aquí pueden verse dos formas de "autoría por comisión indirecta":

---

[73] Ver las refs. de SCHÜNEMANN en LK, § 25, n. marg. 126, nota al pie 281; ROXIN "Strafrecht. AT", tomo II, § 25, n. marg. 112, nota al pie 140.

[74] La jurisprudencia argentina fue la primera en aplicar esta doctrina en los años 1985-1986. En la primera instancia, la doctrina fue empleada para fundamentar la autoría penal de ex miembros de la Junta Militar argentina; pero tras la apelación, la Corte Suprema rechazó esta teoría con el argumento de que la autoría del ejecutor siempre excluiría la autoría del sujeto de detrás; la autoría siempre exigiría la intervención en la etapa de la ejecución. A cambio admitió una participación primaria; c. más refs. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, § 53, p. 747 y s.; critica, detalladamente y c. más refs. DONNA, p. 268 y ss. Al respecto también c. más refs., ROXIN "Strafrecht AT", tomo II, § 25, n. marg.109; idem, ders. ADPCP (Fn. 22) p. 52.

[75] C. más refs. SCHÜNEMANN, en LK, § 25, n. marg. 126.

[76] Últimamente, SATZGER L.-H. Volk, p. 649 y ss.

[77] The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui; ICC-01/04-01/07 176/226, sentencia de 30-09-2008 (226 páginas).

[78] ICC n. marg. 496 y ss., 511 y ss.

[79] En el Estatuto del Tribunal se prevé un modelo escalonado de participación criminal, que entre varias formas distingue una autoría mediata equivalente a la conocida en Alemania y otros países: la comisión a través de otros sin importar si otro resultara penalmente responsable (artículo 25, párrafo 3 a), alternativa 3 del Estatuto).

[80] Cfr. WERLE/BURGHARDT L.-H. Maiwald, p. 854 y s.

[81] Así, SATZGER saluda este desarrollo, a diferencia del concepto problemático del "Joint Criminal Enterprise", empleado por los Tribunales internacionales ad hoc; ver detalladamente en L.-H. Volk, p. 649 (662).

[82] Al respecto ampliamente WERLE/BURGHARDT L.-H. 2010, p. 849 y ss.

[83] ICC de 04-03-2009, n. marg. 214 y ss.

una "autoría mediata", porque un coautor (el ex presidente) había aportado su contribución al hecho, conforme al plan, mediante un intermediario dominado por él, o una "autoría mediata en coautoría", porque el dominio del hecho, a través del intermediario, habría sido practicado conjuntamente por varias personas (el ex presidente, los generales, etc.)[84]. Resulta notorio el paralelo con el caso alemán de los "tiradores del muro", aun cuando la solución del TFA tenía otra fundamentación.

La doctrina peruana ha admitido desde hace algún tiempo la teoría del dominio del hecho de ROXIN[85]. También la jurisprudencia peruana de los últimos 8 años se manifiesta expresamente (aunque no siempre consecuentemente) a favor de la doctrina del dominio del hecho[86]. Probablemente debido a las circunstancias políticas de los últimos 10 años (caída del gobierno de Fujimori en el 2000, revelación, "gracias" a los llamados vladivideos, de la organización corrupta de poder, la presión nacional e internacional para un juzgamiento justo y oportuno de los responsables, etc.) el terreno estaba abonado para la aplicación de la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Por ello, no es de extrañar que hubiera sido adoptada por la doctrina (y más tarde por la jurisprudencia) peruana[87]. Mayormente se exigen los mismos requisitos propuestos por ROXIN[88], o sea, la existencia de un aparato de poder organizado verticalmente, el apartamiento del Derecho del aparato, y la fungibilidad de la persona ejecutora. Aisladamente algunos autores peruanos siguen los desarrollos recientes (y en mi opinión, incorrectos) de la jurisprudencia alemana, renunciando al criterio de la fungibilidad y del apartamiento del Derecho, con la finalidad de facilitar la autoría de los jefes, empresarios, etc., en empresas (grandes)[89].

---

[84] Cfr. WERLE/BURGHARDT L.-H. Maiwald, p. 862 y s.

[85] Ver, entre otros, HURTADO POZO, "Manual...", § 20 IV, n. marg. 2194 y ss., esp. n. marg. 2197; VILLAVICENCIO TERREROS, "Derecho Penal P. G.", § 67, n. marg. 1020 y ss.

[86] Cfr. refs. sobre la contradictoria jurisprudencia peruana en ABANTO VÁSQUEZ, Informe: Perú, B.2.

[87] De manera especialmente clara y detallada ver en PARIONA ARANA, "Autoría mediata por organización", p. 26 y ss., 94 y ss., 110 y ss.; CASTILLO ALVA, "Autoría mediata...", p. 581 y ss.; MEINI MÉNDEZ, "El dominio de la organización...", p. 21 y ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, "Derecho Penal P. G.", p. 478 y ss., n. marg. 1058 y ss. Destacando en especial el Derecho penal internacional, ver también MONTOYA, "La imputación de responsabilidad...", p. 89 y ss.

[88] Cfr. PARIONA ARANA, "Autoría mediata por organización", p. 48 y ss., 94 y ss.; CASTILLO ALVA, "Autoría mediata...", p. 605 y ss.; VILLAVICENCIO TERREROS "Derecho Penal...", p. 478 y ss., "Autoría y participación", p. 683 y ss. Para comparar, ver la última versión de la teoría de ROXIN en "Dirección de la organización como autoría mediata".

[89] Con numerosas referencias, CASTILLO ALVA, "Autoría mediata...", p. 618 y ss., 628 y s.; MEINI MÉNDEZ admitiendo y empleando el elemento adicional del aprovechamiento de la disposición incondicional al hecho por parte del ejecutor, "El dominio de la organización", p. 68, 186 y ss., 196 y s.

Aun cuando la llamada sentencia Fujimori (con más exactitud: Fujimori II[90]) referida al caso Barrios Altos-La Cantuta sea la más conocida a nivel internacional y sea vista como la sentencia en la que, por primera vez, se habría aplicado la teoría de ROXIN en el Perú, ella ha tenido predecesoras interesantes y no menos espectaculares[91]. Ya en el año 2000, la Corte Suprema se había referido a esta doctrina, pero la había aplicado de forma más que dudosa: en un caso evidente de instigación a un asesinato mediante sicarios (correctamente decidida así en la instancia inferior), los jueces supremos aseveraron que se habría tratado de un caso de autoría mediata a través de un aparato organizado de poder[92]. Recién 6 años más tarde la *Corte Superior* empleó correctamente esta teoría para condenar al ex asesor presidencial Montesinos y a muchos de los funcionarios y generales subordinados, entre otras cosas, por "asociación ilícita" (art. 317 CP) y tráfico de armas (art. 279 CP), porque ellos, a través de la organización estatal, habían adquirido armas de guerra de traficantes extranjeros, para luego venderlas a guerrilleros colombianos (por eso se conoce esta sentencia como el caso de las FARC)[93].

El Tribunal Superior peruano fue algo más detallado cuando, meses más adelante, condenó a los cabecillas y miembros del grupo terrorista "Sendero Luminoso", Abimael Guzmán, y otros por asesinato, asociación ilícita y otros ilícitos[94]. El Tribunal aseveró primero que el hecho de no haberse mencionado expresamente una autoría mediata por aparatos organizados en el texto

---

[90] La primera condena de Fujimori (Fujimori I) ocurrió el 11-12-2007 (exp. 13-03) por instigación a una usurpación de funciones. También allí se evaluó la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, pero no fue finalmente aplicada, porque el aparato existente supuestamente no había sido utilizado en este caso concreto, y porque el Tribunal Supremo se habría visto constreñido a seguir estrictamente (¡también en la fundamentación!) el análisis previo de la resolución chilena que concedió la extradición, la cual había visto aquí, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia de su país, una "autoría por instigación" (considerando 19, p. 22; considerando 108, 1°, p. 203 de la resolución chilena). La Segunda Sala Penal Especial de la Corte Suprema confirmó el 10-04-2008 (sentencia de 17-2008, exp. AV-13-03). Al respecto detalladamente los comentarios de PARIONA ARANA, "Autoría mediata por organización", p. 101 y ss.; ver también ABANTO VÁSQUEZ, Informe: Peru C 2 a) al final.

[91] También puede contar entre ellas la resolución chilena de extradición, emitida por la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema chilena, de 21-09-2007 (considerando 97, p. 178 y s.), la cual se refiere a la teoría y sus requisitos. Ver en: http://www.historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?codigo=7326&opcion=detalle_documento.

[92] Sala Penal, sentencia de 16-03-2000, N° 5049-99 (San Román-Juliaca). Tras cambiar la imputación de "instigador" a "autor mediato", se rebajó la pena (¡). Esta sentencia es frecuentemente citada en comentarios y manuales peruanos como el primer caso de "autoría mediata por aparatos organizados de poder", sin resaltar su errónea aplicación. Entre otros y c. más refs. ver, p. ej. VILLAVICENCIO, "Derecho Penal P. G.", § XII, n. marg. 1060, p. 480.

[93] Primera Sala Penal Especial, Corte Superior, exp. 038-2001 de 21-09-2006, considerando N° 115 y ss., p. 68 y ss.

[94] La sentencia tenía el volumen poco común de 345 páginas. Los procesados fueron hechos responsables de diversos actos terroristas graves (aniquilamiento selectivo de personas, explosiones, ataques a puestos de policía, falsedad documental, etc.), que en parte se regían por el anterior CP peruano de 1924 (derogado en 1990). Cfr. la sentencia de la Sala Penal Nacional, exp. 560-03 de 13-10-2006, considerando N° 13, p. 225 y ss.

legal (art. 23 CP) no se opondría a su aplicación, porque solamente se trataría de una imputación de autoría que, al cumplir con determinados requisitos, armonizaría con la descripción legal del autor: la existencia de un aparato de poder fuertemente jerarquizado, la fungibilidad del ejecutor y el apartamiento del Derecho del aparato de poder. Además se rechazó el argumento de la defensa en el sentido de que el grupo terrorista no habría constituido un aparato de poder, porque supuestamente dentro de él no habría existido ningún poder de mando, ningún deber de obediencia, dominio de la voluntad ni fungibilidad de los ejecutantes(95). Estos requisitos se presentarían –afirmó el Tribunal– de manera general en todos los grupos terroristas, y también en "Sendero Luminoso": el grupo estaba jerárquicamente organizado y contaba con más de diecisiete mil miembros, poseía niveles medios entre la dirección y los ejecutores, además de que estos eran plenamente reemplazables. La dirección y los mandos medios tenían, en resumen, un poder de organización que garantizaba el cumplimiento de las órdenes(96). La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, el 14-12-2007 (exp. 5385-2006-Lima), ha confirmado la sentencia del Tribunal Superior, mejor dicho ha declarado no haber nulidad(97). En la fundamentación, esta Sala ha resaltado expresamente la aplicación de la teoría del dominio del hecho y de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en el sentido de ROXIN.

Todas estas sentencias invocan expresamente a ROXIN y sus trabajos, aun cuando no traten esta doctrina en todos sus detalles y finezas. Recién la segunda sentencia (condena) contra Fujimori, la más conocida internacionalmente (Fujimori II), se ha ocupado con más profundidad de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder(98). En ella se trataba de imputar graves delitos (asesinato, lesiones corporales, secuestro agravado) que habían sido ejecutados por un comando estatal (el grupo Colina). Fujimori, como presidente y comandante en jefe del Ejército (así como Vladimiro Montesinos, su asesor de entonces, como jefe fáctico del ejército, y que fuera posteriormente condenado en un proceso separado) había participado en la organización y funcionamiento de este grupo en el marco de la ilegal lucha contra el terroris-

(95) Cfr. la sentencia de la Sala Penal Nacional, exp. 560-03 de 13-10-2006, considerandos N° 5 y 13.

(96) Ibídem p. 230 y ss. El Tribunal Superior comprobó que el dominio de la organización consistía en aprovechar la disponibilidad a cumplir con las órdenes. Pese a que el ejecutor permanecía libre, el hecho de actuar dentro de una organización y de someterse a sus valores, fundamentaría esta disponibilidad y haría ver el hecho como obra de la organización y sus directores, ibídem, p. 233.

(97) Ver en http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/serachSimple.jsp.

(98) La sentencia de 07-04-2009 de la Sala Penal Especial, Exp. N° 10-2001 es conocida en Perú como el caso *Barrios Altos-La Cantuta* y se ha publicado en distintos medios. Aquí se cita la página oficial: www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?codigo=10409&opcion=detalle_noticia. En alemán ver en ZIS 11/2009, p. 622 y ss.

mo. Por orden directa o indirecta de éste, se había secuestrado a sospechosos de terrorismo, se les había torturado o directamente asesinado.

El eco de la doctrina penal internacional ha sido considerable. La revista electrónica alemana ZIS ha publicado una edición especial que se ocupa de esta sentencia[99], y donde ROXIN mismo hace comentarios al respecto[100].

La Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema ha confirmado esta sentencia[101].

Finalmente, la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior, en un fallo voluminoso de 829 páginas, ha condenado a los demás participantes de estos hechos[102]. Nuevamente aquí, la Sala ha afirmado la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en el caso de los inculpados más notorios (el ex asesor Vladimiro Montesinos y varios generales), así como coautoría de los ejecutores (los miembros del grupo Colina) en los delitos de secuestro y asesinato (ver la sentencia, p. 608 y ss.), así como autoría en cuanto a la "asociación ilícita". En un caso, el Tribunal ha visto incluso la posibilidad de una "complicidad" (primaria) de algunos miembros del aparato (conjuntamente con su autoría en cuanto a la "asociación ilícita")[103].

La sentencia peruana se ha apegado tanto a la teoría de ROXIN que ROTSCH, en general, opositor a ella, ha opinado que esta sentencia "bajo puntos de vista de dogmática penal (constituiría) el reconocimiento más impresionante que hubiera tenido hasta ahora la opinión –modificada– de Roxin sobre el dominio de la organización...", y que ella mostraría también "que evidentemente no sería una necesidad específicamente alemana el condenar a portadores de poder político no solamente como partícipes, sino más bien como autores" [traducción libre][104]. Este "temor reverencial" frente a la teoría de ROXIN parece haber impedido (afortunadamente) que la jurisprudencia peruana haya extendido hasta ahora la teoría del dominio de la organización a

---

[99] En la Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik N° 11/2009 (www.zis-online.com), pp. 549-690. Allí se publica también, traducida al alemán, la parte dogmáticamente más interesante de la sentencia (p. 622 y ss.). Los comentarios de distintos autores alemanes y peruanos han sido posteriormente traducidos al español y publicados en Perú por Kai Ambos e Iván Meini bajo el título "El caso Fujimori. La autoría mediata", Lima, 2010.

[100] Ibídem, p. 565 y ss. Ver también últimamente en "Dirección de la organización...", p. 53, 63.

[101] Cfr. RN 19-01-2009-AV (Lima) de 30.12.2009. Publicado en la página web de la Corte Suprema: www.pj.gob.pe/CorteSuprema/SalasSupremas/SPT/documentos/R.N.%20N%C2%BA%2019-01-2009-1.V-pdf.

[102] Ver http://historico.pj.gob.pe/intranet/archivos-subidos/sentencia_Exp_28-2001_01-10-2010.pdf.

[103] Ibídem, p. 617 y s., 660 y ss., 840.

[104] ROTSCH, ZiS 11/2009, p. 551 columna derecha.

otros casos (p. ej. al Derecho penal económico) como paradójicamente sí ha ocurrido en el país de origen de la doctrina[105].

De todos modos, esta jurisprudencia no solamente ha sido alabada, sino también criticada. Al igual que en la discusión alemana, algunos autores opinan que en el caso Fujimori II debería haberse admitido una instigación, una coautoría o incluso directamente una "autoría"[106], aunque se admite que los jueces peruanos han aplicado una doctrina defendible, usual, para condenar a quien estaba destinado a ser condenado como autor según parámetros de política criminal[107].

VII. ¿Una nueva forma de autoría como alternativa?

Pese a la discusión permanente, hoy en día, la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, por lo menos en la versión restrictiva propuesta por ROXIN (es decir, con la exigencia de que el aparato organizado de poder tenga que haberse apartado del Derecho) está muy extendida, e incluso podría decirse que constituye ya una doctrina dominante[108]. Las soluciones propuestas a los casos planteados de dominio de la organización dejan, sin embargo, un resabio desagradable; ni la autoría mediata, ni la instigación ni la coautoría parecen calzar a una modalidad de intervención delictiva, en la que el legislador (alemán) no debe de haber pensado en su momento.

Aun así, en algunos países, debido a los textos legales existentes, el tenor legal ofrece una mejor base para la solución de dichos casos. Así, en *Portugal*, se distingue entre instigación-determinación e instigación-auxilio (o instigación-cooperación); el primer caso equivaldría a un caso de autoría, mientras

---

[105] Cfr. el panorama expuesto por SCHLÖSSER sobre la reciente jurisprudencia del TFA, GA 2007, p. 161 y ss. Críticamente al respecto y c. más refs. sobre esta exagerada expansión de la doctrina, ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 2, § 25, n. marg. 129 y ss., y L.-H. a Schroeder, p. 385 y ss.; ver también, críticamente y c. más refs., HEINE en Schönke/Schröder, § 25, n. marg. 25, p. 510.

[106] HERZBERG favorece la solución de la instigación; ver ZiS 11/09, p. 580, columna derecha, al final; también ROTSCH, quien pese a alabar la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder como un "idóneo instrumento práctico de imputación de responsabilidad penal" [traducción libre], sigue pensando que dogmáticamente no resulta convincente, ZiS 11/09, p. 551, columna derecha (de manera general, ZStW 112 (2000), p. 518); JAKOBS favorece, en general la "coautoría" en el marco de su teoría de la "división vinculante de trabajo" ("Strafrecht AT", cap. 21, n. marg. 103; "Beteiligung", p. 561 y ss.), pero en el caso especial de Fujimori, quien tenía el estatus especial de un funcionario público y cuyos actos habrían sido actos funcionariales, ve JAKOBS una violación de deberes positivos (un delito especial), lo cual haría que este sea considerado como "autor"; ver ZiS 11/09, p. 574.

[107] Cfr. entre los contrarios a la doctrina de Roxin, ROTSCH, ZiS 11/09, p. 549, 551, columna derecha; JAKOBS ZiS 11/09, p. 572; entre sus seguidores, MEINI ZiS 11/09, p. 603; PARIONA, ZiS 11/09, p. 609.

[108] Ver las refs. de HEINE en Schönke/Schröder, § 25, n. marg. 25a; SCHÜNEMANN en LK, § 25, n. marg. 126, nota al pie 281, 282.

que el segundo sería uno de complicidad[109]. Esta concepción tiene un decisivo apoyo en el CP portugués[110]. Por eso, en *Portugal*, ya de lege lata puede interpretarse la disposición sobre inducción de manera tal que ella diera lugar a un auténtico "determinar" en el sentido de lo que ocurre con los casos de "autor detrás del autor"[111].

También en *Argentina* se suele interpretar el artículo 45 (autoría) del CP de 1921 (vigente aún), en el sentido de que admitiría una forma de autoría consistente en un "determinar a otro", mientras que la (simple) instigación sería una forma de "complicidad" que encajaría dentro del art. 46[112]. La regulación argentina habría seguido una tradición de anteriores regulaciones argentinas (Código de Tejedor de 1880) que se remonta al Código Penal bávaro de 1813 en su art. 45 (influido por el pensamiento de Feuerbach), que conocían esta forma de ubicar la instigación como "autoría"[113].

Por cierto que esta "autoría intelectual"[114] existía ya en el Código Penal prusiano de 1851[115]. Luego, es decisivo preguntar si la instigación-determinación puede ser entendida como una forma de autoría de manera material (lo que en Portugal sería posible incluso ya de lege lata)[116]. Algunos autores

---

[109] DE FIGUEIREDO DIAS, p. 343.

[110] Art. 26 CP portugués (autoría). "Es punible como autor quien ejecute el hecho, por sí mismo o por intermedio de otro, o tome parte directa en su ejecución, por acuerdo o juntamente con otro u otros, y aun quien, dolosamente, determine a otra persona a la práctica del hecho, siempre que haya ejecución o comienzo de ejecución" [traducción en: DE FIGUEIREDO DIAS, "La instigación como..."].

Art. 27 CP portugués (complicidad). "1. Es punible como cómplice quien, dolosamente y por cualquier forma, preste auxilio material o moral a la práctica por otro de un hecho doloso. 2. Es aplicable al cómplice la pena fijada para el autor, especialmente atenuada" [traducción en: DE FIGUEIREDO DIAS, "La instigación como..."].

[111] Así critica KÖHLER el Derecho alemán vigente, el cual solamente admite un único caso de "determinar" en la instigación, lo cual es interpretado por la doctrina penal alemana como un "provocar en otro la resolución hacia el hecho". Pero mejor debería diferenciarse entre el (auténtico) determinar a otro en su resolución criminal (o sea, la instigación determinadora de la voluntad o autoría o coautoría "intelectual") y el simple "aconsejar" o "auxiliar" en una resolución ajena; ver "Strafrecht AT", cap. 9 4.2.

[112] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, § 53 V, p. 738 y s., 754 ff.

[113] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 739.

[114] El término alemán utilizado antiguamente era "Urheberschaft", que se distingue de la "Täterschaft" actual. El primer término alemán sigue usándose en el marco de los "derechos de autor". El segundo término ha sido tradicionalmente traducido al español como "autoría" en el campo penal (hubiera sido mejor traducirlo desde el principio, de manera más apegada a la palabra germana –que deriva el término de "Tat" o sea "hecho"– como "actoría".

[115] Al respecto véase últimamente, MAIWALD, p. 283 y ss. Según la doctrina de FEUERBACH, por ejemplo, la determinación a otro por parte del autor (Urheber) ocurría a través de cuatro medios posibles: encargo (Auftrag), orden (Befehl), coacción (Drohung) y consejo (Rat); ver su "Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts", § 44, 1ra. ed. (1801) hasta la 14ta. ed. (1847). Para el art. 45 del Código Bávaro, eran autores: el ejecutor, el auxiliador necesario y el determinador; dentro de este último, entre otras modalidades, estaba el "instigador"; al respecto ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR § 52 I, p. 738.

[116] Ver en este sentido, DE FIGUEIREDO, p. 355, con ejemplos.

alemanes consideran que, para el tratamiento de los aparatos organizados de poder, resulta más justa y sistemáticamente armoniosa, la solución portuguesa, pues allí es posible tratar como autoría casos que, por el tenor legal en países de tradición germana, dan la impresión de solamente dar pie a una instigación[117].

La situación era similar en *Colombia* bajo el Código Penal de 1980 que distinguía entre autores (art. 23) y cómplices (art. 24), incluyendo en el primer grupo a la polémica figura del "determinador". Para el caso del "autor", el tenor legal solamente mencionaba a quien "realice el hecho punible", mientras que para el "cómplice" se trataba de quien "contribuya a la realización del hecho punible o preste una ayuda posterior". Luis Carlos PÉREZ criticaba el entendimiento generalizado de la doctrina colombiana en torno a la figura del "determinador": ella consideraba a éste como un "autor intelectual", mientras que nuestro homenajeado insistía que, en realidad, se trataba de una figura de participación (prevista, sin embargo, dentro del mismo artículo que se refiere a la autoría)[118]. El CP colombiano vigente del 2000 ha aclarado esta distinción básica[119] y regula ahora, por un lado, todas las modalidades conocidas de autoría en el artículo 29 (directa, mediata, coautoría, incluyendo aquí también el "actuar por otro"), y por otro lado, las figuras de participación en el artículo 30 (el tradicional "determinador" y el "cómplice", conjuntamente con una regulación específica para la penalidad del extraneus). Entonces, en la actualidad, hay un asidero legal sólido para identificar al "determinador" con el "inductor" o "instigador", tal como argumentaba Luis Carlos PÉREZ. Por lo tanto, también en Colombia, pese a la terminología utilizada por el CP (siguiendo la tradición) el "determinador" no puede tener dominio del hecho; un "determinador con dominio del hecho" solamente podría ser un verdadero autor[120]. El "determinador" colombiano, desaparecido de lege lata, pero vigente aún en la doctrina, deberá identificarse, en el sentido de lo aquí expuesto, con el instigador-auxiliador o instigador-cooperador. El problema del auténtico instigador-determinador podría dar pie a la aplicación de la doctrina del "dominio de la organización", aunque –como acertadamente observa VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ– el asunto es muy polémico y sería preferible optar por una solución legislativa[121].

---

(117) KREY/NUYS, p. 211 y ss., 223.

(118) Cfr. PÉREZ, "Manual", p. 386 y s. El término "instigador" es restringido por la doctrina colombiana a figuras específicas de la parte especial (instigación a la guerra, instigación a delinquir).

(119) Ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, "Manual", p. 582 y ss.

(120) Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, "Manual", p. 591 y s.

(121) Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, "Manual, p. 576 y ss., 578, respectivamente.

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: Informe: Perú, en: Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional, "Strafbare Mitwirkung von Führungspersonen in Straftätergruppen und Netzwerken", (próxima publicación en español); *ídem:* "Autoría y participación y la teoría de los delitos de 'infracción del deber'", en Revista Penal (España), N° 14 (julio 2004), pp. 3-23 (también publicado en la Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 17, 2005, pp. 19-51) [en esta compilación: p. 377-410].

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Autoría y participación: otra visión", L.-H. a Gimbernat, tomo 1, Madrid, 2008, pp. 733-742.

DONNA, Edgardo A.: "El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin", en: Salazar Sánchez (coord.), "Dogmática actual de la autoría y la participación criminal", Lima, 2007, pp. 253-284.

CASTILLO ALVA, José Luis: "Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización", pp. 575-640, en Jaén Vallejo/Reyna Alfaro (edits.), "Sistemas penales iberoamericanos", L.-H. a Enrique Bacigalupo, Lima, 2003.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín: "Autoría y participación en un sistema lógico-funcional", en: Salazar Sánchez (ed.), "Dogmática actual de la autoría y la participación criminal", Lima, 2007, pp. 209-251.

DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge: "La instigación como autoría. ¿Un requiem por la 'participación' como categoría de la dogmática jurídico-penal portuguesa?", L.-H. a Rodríguez Mourullo, Cizur Menor, 2005, pp. 343-357.

FEUERBACH, Anselm: "Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts", 11ra. ed. (1832), 14ta. ed. (1847).

FISCHER, Thomas: "Strafgesetzbuch und Nebengesetze", 56ta. ed., Múnich, 2009.

GARCÍA CAVERO, Percy: "Lecciones de Derecho Penal", Lima, 2008.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: "Autor y cómplice en Derecho penal", Madrid, 1996.

HEINE, Günter: en Schönke/Schröder, "Strafgesetzbuch", 28va. ed., Múnich, 2010, comentarios previos a los §§ 25 y ss., p. 473 y ss.; comentarios al § 25, p. 504 y ss.

HURTADO POZO, José: "Manual de Derecho penal. Parte general I", 3ra. ed., Lima, 2005.

JAKOBS, Günther: "Beteiligung", L.-H. a Lampe, Berlín, 2003, p. 561-575; *ídem*: "La coautoría como forma de intervención", p. 2 y ss., publicado en la página web de la Universidad Autónoma de Madrid: http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreasDerechoPenal/tablonpenal/jakobs.pdf

KÖHLER, Michael: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", Berlín, 1997.

KREY, Volker/NUYS, Marcel: "Der Täter hinter dem Täter – oder die Liebe der Strafrechtler zum Glasperlenspiel", L.-H. a Knut Amelung, Berlín, 2009, pp. 203-223.

MAIWALD, Manfred: "Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe – Zur Entstehung der Teilnahmeformen in Deutschland", L.-H. a F.-Chr. Schroeder, Heidelberg, 2006, p. 283-296;

MEINI MÉNDEZ, Iván: "La autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización", RPDJP N° 4, año 2003, Lima, pp. 261-300; *ídem*: "El dominio de la organización en Derecho penal", Lima, 2008;

MONTOYA, Iván: "La imputación de responsabilidad individual en comportamientos macrocriminales", en: Quinteros, Víctor Manuel (coord.), "Judicialización de violaciones de derechos humanos", PUCP, Lima, 2010, pp. 79-97 y ss.;

PARIONA ARANA, Raúl: "Participación en delitos especiales", L.-H. a Raúl Peña Cabrera, tomo 1, Lima, 2006, pp. 745-771; *ídem*: "El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia peruana, RPCP N° 21 (2009), pp. 385-397; *ídem*: "Autoría mediata por organización", Lima, 2009.

PÉREZ, Luis Carlos: "Derecho penal. Partes general y especial", tomo I, Bogotá, 1981.

RENGIER, Rudolf: "Strafrecht AT", Múnich, 2009.

ROXIN, Claus: "Die Abgrenzung von Täterschaft und Teinahme in der höchstrichterlichen Rechtsprechung", en: BGH-Festgabe aus der Wissenschaft, tomo IV, Múnich, 2000, pp. 177-198; *ídem:* Autoría y dominio del hecho", 7ma. ed., Madrid, 2000; *ídem:* "Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit", L.-H. a Fr.-Chr. Schroeder, Heidelberg, 2006, p. 387-400; *ídem:* "Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft", SchwZStrR 125 (2007), 1-23; *ídem:* "Dirección de la organización como autoría mediata", ADPCP 62 (2009), 51-65; *ídem:* "Organisationssteuerung als Erscheinungsform mittelbarer Täterschaft", L.-H. a Krey, Stuttgart, 2010, pp. 449-464.

SATZGER, Helmut: "Die Ausweitung der (Mit-)Täterschaft – Besornis erregende ENtwicklungen (nur) im Völkerstrafrecht?", L.-H. a Klaus Volk, Múnich, 2009, pp. 649-671.

SCHLÖSSER, Jan: "Organisationsherrschaft durch Tun und Unterlassen", GA 2007, p. 161-174.

SCHÜNEMANN, BERND: "El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro", L.-H. a Rodríguez Mourullo, Cizur Menor, 2005, pp. 981-1005; *ídem* en "Leipziger Kommentar StGB", 12da. ed., Berlín, 2007; comentarios previos a § 25 y comentarios al § 25; p. 1813-2108; *ídem:* "Schrumpfende Basis, wuchernder Überbau? Zum Schicksal der Tatherrschaftsdoktrin nach 50 Jahren", L.-H. a Claus Roxin, tomo 1, Berlín, 2011, pp. 799-817.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Manual de Derecho penal. Parte general I", 4ta. ed., Bogotá 2010.

VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: "Derecho penal. Parte general", Lima, 2006.

WERLE, Gerhard/BURGHARDT, Boris: "Die mittelbare Mittäterschaft- Fortentwicklung deutscher Strafrechtsdogmatik im Völkerstrafrecht?", L.-H. a Manfred Maiwald, Berlín, 2010, pp. 849-864.

ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro: "Derecho penal. Parte general", Buenos Aires, 2000.

Responsabilidad penal de los entes colectivos:
Una revisión crítica de las soluciones penales(*)

1. Introducción

En los últimos años se ha retomado la discusión sobre un problema que parecía decidido hace años: la responsabilidad penal de los entes colectivos(1). Hasta hace muy poco tiempo regía sin mayores objeciones, por lo menos de lege lata, un dicho considerado casi un principio inalienable: *societas delinquere non potest*. Pero esta situación ha comenzado a cambiar notoriamente desde los años 90 del siglo XX. Sobre todo debido al incremento alarmante de la criminalidad a través de empresas, así como a la consiguiente obligación contraída por los países en distintos instrumentos de Derecho internacional público, ahora la balanza se está inclinando hacia una situación exactamente contraria: se tiende al *societas delinquere et punire potest*(2). Pero los modelos recomenda-

---

(*) Texto reelaborado y ampliado a partir de las conferencias dictadas, respectivamente, en la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello (Viña del Mar) el 23 de setiembre de 2009, en el "Segundo encuentro de Derecho penal en la Finis Terrae", realizado en Punta Arenas (Chile), el 26 de setiembre de 2009, y en el VI Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología en Huaraz (Perú) el 9 de octubre de 2009. Para las publicaciones relacionadas con estas actividades, se ha entregado una versión corta del trabajo denominado: "La responsabilidad penal de las personas jurídicicas: ¿un problema del Derecho penal?". Se publicó (sin las actualizaciones referidas a las reformas chilena y española) por primera vez en la Revista Penal (España) N° 26 (2010), pp. 3-45 y en la Revista Penal (México), INACIPE, N° 3, pp. 9-58.

(1) En la discusión dogmática penal y en el análisis del Derecho contravencional, se utiliza el término *persona jurídica, agrupaciones* o, de manera incluso más restrictiva para referirse a delitos económicos, a *empresas* (Unternehmen). En ambos casos, se reconoce que el término "persona jurídica" sería equivalente al utilizado en el Derecho civil y comercial. En todo caso, en la doctrina se discute aún sobre el término más adecuado; al respecto ver HEINE (quien siguiendo en esto la jurisprudencia comunitaria prefiere el término "empresa" en un sentido económico), c. más refs., p. 56 y s. Por eso, aquí se prefiere emplear en adelante sobre todo el término "ente colectivo" para englobar a personas jurídicas y otras agrupaciones de personas que actuaren como un colectivo aunque no hubieran sido reconocidas aún expresamente por la ley.

(2) Esta tendencia es observada por los distintos autores, entre otros, p. ej. TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht AT", p. 135 y s., n. marg. 242; CRAMER/HEINE en Schönke/Schröder, vor §§ 25 ff., n. marg. 121 y ss., p. 522 y s.; ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, n. marg. 61, p. 263; GROPP, n. marg. 20, p. 112 y s. Compárese, por ejemplo, la situación internacional que describe HEINITZ hasta mediados de los años 50 del siglo XX, y se observará que, salvo en los países anglosajones, había un pleno dominio del "societas delinquere non potest", ver 40. DJT, tomo 1, p. 76 y ss.

dos por la doctrina son distintos (ver en 9.1), así como son distintas las soluciones que se han introducido últimamente en aquellas legislaciones que han optado por incluir la responsabilidad penal. Así, se observa desde una solución auténticamente penal (introducción de normas de las partes general y especial, referidas a las personas jurídicas) hasta soluciones consideradas equivalentes a ésta (responsabilidad contravencional, responsabilidad penal subsidiaria) para llegar a una responsabilidad *sui generis* fuera del Derecho penal. Estos desarrollos y algunas de sus consecuencias serán analizados a continuación.

Hay que advertir, sin embargo, que el tema es demasiado complejo como para tratarlo aquí en todas sus variantes. Solamente se podrá, con ayuda de un breve estudio histórico-dogmático, tratar de develar el problema de fondo (la diferencia de la naturaleza del sujeto de Derecho) para, luego de una revisión crítica de algunos de los planteamientos y desarrollos legislativos, proponer el bosquejo de una solución particular con miras a una mejor regulación legal futura de aquellas actividades de los entes colectivos que, materialmente, podrían equivaler a un delito tradicional por constituir un grave ataque contra un bien jurídico importante y que, por razones preventivas, puedan merecer una sanción de contenido penal o equivalente a ésta.

2. Planteamiento del problema

2.1. Antecedentes históricos. Situación en el siglo XX

En contra de lo que se pueda creer, el reinado del "societas delinquere non potest" ha sido relativamente breve. Si se descarta la época romana y la anterior a ella, en la cual se desconocían los conceptos "corporación" y "persona jurídica"[3], durante el medioevo y hasta épocas muy recientes (finales del siglo XIX, en algunos casos incluso hasta principios del siglo XX) regía precisamente lo contrario: los "entes colectivos" o "corporaciones" podían ser hechos penalmente responsables por una serie de delitos. En aquella época se vio la "necesidad política" de penar a los colectivos de entonces (básicamente, los "municipios o comunas", ciudades, congregaciones religiosas, más tarde también las universidades) por "delitos rurales" (destrucción, invasión, de tierras), o no uso de monedas o uso de medidas no aprobadas, o cualquier otra conducta considerada como grave atentado contra intereses del poder jerárquico correspondiente (el rey, el emperador,

[3] HEINITZ, c. más refs., 40. DJT, tomo 1, p. 67 y s., HIRSCH, p. 599. Existen autores que defienden la tesis contraria basándose en una cita de Ulpiano que recogería la responsabilidad penal de comunas por acciones fraudulentas de sus miembros, pero, como sostiene la mayoría de los historiadores, se habría tratado de una solución a un caso concreto; ver HEINITZ, c. refs. sobre la discusión, 40. DJT, tomo 1, p. 68.

la Iglesia)[4]. Las "penas" contra estos colectivos eran de distinto tipo. Además de las penas pecuniarias, también era posible la toma de rehenes, ejecución de personas, saqueo de ciudades, supresión de privilegios, etc.[5]

Históricamente, se suele considerar al Papa *Inocencio IV* como el primer teórico de la doctrina "societas delinquere non potest", cuando en el Concilio de Lyon de 1245, en contra de la mayoría de los canonistas, defendió (infructuosamente) la tesis de que la "universitas" (la corporación de entonces, o sea el ente colectivo), a diferencia de los "singuli" no tendría capacidad para cometer delitos y, por lo tanto (lo que motivaba la discusión en el Concilio), no sería posible la excomunión de ellas[6]. Pero se impuso la tesis contraria que sostenía, con distintas argumentaciones o modelos, la responsabilidad penal de las "corporaciones"[7]. El trasfondo (la necesidad política) de este "triunfo doctrinario" fue el marco de la lucha de poderes e intereses entre los príncipes, la Iglesia y las "corporaciones" (ciudades, órdenes religiosas, gremios)[8]. Por eso, durante toda la Edad Media, la "responsabilidad penal de las corporaciones" constituyó la regla general, mientras que la "teoría de la ficción" de los romanistas que fundamentaba el "societas delinquere non potest" constituía doctrina minoritaria con un mero interés teórico.

Pero desde principios del siglo XIX empieza a desaparecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas de las leyes penales, así como de sus defensores en la doctrina[9]. Para explicar este cambio, en la doctrina se plantean muchas razones. Una de ellas, es sin duda, la desaparición paulatina de la "necesidad política de pena": al haberse consolidado el poder en pocas manos (las del monarca), ya no se necesitaba utilizar el poder penal contra entes colectivos y, por ello, la antes descartada "teoría de la ficción" fue esgrimida (entre otros por Savigny) y acogida con facilidad prácticamente en toda Europa[10].

---

[4] Ver con distintos ejemplos del medioevo, sobre todo los referidos en los estatutos comunales italianos, MARINUCCI, "La responsabilidad...", p. 1175 y ss. Cfr. también TIEDEMANN, "Nuevas tendencias...", p. 91.

[5] C. más refs. MARINUCCI, "La responsabilidad...", p. 1177 y s.

[6] C. más refs. ver HEINITZ, 40. DJT, tomo 1, p. 68; HIRSCH, p. 599; MARINUCCI, "La responsabilidad...", p. 1183 y s.; ARROYO ZAPATERO, p. 17 y s.

[7] Ver la exposición de las tesis de Oldradus, Bartolus, Bassianus y otras en HEINITZ, 40. DJT, tomo 1, p. 68 y ss.; también, en parte, ENGISCH, aunque enfatizando en los esfuerzos que ponían por excluir la responsabilidad de terceros inocentes, 40. DJT, tomo 2, p. E 8.

[8] Cfr. HEINITZ, 40. DJT, tomo 1, p. 69 y ss., con ejemplos.

[9] En Alemania, mientras a mediados del siglo XVIII casi todos los manuales de Derecho penal afirmaban la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mientras que a principios del siglo XIX, la mayoría estaba en contra; c. más refs., HEINITZ, 40. DJT, tomo 1, p. 71.

[10] HIRSCH, p. 600; HEINITZ, 40. DJT, tomo 1, p. 70 y ss.

Pero no hubiera bastado con este terreno abonado para un cambio jurídico tan radical. La verdadera "individualización" (subjetivización) del Derecho penal en el Derecho europeo continental comenzó recién tras el triunfo de la revolución francesa y la "exportación" del sistema legal a través de las conquistas napoleónicas, lo cual no solamente llevó a colocar a la "culpabilidad" individual en el centro de la imputación penal, sino también a crear nuevas formas de responsabilidad y concentrar su tratamiento legal en otras áreas del Derecho como el civil o el administrativo[11]. A partir de entonces, cuando se producían perjuicios sensibles para la sociedad, se concentró en el Derecho penal el "castigo" de los individuos, mientras que el Derecho civil pasó a ocuparse de regular las indemnizaciones por tales daños[12]. Es decir, se trató, en su momento de una decisión político-criminal, favorecida por la situación política en Europa, para descriminalizar la responsabilidad colectiva sobre la base de las ideas individualistas del siglo de las Luces, aunque con los efectos (queridos o no) de favorecer el desarrollo económico[13], lo cual se impuso en las legislaciones de Europa continental debido a la coyuntura política del dominio francés en la época napoleónica.

Y en este terreno abonado, la ciencia penal recogió la antigua tesis de la "ficción" para apoyar este desarrollo. En la ciencia penal alemana, a finales del siglo XVII, el profesor alemán de Erlangen, MALBLANC, dio el impulso doctrinario al "societas delinquere non potest" con su breve, pero influyente escrito: "Observationes quaedam ad delicta universitatum spectantes"[14]. A partir del siglo XIX, uno a uno, los doctrinarios alemanes fueron reconociendo la validez de este principio, de entre los cuales destacó, sobre todo SAVIGNY quien, acogiendo el pensamiento de Inocencio IV, difundió la "teoría de la "ficción"[15]. A partir de entonces, se consolida la visión individualista del sujeto del Derecho penal, sobre cuyas bases se construyen las categorías hasta ahora predominantes[16].

---

[11] Para Alemania, HIRSCH observa el paralelo de los inicios de la marcha triunfal de la responsabilidad penal individual con la difusión de las tesis de Kant referidas a su concepto de pena vinculado con la personalidad moral de las personas; p. 610.

[12] Cfr., c. más refs. HURTADO/MEINI, "Las personas jurídicas...", p. 73 y s.; BAIGÚN, p. 2 y s.

[13] Cfr. HURTADO/ MEINI, "Las personas jurídicas...", p. 75; BAIGÚN, c. más refs., p. 1 y ss. Según BAIGÚN, si bien la concepción liberal resultaba apta para los inicios de la sociedad mercado, ya entonces se notaba que llevaba a cimentar la selectividad (marginación del área de protección de los sujetos no propietarios) y la impunidad de las corporaciones, y también que atentaba contra las reglas del mismo sistema capitalista (libre juego de la oferta y la demanda); ver p. 2.

[14] Cfr. HEINITZ, 40. DJT, tomo 1, p. 71; ENGISCH, 40. DJT, tomo 2, p. E 8 y s. Las objeciones de Malblanc eran las mismas que se habían argüido tradicionalmente: incapacidad de culpabilidad e incapacidad de pena; ver en HEINITZ, 40. DJT, tomo 1, p. 71.

[15] Cfr. ENGISCH, 40. DJT, tomo 2, p. E 9. MARINUCCI, "La responsabilidad...", p. 1179 y s.; ABOSO/ABRALDES, p. 10 y ss.

[16] Cfr. convincentemente destaca esto BACIGALUPO SAGGESE, p. 16 y ss.

Esta explicación del triunfo del "societas delinquere non potest" adquiere mayor fuerza cuando se observa lo que vino después. Y es que, cuando ya desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX era notoria la creciente expansión de las empresas y su influencia en la vida social (aparición de una necesidad político-criminal), en Europa continental no se retornó a la punibilidad de las "personas jurídicas". Pese al "detonante" que debió haber significado (como sí lo fue en Inglaterra y los EEUU) la revolución industrial, el Derecho penal continuó con la irresponsabilidad penal de los entes colectivos. No fue suficiente el que en la doctrina ya había tomado gran impulso la "teoría de la realidad", ni que se notara la creciente influencia de las grandes empresas, o el clamor de numerosos juristas que exigían la punibilidad de los entes colectivos[17]. En parte se explica esta actitud del legislador europeo-continental a través de variados factores como la fuerza de la tradición jurídica, la influencia de grupos de poder, el incipiente desarrollo industrial, etc., pero sobre todo, porque entonces y hasta hace muy poco había faltado el "detonante político", tal como en su momento significó la revolución francesa.

En los países anglosajones, sucedió algo distinto, explicable también a través de distintos factores. En Inglaterra, donde anteriormente y en contra de los desarrollos del continente predominaba aún la "teoría de la ficción", es decir, la irresponsabilidad penal de la persona jurídica[18], recién por influencia de la revolución industrial, poco a poco desde mediados del siglo XIX se fue reconociendo una responsabilidad auténticamente penal de las grandes empresas (corporaciones), sobre todo las ferroviarias[19]. Esta tradición jurídica fue trasladada a sus colonias. En los EEUU, donde se manifestó un gran impulso industrial desde finales del siglo XIX y principios del XX, también se vio la necesidad de introducir la responsabilidad penal de las "corporations",

---

[17] Al respecto, c. más refs. sobre los distintos autores europeos que defendieron la punibilidad de los entes colectivos en el Congreso de Derecho Penal de Bucarest de octubre de 1926 (Mommaert, Gunsburg, Roux, Longhi, Ettinger, Radulesco), así como de otros autores alemanes (Kohler, Jellinek, Max Ernst Mayer), ver en HEINITZ, 40. DJT, tomo 1, p. 71 y ss.

[18] Cfr. MARINUCCI, "La responsabilidad...", p. 1183 y s. La responsabilidad legal de las agrupaciones se hizo necesaria en el aspecto civil; ante la indefinición del concepto "grupo" y la rigidez del de "corporación", se recurrió a la teoría de la ficción para crear el término "incorporate person", la cual era titular de derechos y destinatario de deberes, pero como creación normativa no podía cometer pecados ni crímenes.

[19] Se trató de casos en los que se hizo responsables, por ejemplo, a un municipio por "omitir la reparación de un puente o una calle, a empresas ferroviarias por "omitir" el haber construido un puente para unir terrenos separados por la línea del tren, o a "corporaciones" por "cometer" la alteración del orden de las calles, daños a la propiedad pública, obstrucción de la navegación fluvial, emisiones tóxicas, etc. Ver los casos y las refs. en MARINUCCI, "La responsabilidad...", p. 1184 y s.; c. más refs. también HIRSCH, p. 600, nota 9. Es interesante que el legislador inglés, ya muy temprano dio reconocimiento legislativo expreso a la responsabilidad penal de las personas jurídicas al emitir la "Interpretation Act" de 1889 (section 2), en la cual se aclaró que el término "person" utilizado en textos anteriores debería incluir a las "corporaciones", salvo intención contraria de la ley; ver con refs., MARINUCCI, p. 1185 y s.

y se dieron varias leyes que así lo preveían: la Sherman Act de 1890, la Elkins Act de 1903, la Federal and Drugs Act de 1906. Y aunque hubo resistencia, e incluso objeciones a su legitimidad constitucional, la Corte Suprema acabó reafirmando la "necesidad política" de tal decisión legislativa: las "corporations" realizaban ya entonces la mayoría de las transacciones comerciales y se veía en lo penal el único medio de control efectivo y de corrección de abusos[20].

Ahora bien, esto no quiere decir que durante las últimas décadas, mientras reinaba en Europa continental y países de la misma cultura jurídica el "societas delinquere non potest", en la ciencia penal no tuviera presencia aún la tesis contraria. Esta doctrina minoritaria se apoyaba sobre todo en la "teoría de la realidad", iniciada por Otto VON GIERKE en su conocida obra "Das deutsche Genossenschaftsrecht", tomo III, (1881)[21]. Entre otros, Franz VON LISZT, ya desde la primera edición de su *Manual de Derecho penal*[22], defendía la posibilidad y necesidad de introducir la responsabilidad penal de las "personas colectivas" (o "corporaciones" o "personas jurídicas") con argumentos que repitió hasta las últimas ediciones de sus manuales[23] y que fueron acogidas luego por la doctrina alemana.

Pero aún así, durante casi todo el siglo XX, predominó tanto en las leyes como en la doctrina europeo-continental la tesis del "societas delinquere non potest". Un primer llamado de atención en la dirección contraria provino de una disciplina distinta, aunque emparentada con el Derecho penal. Durante mucho tiempo, la *Criminología* había enfocado su análisis de la etiología del delito en el "delincuente". Para ello buscó la explicación en ciertas características individuales propias de personas de las llamadas clases sociales bajas, que era la que tradicionalmente cometía los llamados delitos violentos. Cuando el interés se orientó ya no hacia la persona sino hacia el acto, entró a tallar el "perjuicio social" y, con este, los delitos correspondientes así como los sujetos implicados en ellos. Es así que las investigaciones criminológicas

---

[20] Cfr. en MARINUCCI, "La responsabilidad...", p. 1186.

[21] Cfr. entre otros, c. refs. HIRSCH, p. 600 y s.; HEINITZ, 40. DJT, tomo 1, p. 71, 84; BACIGALUPO SAGGESE, p. 17 y s.; ABOSO/ABRALDES, p. 14 y ss. También; c. refs. ENGISCH, 40. DJT, tomo 2, exponiendo primero la teoría (p. E 9 y s.) y sometiéndola luego a una fuerte crítica (p. E 17 y s.).

[22] La primera edición es de 1881 y se denominaba todavía "Derecho penal del imperio alemán" (en adelante se denominará "Manual de Derecho penal alemán"), ver p. 100 y s. Allí trataba el tema dentro del capítulo de la "culpabilidad" (capítulo IV); en las ediciones posteriores lo trató al principio (capítulos 26, 27 o 28) cuando analizaba al "sujeto del delito".

[23] Las últimas ediciones (desde la vigésimo primera hasta la vigésimo quinta) del libro de VON LISZT (quien falleciera en 1919) fueron revisadas por EBERHARDT SCHMIDT (desde 1919 hasta 1927) y no han cambiado prácticamente la argumentación en lo referente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Repetidamente han enfatizado que la responsabilidad de las "corporaciones" sería "tan posible como adecuada"; ver p. ej. 2da. ed. (1884), p. 103 y s.; 4ta. ed. (1891), p. 126; 25. ed. (1927), p. 153.

de las últimas décadas del siglo XX, impulsadas decisivamente por el norteamericano Donald SUTHERLAND, han dedicado especial interés a los "delitos económicos"[24]. Con ello hace su aparición el *Derecho penal económico*, subdisciplina del Derecho penal, dentro del cual se analiza un grupo de delitos estrechamente vinculado con el funcionamiento del sistema económico. Debido a la inevitable interrelación entre el Derecho penal y el extrapenal (los distintos Derechos relacionados con temas económicos), resultó inevitable también que se comenzara a analizar a la "empresa", o sea, al "ente colectivo". Por ello, la criminología que analiza el delito económico no puede prescindir de las empresas (personas jurídicas), las cuales tienen una actuación decisiva en la vida económica, más importante aún que la de las personas individuales. En el campo del Derecho penal económico, se ha comprobado una y otra vez que la persona jurídica participa, ya no como excepción, sino como regla general en la comisión de los delitos[25].

En los últimos años, el incremento de la llamada "criminalidad organizada", así como la constatación de que una serie de delitos (lavado de dinero, fraudes tributarios, delitos ambientales, etc.) son cometidos a través de o con ayuda de empresas, ha hecho reflexionar a la ciencia penal y ha motivado al legislador a buscar el control de esta criminalidad a través de una solución "penal" más efectiva en el sentido de una responsabilidad penal directa de los entes colectivos (ver 3.3).

2.2. Fundamentos del "societas delinquere non potest"

La dogmática penal actual de aquellos países que no han previsto reglas específicas de imputación penal para las personas jurídicas reconoce unánimemente que no es posible *de lege lata* imputarles una responsabilidad penal directa[26]. Las razones tradicionalmente argumentadas son las que ya se han visto en el repaso histórico precedente y que pueden resumirse de la siguiente manera[27]:

---

[24] Incluso un detractor de la punibilidad de los entes colectivos como ERNST HEINITZ, destaca como valiosos los resultados de las investigaciones empíricas de Sutherland: la necesidad de pena para las empresas cuando se tratare de que son típicos de ellas, como los delitos económicos (en los delitos comunes interesaría más bien, la reparación del daño y la indemnización), la ausencia de elementos subjetivos en los delitos de cuello blanco, la previsión de presunciones de culpabilidad, la tendencia a imponer medidas de aseguramiento en vez de penas, etc. De esto concluye la falta de necesidad de pena para los entes colectivos, salvo en cuanto a los delitos económicos; ver 40. DJT, tomo 1, p. 82 y s., 90.

[25] Cfr. TIEDEMANN, "Nuevas tendencias...", p. 92.

[26] Cfr. la exposición de esta discusión en SCHÜNEMANN, LK StGB, vor § 25, n. marg. 20 y ss., p. 1835 y ss.; EIDAM, "Unternehmen und Strafe", n. marg. 902, 904, p. 263 y s.; CRAMER/HEINE en Schönke/Schröder, vor §§ 25, n. marg. 119, p. 522; DANNECKER, "Zur Notwendigkeit...", p. 107 y ss.; TIEDEMANN, "Responsabilidad penal...", p. 36 y ss., también en "Nuevas tendencias...", p. 101 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, c. más refs., "Derecho penal económico", p. 155 y s.; ABOSO/ABRALDES, p. 19 y ss.

[27] Estos argumentos fueron recogidos, modernamente, después de la Segunda Guerra Mundial, cuando se comenzó a discutir sobre esta problemática en Alemania y se han mantenido, con ligeros cambios, hasta la actuali-

a) Inexistencia como "persona" del ente colectivo. Por ello, no podría ser sujeto de imputación penal.

b) Falta de "capacidad de acción". Debido a que la acción típica solamente puede ser realizada por individuos, el ente colectivo de lege lata no tendría capacidad de acción. En efecto, el sistema penal europeo-continental está construido bajo el presupuesto de que los tipos sean cometidos a través de "conductas humanas" vinculadas a determinada subjetividad de ellas mismas (dolo o imprudencia).

c) Incapacidad de culpabilidad. El tradicional "juicio de reproche", construido para los individuos, sobre el que descansa la culpabilidad (por exigibilidad de una conducta conforme a derecho) sería incompatible con la naturaleza de los entes colectivos.

d) Imposibilidad de ser sujeto de una "pena" (en especial: la privación de libertad). El catálogo de penas previstas para los individuos sería imposible de cumplir en las personas jurídicas: privación de libertad, interdicciones de todo tipo. Y los fines de la pena (prevención especial) no tendrían sentido en ellas, pues la resocialización está pensada para individuos. A estas críticas se aúna también la que observa que una "pena" a una persona jurídica (p. ej. la clausura o cierre temporal de la empresa) afectaría a "terceros" inocentes: p. ej. los accionistas, los acreedores, los trabajadores.

e) Incapacidad procesal. Muchos actos procesales (p. ej. declaraciones, prisión preventiva) no podrían cumplirse con la persona jurídica.

f) Falta de necesidad político-criminal. Debido a la existencia de medidas civiles y administrativas que sí pueden dirigirse contra las personas jurídicas, no habría necesidad de recurrir al Derecho penal.

Aunque mayoritariamente las leyes penales de los países con un sistema europeo-continental no hayan rechazado de manera expresa la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sus instituciones y conceptos han sido evidentemente construidos a partir de la acción y la responsabilidad individual. Es por eso que, para negar de lege lata la responsabilidad penal autónoma de

---

dad; ver sobre la tendencia de la doctrina y jurisprudencia de los años de Posguerra en Alemania, SCHOLZ, c. más refs. p. 436, columna izquierda; v. también los argumentos de Heinitz, Engisch y Hartung en la 40ma. Jornada Alemana de Juristas, más abajo en 2.5. Entre otros, todavía argumentan de manera similar, aunque con distinta acentuación, VON FREIER, quien destaca los efectos nocivos hacia terceros, p. 102 y ss., 114 y ss.; JAKOBS, para quien la imputación de la "acción" a la persona natural "representante" tendría que excluir la de la persona jurídica representada, "Strafbarkeit...", p. 562 y ss., 575; MIR PUIG, "Una tercera vía...", p. 365 y ss. 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", p. 156 y s.; también en TIEDEMANN, "Nuevas tendencias...", p. 10 del manuscrito (punto III).

los entes colectivos, pueden invocarse muchos principios y reglas que evidentemente han tomado como presupuesto la irresponsabilidad penal de las empresas: la prohibición de la "responsabilidad objetiva", la "función resocializadora de la pena", la regla del "actuar por otro".

2.3. Soluciones (insuficientes) de lege lata a los vacíos de punibilidad

Pero hasta la llegada de una verdadera responsabilidad penal (o cuasi penal) mediante una reforma legal, los aparatos de administración de justicia tenían que dar solución a los problemas que se les plantean cotidianamente en el quehacer judicial. La jurisprudencia ha tratado de superar algunos problemas mediante la interpretación (polémica) de las leyes existentes[28].

Un problema práctico muy importante surgió en aquellos casos de *delitos especiales* en los cuales el tipo penal exige determinados elementos personales para la autoría, y estos elementos recaen en un tercero (persona natural o jurídica) que no ha sido precisamente quien ha ejecutado personalmente el hecho delictivo. Debido a que la doctrina y jurisprudencia siguen la teoría del "dominio del hecho" para afirmar la autoría, y en los "delitos especiales" tal dominio solamente podría tenerlo una persona determinada con la cualidad exigida por el tipo (el intraneus), cuando en la práctica tal cualidad recaía en otro, en un ejecutor del delito que no reunía la cualidad (el extraneus), surgía aquí un problema de imputación de la autoría. Es por ello que en 1968 se introdujo en Alemania la *cláusula del actuar por otro* (antes, art. 50a; actualmente art. 14 StGB)[29], que ha sido tomada por modelo (con distinta redacción) en algunas legislaciones penales del mundo[30]. Mediante esta regla se pretende extender la punibilidad para abarcar, dentro del tipo y como autor, a aquellos que realizaren los elementos del tipo cuando estos elementos (por tratarse de delitos especiales) recayeren en una persona distinta de la que lo hubiera ejecutado. Es lo que en la doctrina alemana se denomina "desplazamiento de la responsabilidad hacia abajo" o "responsabilidad del representante", y su función consiste en ampliar la posibilidad de sancionar como autor a aquellos que realizaren los elementos de un tipo penal determinado, aunque no reunieren

---

[28] Ampliamente al respecto, y con especial referencia a la criminalidad de empresas, SCHÜNEMANN, FG-BGH, p. 621 y ss.

[29] Sobre los antecedentes históricos de esta disposición ver, c. más refs. SCHÜNEMANN, en LK StGB, § 14, p. 878 y s. (Entstehungsgeschichte) y, con un análisis de la discusión de trasfondo que motivó la introducción de la disposición, n. marg. 1 a 3, p. 881 y ss.

[30] En Europa, sobre todo por España (art. 31) y Portugal (art. 12); al respecto y sobre otros países europeos (que no conocen la cláusula) ver los comentarios de SCHÜNEMANN en LK StGB, § 14, n. marg. 80 y ss., p. 934 y ss. Pero la influencia también se muestra en otros países no europeos como Perú (art. 27 Código Penal de 1991) o Colombia (art. 29, párrafo tercero del Código Penal de 2000). Últimamente también se prevé una cláusula equivalente ("representación") en el art. 27 del Anteproyecto de Parte general del CP boliviano; ver en www.cienciaspenales.net de julio de 2009.

los elementos personales que aquel exigiere quien, según la ley, es el destinatario de la norma[31].

En la doctrina, no hay discusión en interpretar que la finalidad principal de la disposición ha sido la de tratar de evitar vacíos de punibilidad cuando se tratare de *delitos especiales* y el delito fuere ejecutado por personas (individuales) que tuvieren una relación de representación (legal, empresarial) con la representada (persona natural, persona jurídica, agrupación con capacidad jurídica)[32]. Pero sí hay discusiones en cuanto a la interpretación y aplicación de los elementos de la norma. Entonces, cuando los elementos típicos (cualidades personales, situaciones o circunstancias especiales) de un delito especial recayeren en una persona distinta de aquella que ejecutara el delito, el art. 14 permite abarcar también como autor del ejecutor-representante ("responsabilidad por representación"), pero solamente en los siguientes casos: cuando la representada fuera una "persona jurídica" y el actor fuera un "órgano facultado para representarla" o de un "miembro de dicho órgano" (primer párrafo, número 1), cuando la representada fuere una "sociedad de personas con capacidad jurídica" y el actor un "socio facultado para representarla" (primer párrafo, número 2), y cuando se tratare del "representante legal" de otro (primer párrafo, número 3).

Ahora bien, la cláusula del actuar por otro no está destinada a solucionar expresamente el problema de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas. En cuanto a estas, solamente llena un vacío posible cuando el hecho punible fuera realizado por un "representante" y la cualidad típica recayera en la persona jurídica (deudor tributario, empleador, etc.). Pero hay más problemas. Como los elementos de la cláusula del "actuar por otro" son interpretados según el Derecho Civil (en el cual sí es posible la analogía); se producen una serie de *vacíos de punibilidad* cuando se trata de penar al representante y a los titulares de la empresa[33]: la responsabilidad del representante se restringe al ámbito empresarial, se exige una orden expresa, se exige que el sustituto tenga un ámbito de responsabilidad propio, y se descartan las acciones de "exceso" (la ley dice expresamente "actuar como órgano", "con motivo de un mandato"). Además, como ocurre en muchas empresas, las llamadas *decisiones colegiadas*, tomadas usualmente por mayoría simple, plantean muchos problemas de imputación de la responsabilidad penal individual de cada miembro del colegiado. Las decisiones colegiadas en el marco de una empresa (p. ej. el Directorio de una sociedad anónima) pueden llevar a una "acción" u "omisión" de

---

[31] Cfr., entre otros, SCHÜNEMANN, para quien se trata aquí de la tipificación de un caso de "posición de garantía", en LK StGB, § 14, n. marg. 1, 881, n. marg. 20 y ss., p. 895 y ss.; LENCKNER/PERRON en Schönke/Schröder, § 14, n. marg. 1 y ss., 8 y ss., p. 241 y s., 244 y ss.; TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht AT", n. marg. 241a, p. 134 y s.

[32] Cfr. TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht AT", n. marg. 241b, p. 135; SCHÜNEMANN, en LK StGB, § 14, n. marg. 3 y ss.

[33] Cfr. SCHÜNEMANN en LK StGB, § 14, n. marg. 83 y s., p. 939.

la empresa con consecuencias lesivas para bienes jurídicos (p. ej. ordenar la ejecución de obras que contaminen el ambiente, omitir la retirada del mercado de un producto nocivo), pero penalmente la imputación solamente podrá hacerse de manera individual a cada uno de los miembros del órgano[34]. Aquí se discute vivamente sobre todo en cuanto a la responsabilidad penal culposa de aquellos que votaron en contra o se abstuvieron de votar (p. ej. por inasistencia), pero que no emprendieron nada para impedir la ejecución de la decisión colegiada[35].

En otros casos, podría ocurrir que un mandato o una omisión de un director o un superior jerárquico de un ente colectivo, pudiera llevar a que un subordinado cometiera un hecho con consecuencias penales, ante lo cual la ley parece prever solamente la responsabilidad, como autor, de este último ("dominio del hecho"). Los hechos son especialmente graves cuando se trata de delitos contra la vida y son cometidos en el marco de organizaciones gubernamentales ilegítimas, organizaciones criminales y estructuras mafiosas. Especialmente para estos casos la doctrina creó una figura que últimamente ha sido aplicada (extensivamente) por los tribunales alemanes a los delitos económicos. Así, en algunos casos recientes se ha aplicado la teoría de la *autoría mediata a través de aparatos organizados de poder* para sancionar penalmente como "autor mediato" a los directivos de una empresa que hubieran dado instrucciones a sus subordinados (incluso si se tratare de instrucciones de carácter general) para realizar hechos que constituyeren delitos. Como es sabido, esta teoría fue propuesta por Claus ROXIN a fin de abarcar, como autor mediato, a quienes hubieran dado órdenes a subordinados (el caso inicial fue el de los crímenes de guerra nazis) para realizar delitos. Para reconocer aquí una teoría mediata, se exigía y exige aún la existencia de un "aparato de poder" que actúe de manera "desapegada del Derecho" a través de subordinados, los cuales serían piezas intercambiables; por eso, esta teoría, que amplía normativamente la autoría mediata, se restringe a casos de dictaduras estatales, grupos terroristas y mafias[36]. Por eso, se ha criticado aquella jurisprudencia alemana

---

[34] A pesar de todo, parte de la doctrina ve desde la sentencia en el caso "Lederspray" (BGHSt, tomo 37, p. 106 y ss., 114) un reconocimiento jurisprudencial de la "capacidad de acción" de la persona jurídica (empresa), aunque esta sea empleada luego para imputar responsabilidad penal a personas individuales; al respecto, TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht AT", n. marg. 243, p. 136; con refs. y un análisis crítico de lege lata, ver SCHÜNEMANN en FG-BGH, p. 623 y s.

[35] Hay dos posiciones actualmente definidas: unos consideran la punibilidad de estos sujetos por "coautoría culposa"; otros deniegan esta posibilidad de lege lata por falta de plan común (que parece exigir el art. 25, segundo párrafo StGB) y señalan que de todos modos entraría a tallar una "autoría accesoria"; sobre estas posiciones ver resumidamente en FISCHER, quien toma partido por la segunda posición, c. más refs., n. marg. 26, p. 246; también, centrando la discusión en problemas de causalidad, c. más refs., SCHÜNEMANN en FG-BGH, p. 633 y s.

[36] Cfr. ROXIN, exponiendo y criticando las nuevas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales, "Strafrecht AT", tomo 2, n. marg. 105 y ss., p. 46 y ss.; también sobre la aplicación de esta teoría a las empresas ve ampliamente, c. más refs., SCHÜNEMANN, FG-BGH, p. 628 y ss.

que ha extendido la autoría mediata a delitos cometidos en el marco de empresas[37]; para estos casos se suele proponer más bien la solución a través de la "coautoría" o la "inducción"[38]. De todos modos, tampoco puede hablarse aquí de una verdadera responsabilidad penal de los entes colectivos; la imputación penal sigue refiriéndose a personas naturales, aunque se tome para ello, como referencia, el funcionamiento de las organizaciones empresariales (dominio de la organización).

Por lo menos con la finalidad de evitar injusticias y tras agotar todo el instrumental técnico que ofrece la dogmática penal tradicional basada en la responsabilidad individual, se ha propuesto (y en parte ha sido admitido por la jurisprudencia) construir una ***responsabilidad penal por omisión del empresario***[39]. La "posición de garantía" del empresario (los directivos y gerentes) suele ser admitida sin problemas en tanto las personas encargadas de la producción y distribución de productos industriales sean conscientes de los riesgos que su actividad genera para los bienes jurídicos involucrados (p. ej. la salud, el medio ambiente) y, en el marco de la organización jerárquica de la empresa, tengan el dominio sobre las personas subordinadas que realizaren las actividades ejecutivas. Pero en la práctica es difícil de constatar la efectiva violación de un deber de actuar (la omisión), pues deberá probarse que el empresario no había adoptado las medidas necesarias e idóneas (medidas de seguridad complementarias y medidas de salvamento) para evitar el resultado lesivo. Además, la concreción práctica de los deberes empresariales es muy complicada, incluso si se quisiera establecer un núcleo basándose sobre todo en la legislación mercantil, motivo por el cual la doctrina penal ha tratado de dar pautas definidoras de esta posición de garantía empresarial[40]. Por último, se debe reconocer que no sería posible la imputación penal al empresario allí donde el deber quede excluido por haber existido una "delegación" del deber; algo que es posible en las grandes empresas, sea que se realice de manera consciente (irresponsabilidad organizada) o inconsciente.

---

[37] Al respecto, c. refs. sobre la discusión doctrinaria, TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht AT", n. marg. 241, p. 133 y s.; también SCHÜNEMANN en LK StGB, § 25, n. marg. 130 y ss.; FISCHER, c. jurisp., n. marg. 7 y ss., p. 235 y s.; HEINE, c. más refs., "Modelos de responsabilidad...", p. 28 y s. Se critica sobre todo que, en el caso de los delitos cometidos a través de empresas comerciales faltarían dos requisitos básicos del "dominio del aparato de poder": la fungibilidad del instrumento y el apartamiento del Derecho; el superior jerárquico solamente podría ser "inductor"; ver ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 2, n. marg. 129 y ss., p. 55 y ss.

[38] Ver las referencias doctrinarias que proponen soluciones distintas a la actual jurisprudencia en FISCHER, n. marg. 8, p. 236 y s.

[39] Al respecto puede consultarse la reciente monografía, con más refs. y jurisp. de DEMETRIO CRESPO, "Responsabilidad penal por omisión del empresario"; allí esp. p. 159 y ss.

[40] Cfr. c. más refs. DEMETRIO CRESPO, p. 160 y ss.

Una última posibilidad de solución "tradicional" (en el sentido de centrada en la responsabilidad penal individual) está en tratar de subsumir la criminalidad empresarial en aquellos tipos penales referidos a la ***criminalidad organizada***. El tipo básico correspondiente recibe distintas denominaciones. Así en Alemania se tiene el tipo penal de *formación de agrupaciones criminales* (art. 129 StGB) y los tipos específicos referidos a la *formación de agrupaciones terroristas* dentro del país (art. 129a StGB) y en el extranjero (art. 129b StGB). Los dos últimos casos constituyen tipos agravados del primero. En todos los casos se trata de "agrupaciones" (reunión permanente de un mínimo 3 personas, según la interpretación jurisprudencial basada en los criterios del Derecho comunitario) creadas *con el objetivo* de cometer *delitos* (que deben tener una cierta gravedad en el sentido de un "considerable peligro para la seguridad pública")[41]. Estos requisitos son similares en otras legislaciones y doctrinas, pero se discute su amplitud con la finalidad de dar una mayor aplicación al tipo, incurriendo sin embargo en problemas de constitucionalidad.

Así en el Perú, donde rige un tipo penal de "asociación para delinquir" en el art. 317 CP (modificado últimamente por el D. Leg. 982 de 22-07-2007), recién en los últimos años se ha empleado el tipo penal para abarcar actos cometidos sobre todo por agrupaciones terroristas, organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de drogas, lavado de dinero y, por razones de coyuntura, delitos contra la administración pública[42].

Ahora bien, la doctrina alemana discute si también podrían incluirse dentro del concepto de "agrupaciones criminales" (asociaciones ilícitas) a las "empresas económicas" con fines de aplicar el tipo penal correspondiente cuando, pese a haber sido constituidas de manera lícita, tuvieran en el fondo una finalidad delictiva (p. ej. la formación de un "carrusel" con el fin de defraudar subvenciones, lavar dinero, formar "cajas negras" a favor de partidos políticos, etc.). Para algunos, ello es posible; pero para otros no, debido a la excepción legal del párrafo 2, número 2 del CP alemán (cuando la finalidad delictiva constituyera una de segundo orden)[43]. Si no se tuviera este asidero

---

[41] Al respecto ampliamente, c. más refs., LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN en Schönke/Schröder, § 129, p. 1276 y ss., esp. n marg. 4, 6 y 7.

[42] Al respecto me remito al trabajo "Participación punible de personas en grupos de delincuentes y redes" presentado al Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero e internacional, E.3.

[43] LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN está a favor; ver en Schönke/Schröder, § 129, p. 1280, n. marg 7, al final. Allí también ver la doctrina contraria. De manera expresa, han sido excluidos (art. 129, párrafo 2, números 1 a 3) los partidos políticos que el Tribunal Constitucional no hubiera declarado previamente como inconstitucionales, las agrupaciones en las cuales la comisión de delitos constituya un objetivo o actividad de menor orden, y las agrupaciones destinadas a cometer los llamados "delitos de organización" (arts. 84 a 87 StGB: poner en peligro el Estado democrático de derecho).

legal, de todos modos puede buscarse algún criterio de distinción entre "criminalidad organizada" y "criminalidad económica empresarial", tal como la "finalidad lucrativa ilícita" o el "uso de la violencia"[44].

Sea como fuere, de todos modos en estos casos no responde el ente colectivo por sí mismo; la imputación penal de la conducta típica y la sanción penal siguen siendo individuales. Se pena a todos los sujetos que pertenecieran, apoyaran, etc., una organización criminal; es decir, todos ellos son considerados como autores, algo que, por sus resultados, equivale a una "autoría unitaria"[45].

En los últimos años, ante el proceso de "globalización" (o "mundialización") observada y el incremento de graves delitos con la participación de empresas (p. ej. trata de blancas, lavado de dinero, terrorismo, tráfico de armas, tráfico ilícito de drogas, delitos contra el patrimonio cultural, etc.), ha habido esfuerzos internacionales por crear un tipo específico de "criminalidad organizada", distinto del de "asociación ilícita", pero ello ha demostrado ser imposible, aparte de que no parece tener sentido ante la existencia del tipo de "asociación ilícita"[46]. Además, se ha denunciado que el trasfondo de este proceso habría sido la intención de flexibilizar las garantías penales habiendo olvidado, conscientemente o no, que el actor principal de estos procesos, y quien debería merecer la atención de los esfuerzos punitivos, es precisamente el ente colectivo[47].

Independientemente de que de manera efectiva exista esta intención oculta o no, el efecto sensible de estos intentos ha sido que, tanto los últimos desarrollos tendentes a crear un tipo de "criminalidad organizada" o de ampliar el ya existente de "asociación ilícita", así como la aparición de otras figuras o "soluciones" legales o derivadas de la interpretación, no solamente no han solucionado el problema, sino que han llevado a contradicciones sistemáticas dentro del Derecho penal tradicional. Y todo ello, debido a la persistente negativa a buscar la solución, haciendo responsable directamente a aquel que impulsa decisivamente el incremento de la criminalidad en los últimos tiempos: el ente colectivo.

---

[44] Cfr. c. más referencias ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, p. 483 y s.

[45] Cfr. SCHÜNEMANN en LK StGB, vor § 25, n. marg. 15, p. 1828.

[46] Ver c. múlt. refs., BAIGÚN, p. 11 y ss., 14, 19.

[47] Cfr. BAIGÚN, p. 22 y ss. Destaca este autor: "En el trasvasamiento de mercados... las grandes corporaciones son los potenciales sujetos de la acción, los caminantes de los mercados paralelos, legales e ilegales, como lo indican la crónica diaria y las escasas estadísticas; desnudar esta circunstancia equivale a desacralizar las redes tejidas en nombre del modelo económico y social contemporáneo, la interdependencia entre capitalismo disciplinado y capitalismo indisciplinado"; p. 23.

2.4. Características de las empresas y vacíos de punibilidad

La doctrina y la jurisprudencia no han dejado de criticar los *vacíos de punibilidad* derivados de la actuación de las empresas en la comisión de muchos delitos. En especial se presentan estos vacíos en el marco de los delitos económicos[48]. Una de las críticas más frecuentes saca a relucir un fenómeno típico de las empresas modernas[49]: el fracaso del Derecho penal cuando, pese a conocerse la comisión de hechos delictivos a través de empresas, la persecución penal no pueda responsabilizar a nadie en concreto (imposibilidad de identificar al responsable penalmente), o cuando pese a encontrarse a un responsable individual, la sanción penal individual resulte mínima en comparación con el daño causado y con las posibilidades económicas de la empresa (en muchos casos, una simple multa), la empresa esté en condiciones de resarcir luego al individuo que sufre la pena, e incluso haber sido esta calculada de antemano como un mero "coste" de su política empresarial. En el peor de los casos, con el status quo actual, lo único que arriesgaría una empresa con la comisión de un delito por parte de sus miembros es la pérdida del beneficio que pretende obtener. No solamente se trata de que el daño causado por el individuo siempre quedará en desproporción con la pena y reparación civil que se le imponga, y que su culpabilidad deba ser, con justicia, vista como menor por haber realizado un hecho para otro (y no en interés propio), sino que además el "espíritu de cuerpo" observado sobre todo al interior de las empresas, manifestado en un sentimiento de solidaridad y sometimiento del particular a los intereses del colectivo, lleva a destruir las posibles inhibiciones que los sujetos tengan con respecto a los hechos: la finalidad colectiva tiende a justificar (santificar) los medios jurídicamente prohibidos[50].

---

[48] Cfr. PIETH, p. 10; resumiendo y c. más refs. HIRSCH, p. 597 y s. También HEINITZ, quien estaba básicamente en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, admitía la "necesidad" político-criminal de pena en el marco de los delitos económicos (o, en todo caso, de los delitos tributarios), cfr. 40. DJT, tomo 1, p. 82 y s., 90.

[49] Resumiendo y c. refs., HIRSCH, p. 597 y s.; también HURTADO/MEINI, p. 77 y s.

[50] Véase ya en 1933 las observaciones de BUSCH, en este sentido, quien consideraba que contra este "Verbandsgeist" solamente sería efectiva una auténtica sanción penal al ente colectivo, la cual intimidaría a los individuos al ver que sus actos llevarían a perjuicios contra la organización que ellos buscan favorecer con sus actos ilícitos; ver p. 98 y ss., 105 y ss. Incomprensiblemente esta observación fue criticada por ENGISCH, quien consideraba en 1953, que esta situación de espíritu de cuerpo sería la excepción en el mundo empresarial, que la conminación penal intimidaría al particular de igual manera que si hubiera penas dirigidas directamente al ente colectivo, quien por cierto partía, por razones de "ne bis in idem", de que solamente podría sancionarse a uno solo: o bien al ente colectivo, o bien a los individuos; ver 40. DJT, tomo 2, p. E 33 y s. HARTUNG también consideraba excepcional el caso de una organización totalmente corrompida, pero reconocía la posibilidad de otros casos en los cuales los integrantes podrían, dolosa o culposamente cometer delitos vinculados con las actividades económicas (p. ej. delitos societarios, contra la libre competencia, tributarios); para ello bastarían medidas extrapenales administrativas ("medidas de seguridad") que debían preverse de manera más sistemática y efectiva en el Derecho alemán; ver ibídem, p. E 47 y s., E 50 y ss. Actualmente también se destaca esto; ver, entre otros, SCHÜNEMANN, "La punibilidad de las personas jurídicas...", p. 571 y s.; c. más refs. HURTADO/MEINI, p. 77 y s.

Esta conocida y frecuentemente citada problemática es estudiada últimamente de manera más sistemática a partir de la teoría de las organizaciones empresariales. Es así que se han identificado dos formas de irresponsabilidad penal derivada de la pertenencia a una organización. Por un lado, los miembros de las empresas pueden escapar a la persecución penal escudados, de distinta manera, por la organización empresarial (irresponsabilidad individual organizada), pero también podría existir ya al interior de la empresa (especialmente cuando se trata de una de gran magnitud) toda una compleja estructura que difumine los ámbitos de responsabilidad (irresponsabilidad estructural organizada)[51]. A diferencia de lo que ocurre con las acciones individuales que pueden fácilmente imputarse jurídica y penalmente a una o más personas individuales (como autoría o participación), una empresa actúa en el mundo exterior a través de sus miembros tras pasar por una serie de procesos internos típicos de las organizaciones empresariales en las cuales el legislador penal tradicional no ha pensado ni al crear su instrumental de la parte general. Y es que en las empresas se ha dividido la actividad operativa, la tenencia de información y el poder de decisión, mientras que en los individuos los tres niveles suelen concentrarse en una sola persona[52]. Al separarse la "toma de decisión" (difuminada a su vez por el hecho de que ocurre muchas veces en el seno de un órgano colegiado) y su "cumplimiento" (que puede ser a su vez intermediado por distintos departamentos internos del ente colectivo), la "imputación penal" individual fracasa de distinta manera: imposibilidad fáctica de determinar responsabilidades individuales, imposibilidad de determinar una conducta "dolosa" (o incluso culposa), imposibilidad de constatar un "dominio del hecho" (para la autoría), etc. Es más, muchas veces el hecho final ilícito proviene de una toma de decisión difusa sobre un determinado proceso que luego va concretándose poco a poco hasta llegar a la ejecución que desemboca en un ilícito (penal); otras veces estos hechos finales pueden incluso desarrollarse casi automáticamente a partir de estructuras preestablecidas, sin necesitar siquiera de una instrucción general (p. ej. el cumplimiento de objetivos empresariales que presionan a los trabajadores y los pueden llevar a decidirse por cometer una infracción). Esto puede hacer difícil o imposible la determinación de una responsabilidad jurídica por un hecho que, externamente, puede haber atentado de manera grave contra un bien jurídico de suma importancia, pero que, según el instrumental penal tradicional no solamente no puede imputarse a ninguna persona individual en

---

[51] Sobre estos dos tipos de irresponsabilidad ver, c. más refs. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 26 y ss. En general, sobre la "irresponsabilidad organizada" constatada indistintamente por autores de distintas tendencias dogmáticas, ver, entre otros, HIRSCH, p. 598; RAMÓN RIBAS, en Quintero/Morales Prats, p. 683; GARCÍA CAVERO, "Derecho penal. Parte general", p. 692. Más refs. sobre esta problemática, observada hace ya algún tiempo por autores anglosajones, en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 160.

[52] Esta problemática es destacada por prácticamente todos los autores; ver entre otros, HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 27; BAIGÚN, p. 38 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, p. 489 y s.; HURTADO/MEINI, c. más refs., p. 76 y s.

concreto, sino ni siquiera puede afirmarse que habría sido cometido o inducido dolosamente (y a veces ni siquiera imprudentemente).

Estos vacíos de punibilidad que desembocan en *déficits de prevención general* son tanto más graves si se toma en cuenta que, ante un delito cometido a través de o con ayuda de empresas, no puede bastar con la mera responsabilidad penal individual, pues esta, en realidad, no abarca la auténtica responsabilidad colectiva por el delito, la cual debería incluso ser mayor, dadas las características de las empresas[53]. Una mera responsabilidad individual, como se ha venido aplicando hasta ahora, lleva o bien a recargar excesivamente a los individuos (por una mayor responsabilidad de la empresa), a descargar de manera excesiva a la empresas que se ven alentadas en su mala organización, o a la tentación de querer solucionar las cosas de manera arbitraria[54].

En un mundo moderno, en el cual muchos intereses colectivos ya no son protegidos directamente por el Estado, sino son abandonados al mercado, donde las empresas como agentes económicos necesitan la libertad necesaria para desarrollar innovaciones, y donde algunas de estas innovaciones pueden causar grandes peligros a la colectividad, existe un creciente ámbito de inseguridad en la ciudadanía. Se habla ahora de una "sociedad de riesgos", tanto en lo que respecta por las posibilidades de la tecnología actual como por el acceso y poder que ostentan las grandes empresas. Estas han alcanzado tal *magnitud y complejidad* que no puede ya cerrarse los ojos más tiempo ante la importancia que tienen ellas mismas, independientemente de la actividad que pueda desplegar cada uno de sus miembros; los grandes escándalos financieros de los últimos años bastan para ejemplificar no solamente la dañosidad social que pueden ocasionar, sino también la forma como actúan y las escasas posibilidades de nuestro Derecho Penal[55].

Ahora bien, la dogmática penal ya ha reaccionado desde hace algún tiempo y tiene en cuenta la *naturaleza* de las conductas empresariales y las infracciones que derivan de ella para construir una "responsabilidad penal empresarial", de manera distinta, aunque paralela a la responsabilidad penal individual (ver abajo en. 3.3). Pero también, en la discusión dogmático-penal, se ha argumentado que

---

[53] Por eso, HEINE constata un "excedente de responsabilidad colectiva" que no puede ser compensado por la mera responsabilidad individual; ver en "Modelos de responsabilidad...", p. 29.

[54] Cfr. c. más refs. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 29.

[55] Prácticamente todos los autores reconocen esta situación. Véase, entre otros, HURTADO/MEINI, p. 78 y s.; BAIGÚN, p. 9 y s., 34 y s.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, p. 465 y ss.; ABOSO/ABRALDES, p. 194 y s. Debido a la importancia alcanzada por los entes colectivos en el mundo moderno, últimamente se habla incluso de una "ciudadanía empresarial": la empresa gozaría ya de un status de "ciudadano" capaz de participar en la producción normativa y de cuestionar normas, y por ello, capaz de culpabilidad en el sentido penal; ver al respecto c. más refs., GÓMEZ-JARA, "El modelo constructivista...", p. 103 y ss.; TIEDEMANN, "Derecho penal económico. Introducción y parte general", n. marg. 244.

daría mejores respuestas a esta situación una metodología basada en teorías que describan adecuadamente la realidad empresarial para luego crear los instrumentos jurídicos (eventualmente penales) que comprendan y regulen la actuación de las empresas y la reacción legal ante actividades empresariales que resulten lesivas para los intereses que el Derecho quiere proteger. En especial, los normativistas radicales abogan por el empleo de la "teoría de sistemas", al igual que lo hacen en el resto del Derecho penal. Pero también seguidores de la teoría de "bienes jurídicos" han comenzado a aplicar, en el ámbito del "Derecho penal económico", consciente o inconscientemente, conceptos de esta teoría (las empresas como sistemas autopoiéticos), combinándolos también con conocimientos provenientes del análisis económico del Derecho, para analizar la delincuencia empresarial o proponer respuestas legales adecuadas, aunque enmarcado todo esto dentro del sistema garantista del Derecho y del Derecho penal[56].

2.5. Situación actual en Alemania

Como se dijo más arriba, en Alemania, al igual que en el resto de Europa continental, desde el triunfo de la revolución francesa se impuso la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas. Aunque durante algún tiempo había todavía discusión sobre la posibilidad de penar a las personas jurídicas en el campo del Derecho tributario y del Derecho industrial, finalmente la doctrina y la jurisprudencia aclararon que, pese al tenor literal de las normas de principios del siglo XX (especialmente, en el art. 357, 393 del Ordenamiento Tributario del Reich), no era posible imponer auténticas penas a los entes colectivos, pues estas requerirían siempre "culpabilidad" como reproche ético-social dirigido a individuos[57]. La tradición jurídica alemana de no responsabilizar penalmente a las personas jurídicas se había afianzado ya tanto que, pese a la posibilidad existente en el Ordenamiento Tributario del Reich de entonces nunca se emitió una condena hasta que en 1939, al eliminarse las presunciones legales de culpabilidad que hubieran hecho operativos los tipos penales tributarios, estos quedaron inaplicables también de lege lata[58].

---

[56] Anteriormente he postulado este "aprovechamiento" selectivo de la teoría de sistemas para el Derecho penal económico, cfr. ABANTO VÁSQUEZ, "¿Normativismo radical o normativismo moderado?", en Revista Penal (España), N° 16 (2005), pp. 3-35. esp. p. 34 [en esta compilación: p. 209-268, esp. p. 265 y s.]. David BAIGÚN hace un estudio serio y amplio de la problemática aplicando teorías de la organización para determinar la "acción institucional" materia de la imputación penal; ver p. 28 y ss., 61 y ss. GÓMEZ-JARA critica esta última posición, pues afirma que no podría emplearse la teoría de sistemas parcialmente solo en lo referido a la actividad de las empresas sin reconocer su validez también para la actividad de los individuos; ver, criticando en especial a Schünemann, c. más refs., "El modelo constructivista...", p. 99 y s., 101 y s., esp. nota al pie 17. El mismo autor analiza las posiciones de Heine, Lampe y Bottke, quienes emplean conceptos sociológicos para analizar a la empresa y su eventual responsabilidad penal; ver ibídem, p. 113 y ss.

[57] Ver en HEINITZ, 40.DJT, tomo 1, p. 73 y s.; HARTUNG, 40. DJT, tomo 2, p. E 44 y ss.; ENGISCH, 40. DJT, tomo 2, p. E 11 y s.

[58] La norma que preveía una responsabilidad penal subsidiaria para el ente colectivo por infracciones tributarias, sin necesidad de probar su culpabilidad y cuando no se penara al individuo; el injusto penal se debía basar

Tras la Segunda Guerra Mundial, al dividirse el territorio alemán en zonas, se produjo una legislación de transición emitida por las tropas aliadas. En las zonas occidentales, bajo ocupación de tropas inglesas y norteamericanas, se planteó la cuestión de la aplicación de la normativa impuesta y que, de conformidad con el Derecho de estos países, preveía la responsabilidad penal de las personas jurídicas[59]. En octubre de 1953, el Tribunal Federal Alemán (BGHSt, tomo 5, p. 28 y ss., 31) admitió una responsabilidad penal de personas jurídicas solamente en vinculación con la vigencia de este Derecho de la ocupación, pero enfatizó que ella era incompatible con el pensamiento jurídico alemán, pues contradiría los conceptos ético-sociales de culpabilidad y de pena[60]. Parte de la doctrina rechazaba de todos modos la aplicación de esta parte del Derecho de ocupación por considerarla contraria a las ideas fundamentales del Derecho alemán[61]. Con ello se seguía, por cierto la tradición jurisprudencial del Reichtsgericht que se había pronunciado ya en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debido a su incompatibilidad con el principio de culpabilidad y de la función de la pena[62].

Un hito importante había ocurrido poco antes en la 40ma. Jornada Alemana de Juristas del 11 de setiembre de 1953 cuando se planteó la posibilidad de introducir la punibilidad de las personas jurídicas, porque la actualidad de su responsabilidad penal más allá de la reducida medida que se ha tenido hasta ahora ha pasado a primer plano debido a la creciente importancia de las personas jurídicas en la vida pública, sobre todo en la vida económica"[63]. En su informe, Ernst HEINITZ, tras un profundo análisis, concluía con que, fuera del Derecho penal económico, no sería "oportuno" introducir la pu-

---

entonces en "presunciones" reguladas en el art. 396, párrafo 5, del RAO, pero estas presunciones fueron derogadas el 04-07-1939, con lo cual el art. 357 se volvió inaplicable para la punibilidad de las empresas. Ver al respecto, HEINITZ, 40. DJT, tomo 1, p. 73 y ss.; HARTUNG, refiriéndose al caso similar del art. 393 de la misma ley, 40. DJT, tomo 2, p. E 44 y s. El Tribunal del Reich había decidido ya en 1926 la inapicabilidad del art. 393 RAO; ver RGSt 61, p. 92 y ss.

[59] Así, el concepto legal de "persona", en el art. 10 de la Ley del gobierno militar N° 53 en materia de divisas, que consideraba como tales a personas naturales, asociaciones de personas personas jurídicas de Derecho público o privado, gobiernos, incluyendo a los estatales o municipales, organismos de Derecho público sus oficinas y órganos". Y la Ley N° 14 de la Alta Comisión de los Aliados, de 25-11-1949 sobre las acciones punibles contra los intereses de la ocupación, preveía penas de multa e incautación (en su art. 5, número 7); ver en ENGISCH, 40. DJT, tomo 2, p. E 10.

[60] Ver al respecto y la tendencia posterior de la doctrina de los años 50, que ha rechazado una y otra vez tal responsabilidad penal, SCHOLZ, c. más refs. p. 436, columna izquierda.

[61] Ver c. refs. HEINITZ, aunándose a este rechazo, 40. DJT, tomo 1, p. 75 y s.

[62] Cfr. p. ej. las sentencias del Tribunal del Reich, tomo 16 (año 1888), p. 121 y ss.; tomo 33 (año 1900), p. 261 y ss.

[63] Esa fue la fundamentación que dio el presidente del Senado de la Jornada, el Dr. ROTBERG, ver 40. DJT, tomo 2, p. E 2. Además, en ese momento estaba pendiente de decisión por el Tribunal Federal Alemán sobre si sería aplicable o no el Derecho de ocupación norteamericano en un caso de tráfico de divisas, con la posibilidad de imponer sanciones penales a personas jurídicas, tal como expone HEINITZ en el resumen de su informe; ibídem, p. E 4 y s.

nibilidad de las personas jurídicas, que serían suficientes las medidas administrativas y civiles todavía capaces de ser perfeccionadas, y que en contra de ello estarían también razones de justicia y del desarrollo del sistema penal alemán[64]. En los informes de las sesiones, Karl ENGISCH destacó, además de enfatizar la incompatibilidad con categorías tradicionales como la acción, la culpabilidad y la finalidad de la pena, que tal punibilidad traería consigo inadmisibles perjuicios a terceros[65]. Fritz HARTUNG[66], que argumentaba basándose sobre todo en el principio de culpabilidad y el carácter retributivo de la pena, incluso rechazaba las sanciones contravencionales contra las personas jurídicas, pues constituirían una "inconsecuencia" e incluso un "fraude de etiquetas", pues desde la perspectiva del sancionado, ambas tendrían un típico carácter de pena.

La explicación de este rechazo generalizado en Alemania, aparte de la tradición jurídica ya formada desde mediados del siglo XVIII y de la influencia del pensamiento de Kant, estaría también en la experiencia alemana de posguerra: todos los alemanes habían sufrido la guerra y sus perjuicios a través de la responsabilidad global del país; y esta responsabilidad y castigo no derivados de la "medida individual de culpa" de cada uno sería injusto como lo sería también en el caso de los entes colectivos y sus integrantes[67].

El Tribunal Constitucional alemán no ha rechazado ni admitido expresamente la responsabilidad penal de los entes colectivos. Solamente ha exigido que para ellas también valga el principio "nulla poena sine culpa" en el sentido de que los miembros que hubieran actuado directamente por ella, lo deban haber hecho culpablemente[68]. Esta sentencia ha sido recepcionada y desarrollada en la doctrina y ulterior jurisprudencia penal para fundamentar la responsabilidad (individual) por la comisión de delitos económicos de los representantes de las empresas por omisión del deber de control[69].

---

[64] Cfr. p. 90. En su análisis, HEINITZ constató que no habría problemas con el concepto de "acción", pero sí con el entendimiento tradicional alemán de la "culpabilidad" (con su reprochabilidad a una decisión individual en favor del injusto) de la "pena" (con su expresión de reproche ético-social y su finalidad preventivo-especial); ver 40. DJT, tomo 1, p. 85 y s.

[65] Cfr. tomo II, E 7 p. 23 y ss.

[66] Cfr. tomo II, E 44 y s.

[67] Cfr. HIRSCH, p. 613 y s. HARTUNG lo ha formulado de manera clara: "Precisamente nosotros los alemanes deberíamos, durante algún tiempo, estar hartos de responsabilidad colectiva; la lección que nos han dado en este campo debería bastar para que, durante algunas generaciones, desaparezca en nosotros el clamor por penas corporativas"; ver 40. DJT, tomo 2, p. E 44. En su informe, también ENGISCH hace alusión a la "medida" que habrían sufrido los alemanes "... en época reciente ... como colectivo" y que no se habría sentido como "evidencia clara al sentimiento jurídico de ejercicio de un poder superior..."; ver ibídem, p. E 8; también en p. E 38.

[68] BVerfGE 20, 323, 335 y s.; HIRSCH interpreta que con esto el BVerfG no se opondría a la responsabilidad penal de los entes colectivos; p. 615.

[69] Cfr. críticamente, CRAMER/HEINE en Schönke/Schröder, vor §§ 25 ff., n. marg. 127, p. 524

Tal situación se ha mantenido hasta ahora sin grandes cambios. La única responsabilidad colectiva prevista es la ***responsabilidad contravencional*** de los entes colectivos. Esta responsabilidad contravencional está prevista en una Ley de contravenciones, en donde existen tipos contravencionales (Ordnungswidrigkeiten) que engloban a las despenalizadas "faltas" (Übertretungen) y a los "ilícitos administrativos". El "Derecho contravencional" es entendido por la doctrina, por sus consecuencias jurídicas (multas a veces muy elevadas) como Derecho penal en "sentido amplio".

Sin embargo, es importante descacar ya aquí que, si bien se ha impuesto en la doctrina alemana aquella que afirma la ausencia de carácter ético-social en la multa contravencional[70], aún así se critica la existencia de vacíos en este Derecho contravencional. Así se debate, por política criminal, que habría muchas diferencias entre las distintas contravenciones, pues algunas, por su contenido de injusto, se acercarían muchísimo a los delitos, motivo por el cual debería introducirse una *criminalización de las grandes contravenciones*. Especialmente se trata aquí de atentados contra la libre competencia (acuerdos de cárteles), manipulaciones bursátiles e infracciones en los procesos de fusiones y adquisiciones de empresas, contravenciones contra las cuales se suelen aplicar multas contravencionales millonarias[71]. Por ahora es dominante la doctrina que niega una "necesidad de pena" y que, en sentido inverso al principio de "prohibición de desproporcionalidad", se produzca con ello un atentado contra la "prohibición de infraproporcionalidad", o sea, una falta de actividad legislativa para proteger mejor un bien jurídico[72]. Se argumenta que, aparte de que no estarían en juego bienes jurídicos de elevado rango, tampoco se habría probado que la multa contravencional sea "claramente inapropiada" y que la pena sí sea apropiada para brindar la protección adecuada[73]. Pero si el legislador considerara alguna vez que parte de estas contravenciones merecerían sanción penal, dado que en ellas la "empresa" juega un papel decisivo, tomaría más fuerza la necesidad de introducir la punibilidad de los entes colectivos, pues aquí también se podría argumentar un atentado contra la "prohibición de infraproporcionalidad".

Pese a la presión existente por la *legislación comunitaria* y a los *instrumentos de Derecho internacional público* que recomiendan una y otra vez la

---

[70] Ver refs. sobre esta diferenciación y aceptación temprana en la doctrina y la jurisprudencia ya en HEINITZ, 40. DJT, tomo 1, p. 75. Más refs. en TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht AT", tomo I, n. marg. 51, p. 21.

[71] Al respecto, ampliamente, ACHENBACH, "Ahndung...", p. 9 y ss.

[72] El principio de "prohibición de infraproporcionalidad" (Untermaßverbot) ha comenzado a ser discutido en Alemania desde hace poco; ver al respecto las refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", en Revista Penal (España), N°, 18, p. 3 y ss., p. 13, columna derecha [en esta compilación: p. 13-87, esp. p. 30].

[73] Cfr. ACHENBACH, "Ahndung...", p. 17

introducción de la responsabilidad penal de personas jurídicas, el legislador penal alemán ha considerado suficiente la punibilidad contravencional ya existente. Es así que a finales de 1999 la "Comisión para la reforma del sistema de sanciones penales" rechazó enfáticamente la introducción de la punibilidad de las empresas en el Derecho penal criminal clásico[74]. Y también en la última propuesta de Reforma del Código Penal alemán presentada por el gobierno federal al Bundestag ("Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetz")[75] se argumentaba en la exposición de motivos de la parte general (p. 9, columna derecha, IV, 3) que no habría necesidad de reformas, pues "Con los arts. 30 y 130 de la Ley sobre Contravenciones (OWiG) existe en el Derecho alemán un instrumental que satisface las exigencias de los artículos 5 y 6 de la Decisión Marco de la Unión Europea (responsabilidad de personas jurídicas, sanciones para las personas jurídicas)" (traducción libre). Especialmente en este último proyecto se manifiesta una gran contradicción con las exigencias de Derecho internacional público. La reforma alemana pretende dar el cumplimiento a la "Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado" de 22 de julio de 2003 (DO EU N° L 192 de 31 de julio de 2003, p. 54). El tipo penal de "corrupción en el tráfico comercial" ya existe en el Código penal alemán desde la reforma 1998 (art. 299 StGB), pero ahora se quiere perfeccionar la protección penal para adecuarla a las premisas de la Decisión Marco. En esta Decisión Marco se estipula que "... la corrupción activa y pasiva en el sector privado sea una infracción penal en todos los Estados miembros, **que las personas jurídicas también puedan ser consideradas responsables de tales delitos** y que estos se castiguen con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias" (considerando 10, p. 55; el resaltado es mío). Es más, los artículos 5 y 6 de esta Decisión Marco establece expresamente el tipo de infracción y de sanción penal correspondientes a la persona jurídica, lo cual da la impresión de exigir normas auténticamente penales[76]. No obstante, la posición del legislador germano puede sostener-

---

[74] Ver la transcripción del informe final en EIDAM, "Unternehmen und Strafe", n. marg. 906 y ss., p. 264 y ss. Dicho informe se publicó en abril 2000 por el Ministerio Federal de Justicia; también ver la exposición de este proyecto (que comenzara por iniciativa del Land Hessen en 1997), en ROGALL, KK OWiG, § 30, n. marg. 230 y ss., p. 540 y s. Otros intentos fallidos de introducir la responsabilidad penal de personas jurídicas puede verse, resumidamente, en SCHOLZ, p. 436 y ss.

[75] Deutscher Bundestag (16. Wahlperiode), Drucksache 16/6558 de 04-10-2007. Cfr. también en EIDAM, "Unternehmen und Strafe", n. marg. 905, p. 264.

[76] También en relación con el "Segundo Protocolo al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas" (DOCE N° 221, 19 de julio de 1997, p. 11 y ss.), que preveía reglas claras para responsabilizar y sancionar a las personas jurídicas por fraudes, corrupción activa y blanqueo de capitales (arts. 3 y ss.), se planteaba la cuestión si Alemania estaba cometiendo una infracción tras el informe final de la Comisión para la Reforma del Sistema de Sanciones Penales de 1999 (que rechazó la punibilidad de las personas jurídicas); ver SCHOLZ, p. 436, columna izquierda. Generalmente han considerado, incluso los que están a favor de la criminalización, que

se debido a las peculiaridades del Derecho comunitario: dado que la Unión Europea (Comunidad Europea) no tiene competencia directa para imponer sanciones penales, solo puede velar por que en cada Estado miembro se cumpla con proteger apropiadamente los intereses comunitarios, especialmente los financieros. Esto lo puede hacer a través de distintos instrumentos y con mayor o menor fuerza vinculante: Decisiones-Marco, Directivas y Reglamentos. Desde el llamado "escándalo del maíz griego", el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha aclarado que los países están obligados a prever una protección "efectiva, proporcionada y disuasoria" de los intereses comunitarios, protección que no tiene que ser penal, pero que debe ser equivalente a la protección que los países otorgan a sus propios intereses nacionales[77]. En la jurisprudencia posterior, el TJCE reiteró estos tres requisitos (efectividad, proporcionalidad, carácter disuasorio) e incluso en los últimos años ha reconocido una "competencia penal anexa" al legislador comunitario, es decir, la facultad de *exigir* a los legisladores nacionales la emisión de *normas penales concretas* (no como antes, cuando solamente podía exigir, de manera general, la aplicación de sanciones)[78]. De todos modos hasta ahora no ha quedado claro que se pueda exigir expresa y concretamente la introducción de una "punibilidad de las personas jurídicas" incluso cuando esta contradijere el ordenamiento nacional; en este caso deberá bastar con adoptar "medidas necesarias" que cumplan con los tres requisitos de efectividad, proporcionalidad y carácter disuasorio[79].

Por eso se puede afirmar que en Alemania actualmente, aunque la situación ha mejorado sustancialmente, todavía no existe un clima político-criminal favorable a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los tratadistas más conocidos, con distintos argumentos (aunque básicamente referidos a la incompatibilidad con el sistema penal y a la falta de necesidad de pena), se manifiestan en contra de la "responsabilidad penal" de las personas jurídicas[80]. Solamente parte de la doctrina considera que la protección contravencional no sería suficiente y propone introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas[81]. La doctrina mayoritaria (aunque cada

---

estas regulaciones comunitarias no obligarían a ella; cfr. HEINE, c. más refs., "Kollektive Verantwortlichkeit...", p. 578 y s.; ROGALL en KK OWiG, § 30, n. marg. 252 y s., p. 547 y s.; DANNECKER en Wabnitz/Janovsky, p. 63, n. marg 124.

(77) Sobre este caso y sus consecuencias, ver c. más refs. DANNECKER en Wabnitz/Janovsky, p. 116 y s., n. marg. 96.

(78) DANNECKER, en Wabnitz/Janovsky, p. 117, n. marg. 96.

(79) Con ejemplos de la jurisprudencia comunitaria, ver DANNECKER, en Wabnitz/Janovsky, p. 117 y s., n. marg. 97; también HEINE, "Kollektive Verantwortlichkeit...", p. 578 y s.

(80) Ver refs. en HIRSCH, p. 596, nota 1. También abajo en ...

(81) Entre otros, TIEDEMANN, "Derecho penal económico. Introducción y parte general", p. 233 y ss.; HIRSCH, c. más refs., p. 596, nota 2. Más ref. abajo en....

vez decrece) todavía considera que no sería deseable (ni posible) introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas[82].

3. Modelos existentes

3.1. Irresponsabilidad penal directa o indirecta

De entre todos los argumentos esgrimidos en contra de la punibilidad de los entes colectivos (ver 2.2), tres de ellos han sido los principales: incapacidad de acción, incapacidad de culpabilidad e incapacidad de pena[83].

La negación de *capacidad de acción* de la persona jurídica constituye, de todas, la más débil objeción. Hasta hace algunos años todavía se denegaba capacidad de acción a los entes colectivos, argumentando que las decisiones tomadas por la dirección del ente constituiría una acción de los sujetos individuales[84]. Ahora más que nunca se reconoce que las "personas jurídicas" tienen "capacidad de acción", pues son "destinatarias" de normas jurídicas entre las cuales también se encuentran las penales; y así como en muchas legislaciones pueden realizar "contravenciones" o "infracciones administrativas" graves también podrían "cometer" delitos[85]. Esta contraargumentación se puede reforzar aún con la constatación de que los entes colectivos, si bien organizaciones de personas, son independientes del cambio de sus miembros y, como tales constituyen una realidad social que el Derecho reconoce con regulaciones civiles (regulación de la personalidad jurídica) y constitucionales (reconocimento de la vigencia de derechos fundamentales)[86]. Por cierto que estos contraargumentos no demuestran aún que el ente colectivo tendría "capacidad de acción" en el sentido penal, pues no actúa por sí mismo, sino a través de individuos, y son estos quienes, de manera directa, pueden ejecutar conductas penalmente típicas. Pero, desde la perspectiva de las propias características de una organización de personas, se puede afirmar que, cuando se trata del cumplimiento de deberes propios del ente colectivo, en caso de infringirlos a

---

[82] Ver amplias refs. en GÓMEZ-JARA, "Grundlagen ...", p. 290 y s.

[83] Cfr. ENGISCH, 40. DJT, tomo 2, p. E 14 y ss., E 41; HARTUNG, 40. DJT, tomo 2, p. E 43 y ss. HEINITZ basaba su rechazo a la punibilidad de las personas jurídicas en la incapacidad de culpabilidad y de pena de estas; ver 40. DJT, tomo 1, p. 85 y s. Ver la exposición y refutación de estos argumentos, c. más refs. en *Hirsch*, p. 601 y ss. Similares argumentos son expuestos por muchos otros autores. Ver la exposición de la doctrina argentina que niega la responsabilidad penal de personas jurídicas en ABOSO/ABRALDES, p. 62 y ss.

[84] Así p. ej. ENGISCH, 40. DJT, tomo 2, p. E 23 y ss.

[85] En Alemania, esto ha quedado claro como muy tarde desde las sentencias del Tribunal Federal en el caso del "aerosol de cuero"; ver en TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht. AT", p. 136, n. marg. 243; HIRSCH, p. 604. Más refs. sobre la "capacidad de acción" de las personas jurídicas, en GROPP, n. marg. 21 y s., p. 113.

[86] Cfr. c. refs. HIRSCH, p. 602.

través de acciones u omisiones de los individuos que lo integran, estos actos también son actos propios de aquel[87]. Entonces, no se trata solamente de una mera "imputación" de la conducta individual al ente colectivo[88], sino de una auténtica "acción" del ente colectivo a través de sus integrantes.

Como la "capacidad de acción penal" de los entes colectivos no es un escollo insalvable, y ante la existencia de un Derecho contravencional (Derecho penal en sentido amplio) que les impone sanciones, lo que se objeta actualmente es la "cualidad penal" de sus acciones, o sea si ellas reúnen suficiente injusto penal, si podrían merecer un reproche ético-social que caracteriza al Derecho penal[89]. Independientemente de la discutible diferenciación entre Derecho penal y Derecho contravencional (o administrativo-sancionador), entre pena y multa contravencional (ver al respecto abajo en 9.2)[90], el carácter punible, en sentido cualitativo, de la "acción" del ente colectivo, dependerá de la suficiente gravedad del atentado contra el bien jurídico correspondiente. Y el si los entes colectivos son accesibles o no a un reproche ético-social es una cuestión que debe ser tratada en el análisis de la "capacidad de acción". Más contundente es la constatación tajante, reconocida hasta por los detractores de la punibilidad de entes colectivos, de que así como estos son destinatarios de "deberes jurídicos", no solamente pueden cumplirlos, sino también violarlos; y así como se les reconoce "derecho", también tiene que reconocerse que pueden "abusar" de ellos[91], y al hacerlo también pueden atentar gravemente contra bienes jurídicos.

El argumento más fuerte y decisivo contra la admisibilidad de una responsabilidad penal de los entes colectivos está referido a la *capacidad de culpabilidad*. La doctrina penal encuentra dificultades en los modelos propuestos de "responsabilidad penal" de los entes colectivos, pues en todos los casos se trataría de una mera "imputación ficticia". El Derecho penal (alemán) vigente (y con él también la jurisprudencia penal y constitucional) exigiría siempre que la imputación penal se refiriese a "acciones" cometidas por el propio responsable a quien por ello se le reprochará el no haberse motivado de conformidad

---

[87] Cfr. HIRSCH, p. 603.

[88] Por eso es comprensible la crítica de ENGISCH a los que admiten la "acción" de los entes colectivos (aunque luego denieguen la responsabilidad penal por otras razones): una "imputación" es distinta de una "acción" misma; "... la 'imputación' es una figura jurídica, una construcción jurídica, la acción en cambio, una figura natural (...) Pero actuar, en el sentido de un concepto natural de acción, solamente puede hacerlo la persona individual, si bien el jurista tienda a 'imputar' este actuar natural a la agrupación de personas, lo cual siempre necesitará una legitimación especial. Caemos en un círculo vicioso cuando fundamentamos la responsabilidad del ente colectivo en su actuar, pero este actuar lo basamos a su vez en una imputación jurídica"; ver 40. DJT, tomo 2, p. E 24.

[89] Cfr. HIRSCH, p. 604 y s.

[90] En ello se basa el análisis de HIRSCH, quien considera decisivo que la diferencia entre Derecho penal y Derecho contravencional (alemán) sea para él meramente "cuantitativa"; ver p. 604 y s.

[91] Cfr. HIRSCH, p. 605. También HEINITZ, quien estaba sin embargo en contra de la punibilidad, 40. DJT, tomo 1, p. 84.

con la norma; esto es algo que no sería posible con los entes colectivos[92]. Este argumento de la imposibilidad de "reprochabilidad" a los entes colectivos se dirige incluso a aquel "espíritu de cuerpo" que se pueda eventualmente reconocérsele y contra el cual, en caso de haber llevado a hechos delictivos, solamente sería posible expresar un "descontento", mas no un "reproche"; o que contra actos dañosos provenientes de un ente colectivo puede haber un juicio de desvalor en el sentido de considerarlo como una "institución antijurídica" (de manera similar a lo que ocurre con otras situaciones) y vincular esto con determinadas medidas jurídicas, mas no el reproche inmanente a la pena que presupondría siempre un sujeto responsable que pudo y debió haberse comportado de otra manera[93]. Para algunos, esta objeción no solamente tiene efectos de lege lata, pues incluso impediría futuros cambios en la ley penal tendentes a acoger una auténtica responsabilidad penal de personas jurídicas[94].

Dado que no sería posible, sin pérdidas de garantías individuales (con la consecuente infracción constitucional), prescindir en el Derecho penal de este principio de culpabilidad sustituyéndolo por otro "principio" (fraude de

---

[92] ROXIN, exponiendo diferentes modelos propuestos en la doctrina, "Strafrecht AT", tomo 1, p. 264, n. marg. 63, allí también más refs. sobre doctrina alemana en este sentido. Ya antes, HEINITZ, quien aunque admitía que el legislador podía vincular acciones individuales con una "culpabilidad" de personas jurídicas e incluso vincularlas con "penas", objetaba que ello de todos modos no equivaldría al concepto tradicional y reconocido de "culpabilidad" y que, además, tendría que recurrir a "presunciones de culpabilidad" para poder ser practicable, c. más refs., 40. DJT, tomo 1, p. 85 y s., 89 y s.; también ENGISCH, 40. DJT, tomo 2, p. E 24 y ss. Recientemente basa su rechazo en la "culpabilidad" VON FREIER, p. 98 y ss., 116. También muchos de los que abogan de lege ferenda por una "responsabilidad penal" de los entes colectivos acogen esta crítica (y, en parte, exigen prever la responsabilidad fuera del Derecho penal); ver, entre otros, HIRSCH, c. más refs., p. 606; EIDAM, "Unternehmen und Strafe", n. marg. 892 y ss., p. 257 y ss., n. marg. 902, p. 263; c. más refs. sobre la doctrina y jurisprudencia alemanas en este sentido, GROPP, "Strafrecht AT", p. 112, notas al pie 19 y 20; GÓMEZ-JARA, "El modelo constructivista...", p. 98 y s. Desde la perspectiva normativista radical últimamente JAKOBS se ha manifestado en contra de una auténtica "punibilidad" de las personas jurídicas (en su Manual la admitía, ver "Strafrecht AT", n. marg. 43 y ss., p. 148 y s.), básicamente debido a que el concepto de "pena" está íntimamente ligado a la "persona individual", y el principio de culpabilidad presupondría siempre una "identidad de la persona a través de su consciencia"; ver, p. "Strafbarkeit...", p. 559 y ss., 570 y ss., 575. SPOLANSKY, recurriendo al análisis del lenguaje normativo, niega la existencia real de la persona jurídica, pero admite la posibilidad de que la ley vincule consecuencias jurídicas a la actuación que, a nombre de ella hicieren sus miembros, consecuencias que llevarán a una responsabilidad de todos aquellos que no probaran el no haber aceptado o tolerado tal conducta (o sea, se recurre a presunciones para delimitar la responsabilidad individual de cada uno de los miembros de la empresa), ver p. 1641 y ss., 1644.

[93] Cfr. esta argumentación en ENGISCH, 40. DJT, tomo 2, p. E 20 y s., 23 y s.

[94] Cfr. HEINITZ, 40. DJT, tomo 1, p. 85 y s.; ROXIN, "Strafrech AT", tomo 1, p. 264, n. marg. 63; SCHÜNEMANN, en LK, § 14, n. marg. 78. 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 encajarían con 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?", p. 86 y ss., 95 y s. 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...", p. 296 y ss. 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", mas no la imposición de penas; "La responsabilidad penal...", p. 182 y s.

etiquetas) cuando se tratare de los entes colectivos[95], los detractores de la punibilidad de los entes colectivos han propuesto no recurrir al Derecho penal y tratar más bien la "responsabilidad" del ente colectivo en otras áreas jurídicas en las que la imputación de "medidas" o sanciones no dependan de parámetros ético-sociales. Así, se ha sugerido aplicar el sistema de "medidas de seguridad", otros proponen mejorar la ya existente responsabilidad contravencional de los entes colectivos; propuestas que a veces van de la mano con sugerencias de cambios en normas extrapenales[96]. Para reforzar más aún esta postura, se suele argumentar también que supondría una "injusticia" castigar a "otro" (el ente colectivo) por el delito cometido por individuos, además de que penar al ente colectivo supondría "meter en un mismo saco a justos y pecadores", es decir, hacer que, a través de la pena a la persona jurídica, sufran tanto los responsables directos del hecho delictivo como otros que no lo son (otros empleados de la empresa, socios, trabajadores, la sociedad en su conjunto, etc.)[97].

Por último, se argumenta en contra de la responsabilidad de los entes colectivos, que estos no tendrían *capacidad de pena*, es decir, que la "pena" en el sentido tradicional no encajaría con la naturaleza de aquellos. En la argumentación no resulta decisivo el hecho de que sea o no posible prever "recortes de bienes jurídicos" para los entes colectivos. Pero si, más allá de la denominación, se exige que una "pena" además de significar (graves) limitaciones de derechos, estén acompañadas de una "desaprobación ético-social" en el sentido de una "retribución justa" por el daño causado, este entendimiento tradicionalmente vinculado con los individuos no sería trasladable a los entes colectivos[98]. Por otro lado, la pena al ente colectivo sería "injusta", porque, además de castigar a terceros inocentes (todos los integrantes, incluyendo a los que estaban en desacuerdo con la acción criminal) llevaría a una doble punición (pena a los individuos y al ente colectivo)[99].

---

[95] P. ej. el "interés público preponderante" que alguna vez propusiera Schünemann, lo que, según HIRSCH, como "imposición de sanciones punitivas sin culpabilidad" constituiría un "cuerpo extraño en el Derecho penal", el cual se vería desnaturalizado al pasar a ser un simple Derecho de responsabilidades (civiles); p. 606 y s.

[96] Cfr. las refs. en CRAMER/HEINE, quienes sistematizan a los detractores separándolos entre aquellos que están a favor de una "punibilidad plena" dentro del Código Penal, los que se contentan con introducir (más) "medidas de seguridad" específicas para los entes colectivos dentro del Código Penal y los que prefieren solucionar el problema dentro del "Derecho contravencional" (aparte un último grupo que propone regulaciones aisladas como las que se analizan más abajo en 3.3.2), en Schönke/Schröder, vor §§ 25 y ss., p. 523 y s., n. marg. 126.

[97] Esta crítica también la efectúan los que están en contra de una "responsabilidad penal autónoma" estricta (basada en la culpabilidad), aunque defienden una responsabilidad penal amplia (en el sentido de "medidas accesorias"). Así argumenta SCHÜNEMANN, "La punibilidad de las personas jurídicas...", p. 587; siguiéndolo, MIR PUIG, "Una tercera vía...", p. 365 y ss.

[98] Cfr. ENGISCH, c. más refs., 40. DJT, tomo 2, p. E 14.

[99] Ver HEINITZ, aunque reconociendo la posibilidad de lege ferenda, de prever culpabilidad y penas para personas jurídicas, 40. DJT, tomo 1, p. 86 y s. 89, 90; ENGISCH, 40. DJT, tomo 2, p. E 7 y ss., E 26 y ss.; HARTUNG, 40. DJT, tomo 2, p. E 43 y ss. Ver también el análisis sobre el origen de estas objeciones y su refutación en HIRSCH, p. 610 y ss.;

3.2. Responsabilidad subsidiaria y consecuencias accesorias

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. Así en Alemania, HEINITZ, en su famoso informe para la Jornada de Juristas Alemanes de 1953, recomendó acoger una responsabilidad subsidiaria de las personas jurídicas en caso de que sus representantes o empleados, violando sus deberes, cometieran una falta, fueran condenados a pagar una multa, y no pudieran hacerlo[100]. En el mismo contexto, HARTUNG recomendó un "procedimiento de medidas de seguridad" para los entes colectivos, dentro del mismo proceso penal de los individuos, el cual, por su configuración equivale al modelo español que se describe a continuación[101].

Un modelo más amplio y acabado de responsabilidad subsidiaria se introdujo, tras algunas modificaciones en proyectos previos (como el de 1980), en el Código Penal español de 1995, bajo la denominación de *consecuencias accesorias* (art. 129) para evitar la discusión que implicaba el empleo del término "medida accesoria" o "pena"[102]. Se trataba de una solución intermedia destinada a controlar los peligros provenientes aquellas personas jurídicas en cuyo marco se hubiesen cometido delitos[103]. El juez puede, desde entonces, imponer determinadas medidas previstas en la ley: cierre temporal o definitivo de un local, disolución de la empresa, suspensión de actividades, prohibición de intervención de la empresa, etc.; medidas que también pueden estar previstas específicamente en la parte especial (p. ej. la prohibición de contratar con el Estado en un tiempo determinado para empresas participantes en cárteles de licitación). El legislador penal peruano ha importado este modelo y lo ha introducido en el art. 105 del CP de 1991, aunque de una forma incluso más incompleta que en la ley española[104].

---

[100] Se basaba en el modelo italiano (art. 197 Codice penale) y las buenas experiencias que se habrían tenido con él. Ver HEINITZ, 40. DJT, tomo 1, p. 88.

[101] HARTUNG proponía, dentro de un proceso bajo las reglas penales, introducir todo un sistema de "medidas" a los entes colectivos que iban desde las más leves a las más graves (imposición de algunos deberes, pasando por la curatela y cierre de locales hasta llegar a la disolución), pero excluía medidas que tuvieran carácter de pena (como la multa o la publicación de la condena); cfr. 40., DJT, tomo 2, p. E 57 y ss.

[102] Cfr. ARROYO ZAPATERO, p. 20; MIR PUIG, "Una tercera vía...", p. 357 y ss.

[103] Expresa y críticamente sobre la fundamentación de este modelo, c. más refs., RAMÓN RIBAS, en Quintero Olivares/Morales Prats, p. 681 y s.

[104] Ver un análisis crítico en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 158 y s., 206 y en "Diez años ....", p. 29 y s. [en esta compilación: p. 610 y s.]. A diferencia del modelo español, donde se dice expresamente que la medida estará destinada a prevenir la comisión de nuevos delitos o contrarrestar sus efectos (art. 129 último párrafo), el legislador peruano no ha previsto una pauta que diga al juez cuándo aplicar la medida.

De manera general, se justifica la existencia de las "consecuencias accesorias" por una necesidad "preventiva" ante la constatación de una "peligrosidad objetiva" proveniente del ente colectivo; se trata de contrarrestar los efectos de un delito ya cometido a través de la empresa o impedir la comisión de nuevos delitos[105]. Sus características básicas (y requisitos para su imposición) son, en cuanto a lo material, su "conexión" necesaria con la comisión efectiva de un hecho delictivo de individuos (peligrosidad postdelictual), que se trate de un hecho delictivo que el legislador haya vinculado expresamente con la "medida accesoria" (sistema númerus clausus), que tal hecho demuestre una "peligrosidad objetiva" del ente colectivo (vinculación del delito con la actividad de la empresa y que la beneficie o se realice en su interés), la accesoriedad delictiva con el hecho principal (básicamente que exista un hecho "típico y antijurídico"), "necesidad" de aplicar la medida, y "proporcionalidad"; y, en cuanto a lo procesal, la imposición por parte de un juez, la concesión de audiencia a la parte afectada y, obviamente, la motivación de la resolución[106].

Ahora bien, esta previsión legal ha generado en España en primer lugar 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 práctica[107]. Lo cierto es que, por un lado, las medidas, que están previstas en el Código Penal, dependen de la verificación de responsabilidad individual y, además son facultativas, pero, por otro lado, también constituyen recortes de libertades tan graves

---

[105] Cfr. RAMÓN RIBAS, en Quintero Olivares/Morales Prats, "Comentarios...", p. 676; GRACIA MARTIN, "Las llamadas...", p. 234 y s.

[106] Cfr. al respecto, c. más refs. y refiriéndose al caso español, GRACIA MARTÍN, "Las llamadas...", p. 236 y ss.; MIR PUIG, "Una tercera vía...", p. 358 y s.; RAMÓN RIBAS, en Quintero Olivares/Morales Prats, p. 676, 678 y ss. La mayoría de estos requisitos no han sido previstos expresamente en la ley; la doctrina española suele deducirlos interpretativamente tomando, además, por referencia el modelo contravencional alemán (art. 30 OWiG); y por lo demás, tampoco hay consenso en cuanto a los alcances de cada uno de ellos. GRACIA MARTÍN, p. ej., toma el concepto "defecto de organización" de la persona jurídica (que la doctrina alemana utiliza para fundamentar la culpabilidad de aquella) en cada caso concreto para demostrar la "peligrosidad objetiva" (en cambio, para él el "defecto de la organización" no podría demostrar la culpabilidad de los entes colectivos); ver *ibídem*, p. 242 y s. También se discute sobre el carácter "facultativo" de la medida; para unos, ello implica que el juez podría decidir no imponer las medidas incluso cuando se presentaran todos los requisitos, para otros, en tal caso, el juez "deberá" imponerlas; sobre la discusión, siguiendo la última interpretación, GRACIA MARTÍN, ibídem, p. 243.

[107] Al respecto, c. más refs. SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal...", 183 y ss. quien las considera "medidas de seguridad" (ibídem, p. 191 y s.); críticamente, ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 158 y s., 206. Ampliamente sobre la discusión, exponiendo las distintas interpretaciones de la doctrina española, GRACIA MARTÍN, p. 196 y ss. Este autor sostiene que las "medidas accesorias" (junto con el comiso) tendría el carácter de "medidas preventivas de carácter asegurativo de la comunidad social" equivalentes a "medidas de policía" (p. 212 y ss., 234 y s.). Pero también hay un sector importante de la doctrina española que considera que las "consecuencias accesorias" serían auténticas "penas" contra las personas jurídicas pues, aparte de estar previstas en el Código Penal, implican limitaciones de derechos; ver, entre otros y c. más refs. ZUGALDÍA ESPINAR, en el Libro-Homenaje a Valle Muñiz, 2001, p. 896 y ss.; también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 221 y s., 608. Pero con ello se olvida que la "limitación de derechos" por sí sola (presente en muchas otras medidas) no basta para definir a las "penas" propias del Derecho penal.

como las verdaderas penas[108]. Todo esto parece abogar por la tesis de que se trataría de "medidas sui generis" que, aunque no constituyan penas en sentido estricto sí tienen efectos penales y estarían situadas entre las "penas" y las "medidas de seguridad"; solo en este sentido se podría decir que ellas constituirían "sanciones penales" pertenecientes al Derecho penal en sentido amplio[109].

En cuanto al modelo mismo, las críticas se dirigen a sus posibilidades preventivas así como también a su practicabilidad[110], pues, básicamente, habría generado mucha inseguridad jurídica[111]. Y es que, aunque la ley señale cuáles son las medidas (clausura temporal o definitiva, disolución de la persona jurídica, suspensión de actividades, prohibición de actividades comerciales, intervención de la empresa), ellas solamente se aplicarían para aquellos casos concretos de la parte especial, cuando los tipos remitieren expresamente al art. 129. Estos casos ni son muchos ni parecen obedecer a una concepción particular sobre la delicuencia empresarial, pues hay remisiones generales al art. 129 o también específicas a algunas de las medidas allí previstas, y los delitos en los que se puede aplicar las medidas son muy dispares: terrorismo, asociación ilícita, algunos delitos económicos, tráfico de drogas, corrupción internacional, etc.[112]. Es incomprensible que la medida quede excluida, en cambio, para una serie de delitos económicos donde la intervención de la empresa es determinante: delitos contra los derechos de los trabajadores, contra los consumidores, delitos fiscales, administración desleal, etc., donde solamente queda la vía de escape, para aplicar medidas de seguridad, de vincular el delito a la "asociación ilícita" (donde expresamente sí es posible)[113]. Y más difícil de entender aun es que el texto legal vincule la aplicación de la medida a la "identificación" de un sujeto individual determinado cuando precisamente el vacío más grave del sistema penal individual está en aquel caso en el que se sabe que el delito proviene de una empresa, pero no se puede identificar a nadie en concreto[114].

---

[108] Ver, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", p. 158 y s., 206; cfr. para el modelo español, ARROYO ZAPATERO, p. 21.

[109] En ese sentido ARROYO ZAPATERO, p. 21; de manera similar MIR PUIG las identifica como un "tercera vía", c. más refs. sobre la discusión, "Una tercera vía...", p. 361y s., 373. También GRACIA MARTÍN, "Las llamadas...", cfr. p. 235.

[110] Entre otros, ver ARROYO ZAPATERO, c. más refs., p. 20; MIR PUIG, c. más refs., "Una tercera vía...", p. 359 y ss..

[111] Al respecto ampliamente, RAMÓN RIBAS, en Quintero Olivares/Morales Prats, "Comentarios...", p. 677 y s. En especial se critica que la propia ley no especifique, entre otras cosas, los requisitos para la aplicación de la medida, los criterios que harían preferible una medida frente a otra, la posibilidad de la acumulación de medidas, los plazos de prescipción, el tiempo de duración de medidas temporales.

[112] Cfr. ARROYO ZAPATERO, p. 21 y s.

[113] Cfr. ARROYO ZAPATERO, c. jurisp. p. 21 y s.

[114] Mir Puig critica este inconveniente del actual modelo español, pero sostiene que podría solucionarse "interpretativamente" el problema: puede entenderse que bastaría con una accesoriedad limitada (verificar un hecho

En el año 2003, se incluyó en el art. 31 del CP español (actuar por otro) un segundo párrafo en el cual se considera como obligada a pagar la multa, de manera directa y solidaria, a la "persona jurídica (...) en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó" el individuo-representante. Tampoco esta norma ha sido aplicada, probablemente debido a su dudosa constitucionalidad, ya que establece –como critica la doctrina hispana– un caso de responsabilidad objetiva sin prever por lo demás el procedimiento para efectivizar la medida[115].

En el caso peruano, la inseguridad es aún mayor, porque la regulación legislativa tiene muchas deficiencias técnicas. Por un lado, la regulación de la "medida accesoria" específica del "comiso de ganancias" (art. 104), aunque muy loable en su intención (prever el beneficio económico proveniente del delito), ha sido vinculada al pago de la reparación civil con lo cual pierde su eficacia preventiva[116]. En el caso de las "medidas accesorias", previstas en el art. 105, para su aplicación facultativa por el juez ("... podrá...") no se da más pauta que la de que el hecho punible se hubiera cometido "en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo" (art. 105, primer párrafo). Y aunque la ley no limita la aplicación de las medidas a determinados delitos, al no dar pauta alguna al juez, resulta demasiado abierta e imprecisa (teóricamente, también podría aplicarse la medida en el caso de un homicidio) y, por ello, tampoco ha tenido mayores efectos prácticos.

Con las modificaciones al Código Penal, introducidas por el D. Leg. 982 de 22-07-2007, entre otras cosas se ha introducido en el art. 105 la obligatoriedad de la aplicación de las medidas ("... deberá...") y se ha acogido la teoría civil-comercial del "disregard": "El cambio de razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria no impedirá la aplicación" de las medidas. Y también la Corte Suprema peruana ha emitido un criterio interpretativo de aplicación obligatoria para la aplicación de las consecuencias accesorias por los jueces[117]. Pese a todo, debido a la inseguridad de la base legal y a las graves consecuencias y responsabilidades que podría traer consigo la aplicación de las medidas, debe dudarse de su efectiva aplicación práctica.

---

típico y antijurídico) para aplicar la medida a la persona jurídica, sin necesidad de una condena a un individuo determinado y ni siquiera de su "identificación"; ver "Una tercera vía...", p. 360 y s.

[115] Cfr., c. más refs. ARROYO ZAPATERO, p. 22. También, críticamente RAMÓN RIBAS en Quintero Olivares/Morales Prats, p. 338 y ss. Entre otras cosas, la ubicación de esta "responsabilidad civil solidaria" (en el artículo referido al "actuar por otro") haría que resulte aplicable solamente a "delitos especiales", y entre ellos, solamente a aquellos en los que es posible tal representación con actuación de personas jurídicas; cfr. RAMÓN RIBAS, ibídem.

[116] ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones ...", p. 207 y s.; HURTADO/MEINI, quienes critican además que la ley peruana no haya precisado los mecanismos para efectivizar la medida, p. 85 y s.

[117] Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 del "V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias", Corte Suprema, Lima, 2009, p. 71 y ss.

3.3. Responsabilidad "penal" de los entes colectivos

Según lo expuesto hasta ahora, en aquel Derecho penal vigente que, a lo sumo, reconoce una "responsabilidad subsidiaria" del ente colectivo, ni se trata de una auténtica "responsabilidad penal", ni con ello se han solucionado los problemas generados por su ausencia. Y ello no solamente debido a las cuestiones técnicas que ya se han explicado (dificultad de identificar a los individuos responsables, dificultades de prueba, falta de efectos preventivos, etc.). Existe sobre todo una urgente *necesidad de pena,* debido al incremento alarmante de hechos delictivos cometidos a través o con ayuda de empresas y otros entes colectivos, así como a la impunidad y malestar social que esto genera. Pero también se trata de una cuestión de *justicia* el hacer responsables, en una sociedad moderna de riesgos, a las propias empresas por riesgos creados o no evitados por ellas. Además, se ha comprobado que es posible hacer que los entes colectivos (sea que se les considere "sistemas autopoiéticos" o simplemente sujetos de derecho capaces de "retroalimentarse") sean motivados para cambiar de política empresarial hacia una que no atente contra intereses vitales de la sociedad (o sea que se organicen de tal manera que controlen los riesgos y ganen conciencia de su responsabilidad)[118].

Por ello, un modelo que se quedare solamente en el control de la "peligrosidad objetiva", aun cuando lo haga dentro del Derecho penal (medidas de seguridad) y aplicando conocimientos de la teoría de sistemas (empresas como sistemas autopoiéticos) y del análisis económico del Derecho (análisis de costo/beneficio desde la perspectiva empresarial) para fijar las medidas aplicables (incluyendo las multas)[119], no es suficiente para afrontar las necesidades político-criminales que presenta toda esta problemática[120].

La argumentación tradicional del "societas delinquere non potest" ha cometido el error de querer trasladar al ámbito de los entes colectivos, los criterios de imputación creados para las personas físicas[121]. Las incompatibilidades

---

[118] Cfr. entre otros HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 46 y s.; SIEBER, "Compliance-Programme...", p. 460, 473 y ss.; EIDAM, "Unternehmen und Strafe", p. 258, nota 1326; Hirsch, 611. En el fondo, los mismos argumentos (necesidad política, efectividad del control, respeto al principio de igualdad), han sido argumentados históricamente una y otra vez para fundamentar la responsabilidad penal de los entes colectivos. Así, p. ej., en los EEUU por la jurisprudencia de principios de siglo XX; ver en MARINUCCI, "La responsabilidad...", p. 1186.

[119] En este sentido, SCHÜNEMANN, quien aboga por una concepción amplia de "pena" que incluya tanto a la pena individual con "culpabilidad" como a las "medidas accesorias" (sin culpabilidad) para las personas jurídicas; "La punibilidad de las personas jurídicas...", p. 579 y s.; siguiéndolo en el análisis, mas no en la consecuencia (las penas deben ser estrictamente separadas de las consecuencias accesorias, para no atentar contra el significado "simbólico", "comunicativo" de los conceptos), MIR PUIG, "Una tercera vía...", p. 369 y ss.

[120] Expresamente en este sentido, cfr. HIRSCH, p. 606 y s.; últimamente también BAJO FERNÁNDEZ, abandonando así su anterior postura a favor de aplicar solamente medidas de seguridad, ver p. 720, 725 y ss.

[121] Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 29 y ss., 32, 46 y ss.; igualmente CRAMER/HEINE en Schrönke/Schröder, vor §§ 25 ff., n. marg. 129, p. 524; HIRSCH, p. 603, 622; BACIGALUPO SAGGESE, p. 12 y s. Ver también al respecto

insuperables de la responsabilidad penal de las personas jurídicas desaparecen cuando se renuncia a querer hacer encajar por la fuerza la responsabilidad penal del ente colectivo dentro de las categorías penales creadas para individuos y, más bien, se buscan otros criterios de responsabilidad (penal) adecuados a la naturaleza de aquel. Para esto existen dos opciones: o bien, como hace parte de la doctrina que se expone a continuación, se intenta buscar "paralelos funcionales" de responsabilidad penal orientándose en las categorías penales individuales; o bien se buscan nuevas categorías apropiadas desprovistas de la "orientación penal", aunque reconociendo que ambos (el nuevo Derecho y el Derecho penal) pertenecerían a una categoría superior (Derecho sancionador) y respetando las garantías constitucionales válidas también para los entes colectivos. Esta problemática es dejada para el final cuando llegue la hora de decidir si la mejor solución sería permanecer en el Derecho penal o crear un nuevo Derecho sancionador ajustado a la medida de los entes colectivos.

Si lo que ahora importa es la cuestión de si sería posible construir un sistema de imputación mediante el cual los entes colectivos puedan responder, por sí mismos, por una conducta propia "culpable", y se les puedan aplicar "sanciones graves" (penas) que tengan una determinada función preventiva, entonces la respuesta será afirmativa, pero bajo premisas que tengan en cuenta la "diferencia" entre "individuo" y "ente colectivo", y reconozcan y apliquen para este último criterios de imputación específicos[122].

Así las cosas, la *acción de la persona jurídica* puede ser entendida como "normativamente real"[123] en el sentido de que el ente colectivo, como sujeto de Derecho, además de poder actuar y contraer obligaciones civiles, también puede ser sujeto pasivo de delitos y, por lo tanto, también sujeto activo de ellos: la persona jurídica puede ser destinataria de normas penales cuando el

---

ya arriba en 2.4. Sobre esta imposibilidad de identificación dogmática, MIR PUIG, "Una tercera vía...", p. 363. Una primera llamada de atención sobre la "naturaleza de las corporaciones" la dio Gierke con su "teoría de la realidad" cuando consideró que ellas, así como podían cometer ilícitos civiles y responder por ellos, también hacerlo mediante penas adecuadas; cfr. HEINITZ, 40. DJT, tomo 1, p. 84.

[122] Recomiendan esto prácticamente todos los autores que están a favor de la punibilidad de las personas jurídicas. Ver, entre otros, TIEDEMANN, "Derecho penal económico. Introducción y parte general", n. marg. 244, 244a, p. 235 y s.; BAIGÚN, p. 28 y ss.; HURTADO/MEINI, p. 81, 107. Aquí se podría partir también de un concepto superior (Oberbegriff) de "sujeto de Derecho penal", y abarcar así tanto a los individuos como a los entes colectivos dentro del Derecho penal. En este sentido y basándose la doctrina alemana de Gierke, Binder y von Liszt, por un lado, y Jakobs, por el otro, BACIGALUPO SAGESSE, argumenta a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito de la criminalidad económica, cfr. p. 12 y s., 27 y ss. Pero esto presupone la decisión previa de querer incluir dentro del Derecho penal a los entes colectivos; algo que, siguiendo la línea de pensamiento de la autora (búsqueda de un concepto superior) puede hacerse, pero no tiene que hacerse si existese una opción sancionadora distinta; se trata al respecto más abajo en 8 y 12.3.

[123] Como dice OTT, desde la perspectiva civil, pero refiriéndose a la posibilidad de punibilidad de las personas jurídicas: "... también un realidad normativa es una realidad"; p. 12.

legislador, recogiendo lo vigente desde hace mucho en la realidad social, introduzca la regulación correspondiente (esta realidad social también es válida para el reproche social de la culpabilidad por delitos "cometidos" por personas jurídicas)[124]. También la doctrina civil y comercial alemanas, cuando analizan las posibilidades penales, afirman que de lege ferenda puede adoptarse una responsabilidad penal de personas jurídicas, pues el que ellas puedan actuar o no y puedan ser imputables penalmente depende, en última instancia, de la palabra del legislador; las posibilidades dogmáticas de interpretar la actuación e imputación penal autónoma y directa a las personas jurídicas existen a través de diversas teorías como, entre otras, la teoría de la "realidad"[125]. Y no solamente se trata de la ahora más que nunca innegable "existencia" del ente colectivo, con efectos sensibles, en la vida económica y social, sino que su "peso", frente a la acción individual, es abrumador (y así lo demuestran los casos más sonados de las últimas décadas en casos de contaminación ambiental, estafas, administración desleal, responsabilidad por el producto, etc.).

También constituye una realidad social la *culpabilidad del ente colectivo*[126]: las empresas son consideradas por el público "culpables" de una contaminación ambiental, de la explotación de trabajadores; algunas empresas bancarias suelen ser vistas como "culpables" de colaborar con el "lavado de dinero", así como se considera a algunas organizaciones religiosas, por lo menos como instigadoras o cómplices de actos terroristas; Estados son y han sido hechos "culpables" de guerras, etc. Y como además, es indiscutible que se les atribuya un "honor" y un "deshonor", es incluso posible hablar ya ahora, en relación con las empresas, de una culpabilidad y de un "reproche ético"[127]. Por cierto que esta culpabilidad, para resultar legítima, debería basarse en una "conducta" o

---

[124] Cfr. TIEDEMANN, "Responsabilidad penal...", p. 36 y ss., "Wirtschaftsstrafrecht AT", n. marg., 244a, p. 137; en el mismo sentido, DANNECKER, "Zur Notwendigkeit...", p. 107 y ss. Este argumento es, por lo demás, antiguo pues sirvió de base para el reconocimiento de la responsabilidad penal de las "corporations" en la Inglaterra de finales del siglo XIX y en los Estados Unidos poco después; ver las refs. en MARINUCCI, "La responsabilidad...", p. 1184 y ss.

[125] Así OTT, quien propone además una teoría propia llamada de la "persona jurídica como hecho institucional", tanto porque tiene una existencia real en la consciencia humana como también porque su existencia está vinculada a instituciones sociales como el mercado, los registros comerciales, los tribunales, los órganos legislativos, etc.; ver p. 3 y ss., 11 y s. 12. También SCHOLZ, desde la perspectiva administrativa, está a favor de la responsabilidad penal de personas jurídicas, ver p. 435 y ss., 439 y s. Ya antes, HEINITZ reconocía que no habría problemas con la "acción", porque se trataba de imputar (sin importar la teoría de la acción que se asuma) al ente colectivo la voluntad de personas de carne y hueso como hecho físico; ver 40. DJT, tomo 1, p. 84.

[126] Cfr. HIRSCH, p. 607.

[127] HIRSCH, p. 607 y s.; siguiéndolo, MARINUCCI, "La responsabilidad...", p. 1197. HURTADO/MEINI observan acertadamente que "... existe una percepción social, manifestada en el lenguaje, de que las decisiones de la persona jurídica y, por tanto, los actos cometidos por sus miembros individuales se originan en el ejercicio de un poder difuso específico a ella. Poder que es el producto de las estructuras de la organización de la persona jurídica. En consecuencia, la culpabilidad de los miembros individuales no se confunde con la de la persona jurídica"; ver p. 105 y s.

"actitud" propia del ente colectivo, tal como ocurre con el "defecto de organización" que se verá más adelante. Es por eso que aquí tampoco se necesita recurrir a soluciones provenientes de la responsabilidad penal individual[128].

Por otro lado, en contra de tendencias recientes, para la afirmación de esta culpabilidad con consecuencias sancionadoras (eventualmente penales) no se necesita la existencia previa de "programas de compliance"[129], pues los deberes de respetar las normas vigentes son presupuestos previos a la constitución de las personas jurídicas. Por cierto que facilitaría mucho las cosas (y la determinación del dolo o la culpa) si la legislación exigiera, a través de regulaciones específicas precisas y detalladas, que las empresas incluyeran en su organización determinadas medidas de prevención de delitos e infracciones. Esta exigibilidad tendrá que estar en relación con el tamaño del ente colectivo, pues se debería excluir a organizaciones de menor magnitud. Y consecuentemente también, la regulación de una "culpabilidad" del ente colectivo debería prever no solamente casos de error, caso fortuito, causas de atenuación, agravación o exención de culpabilidad, sino también de "inimputabilidad" en función del tamaño del ente colectivo ("madurez")[130].

En este contexto, parte de los críticos sostiene que el reconocimiento de la responsabilidad penal del ente colectivo llevaría a un desplazamiento injusto de la responsabilidad individual; es decir, los individuos responsables (gerentes, directivos, accionistas) se salvarían de la responsabilidad penal, la cual pasaría ahora al ente colectivo, con lo cual el "castigo" se repartiría, injustamente, entre todos[131]. Pero esta afirmación es inexacta pues, independientemente de lo que suceda en la práctica jurisprudencial norteamericana (de cuya observación proviene la crítica)[132], la introducción de la responsabilidad penal de personas jurídicas no quiere reemplazar la responsabilidad individual, sino incrementar la eficacia del Derecho penal[133]: no va a excluir la responsabilidad

---

[128] Criticando consecuentemente una propuesta de Schünemann (aplicación de medidas de seguridad basándose en un estado de necesidad del bien jurídico) y otra de Tiedemann (paralelo del "defecto organizativo" con la "actio libera in causa"), BACIGALUPO SAGGESE, p. 23 y ss.

[129] Enfatiza en esta necesidad, BAJO FERNÁNDEZ, para la determinación de la "fidelidad al Derecho", ver p. 726 y s.

[130] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, p. 727. En este sentido, ha sido consecuente la reciente ley chilena de diciembre de 2009; ver al respecto abajo en 9.2.

[131] Cfr. MIR PUIG, "Una tercera vía...", p. 355 y ss. 371 y ss. También expone esta crítica y la descarta, NIETO MARTÍN, "La responsabilidad...", p. 134.

[132] HIRSCH observa, al contrario de la crítica, que en la práctica penal anglosajona los criterios de la responsabilidad penal se han mantenido por separado tanto para los individuos como para los entes colectivos y que para estos últimos se suele recurrir a parámetros civilistas; ver p. 615.

[133] MIR PUIG, p. ej., advierte que la existencia de una punibilidad empresarial junto con la punibilidad individual puede hacer que los jueces tiendan a contentarse con castigar a las personas jurídicas y evadir la tortuosa vía de comprobar una responsabilidad individual; cfr. en "Una tercera vía...", p. 373 y s.

de las personas físicas, sino reforzar la responsabilidad de estas al obligar a que las personas jurídicas actúen preventivamente para controlar a sus agentes[134]. Además, dado que la esencia del ente colectivo no es igual a una mera adición de las personas individuales que la conforman, la culpabilidad de aquella no puede agotarse con la sumatoria de cada uno de sus integrantes. Por eso, la "culpabilidad" del ente colectivo no debe excluir la de sus integrantes individuales[135]: debe existir una *responsabilidad acumulativa* a través de la cual respondan "penalmente" tanto los individuos como también los entes colectivos, cada uno de ellos por su propio injusto. Esto también se ha plasmado ya en distintas modificaciones legales y proyectos de reforma[136]. Esta constatación refuta también definitivamente la crítica que ve en la responsabilidad penal de las personas jurídicas una violación del principio "ne bis in idem"[137].

También es posible afirmar una *capacidad de pena* de los entes colectivos, pues sea que esta tenga, como sostiene la doctrina dominante en la actualidad, "finalidades preventivas", o "finalidades estabilizadoras de la norma", ambas pueden cumplirse también a través de aquella pena dirigida contra una persona jurídica[138]. Por un lado, funciona la "prevención general" cuando se constata que el riesgo de ser sancionado puede hacer que otros entes colectivos se abstengan de cometer actos ilícitos (tal como se observa en el Derecho contravencional), pero también puede afirmarse un efecto "preventivo-especial" dentro del ente colectivo sancionado cuando sus miembros, como consecuencia de la sanción, toman medidas al interior de la organización para evitar caer en la sanción (y sufrir con ello pérdidas económicas y de prestigio). Esta "susceptibilidad ante la pena" existe en el ente colectivo, en contra de la crítica, pues, aunque como forma abstracta de organización no tenga sensibilidad propia, sí puede reaccionar y actuar a través de sus integrantes[139]. Acerca de la "estabilización de la norma", ello también es constatable en cuanto refuerzo

---

[134] Cfr. NIETO MARTIN, p. 134; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, p. 509.

[135] Cfr. HIRSCH, p. 609; HURTADO/MEINI, p. 106.

[136] El Anteproyecto español de 2008 (y los anteriores proyectos y anteproyectos) prevén esta "doble incriminación", si bien bajo un modelo de "responsabilidad vicaria" de las personas jurídicas; ver CGPJ, "Informe ...", p. 6 y s.

[137] Cfr. HIRSCH, p. 614 y s.

[138] Ver c. más refs. HIRSCH, p. 610 y ss.; BAIGÚN, p. 190; HURTADO/MEINI, p. 78. La doctrina alemana de los años 50 que negaba "capacidad de pena" se basaba sobre todo en una concepción de la pena de carácter retributivo. Así, argüía la imposibilidad de una "retribución justa", c. más refs., en ENGISCH, 40. DJT, tomo 2, E 14 y ss.; y HARTUNG afirmaba que cualquier "medida" impuesta a los entes colectivos (incluso las del Derecho contravencional) jamás podrían constituir una auténtica pena, porque nunca podrían significar la rendición de un castigo por un injusto cometido; ver 40. DJT, tomo 2, p. E 46. Por cierto que también desde una perspectiva retribucionista podía verse defenderse la punibilidad de los entes colectivos como "retribución justa" a un "abuso de libertad social"; ver así la argumentación de VON WEBER en la discusión del 40. DJT, tomo 2, p. E 63 y s.

[139] Cfr. HIRSCH, p. 612.

de la confianza de la sociedad en la fuerza del ordenamiento jurídico, si el ente colectivo resultare penado sobre la base de un reproche de culpabilidad que, como ya se vio, es posible a través del "defecto de organización"[140].

Por otro lado, el argumento del *castigo injusto* por un "hecho ajeno" (el de los individuos que se toma como punto de contacto) y el del castigo adicional a otras personas no responsables, pero que tuvieran intereses en la persona jurídica (socios, trabajadores, accionistas, la sociedad, etc.)[141], tampoco es aceptable pues, por un lado, como se verá más abajo, se puede imputar al ente colectivo un "hecho propio" (p. ej. el "defecto de la organización") y, en el segundo caso, se trata de *efectos mediatos* propios del "riesgo" existente de pertenecer a una organización, y por los cuales el tercero (accionista, socio, etc.) no responde con todo su patrimonio, sino solamente con su capital aportado[142]: así como el miembro obtiene ventajas gracias a su pertenencia a la organización, también debe asumir los riesgos que derivan de ella. Llevando la reflexión a otro nivel se puede constatar que también en el caso de los Estados, estos pueden ser "susceptibles de pena" cuando, ante un acto ilícito (guerra, persecución política, violaciones de derechos humanos, etc.) sufren sanciones de la comunidad internacional, pese a que con ellas también se afectan a terceros[143]. Tampoco el Derecho penal tradicional puede evitar que terceros inocentes (familia, amigos, empleador, entorno social) se vean afectados indirectamente por la pena impuesta al delincuente. El hecho de que en Alemania desde hace ya varias décadas exista un Derecho contravencional que faculta imponer sanciones muy elevadas a las "empresas", de manera muy similar a como lo haría el Derecho penal, desvirtúa definitivamente esta crítica.

Finalmente, la objeción relativa a la incompatibilidad de la sanción al ente colectivo con el proceso penal, sobre todo en relación con la "presencia corporal" del procesado, es refutada fácilmente. No solamente se trata de una exigencia procesal que tiene múltiples excepciones, y que el ente colectivo puede ser representado por sus órganos. Se ha olvidado con esta crítica algo elemental: el proceso penal debe adaptarse al Derecho penal y no al revés[144].

---

[140] Cfr. HIRSCH, p. 612.

[141] Así, entre otros, MIR PUIG, "Una tercera vía...", p. 365 y ss.

[142] Cfr. HIRSCH, p. 613 y s. En la discusión alemana, RICHARD BUSCH, en su libro "Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände" (1933, p. 188), había introducido el concepto algo dramático e inexacto de "Schicksalgemeinschaft" (comunidad de personas que comparten el mismo destino), pues da la impresión de que todos los integrantes siempre gozan las ventajas y sufren las desventajas, con todo su patrimonio, derivadas de su pertenencia al ente colectivo. Esto había sido duramente criticado por los detractores de la responsabilidad penal de personas jurídicas por lo injusto e indiscriminado de las consecuencias, y reforzando la crítica con el argumento emocional de la experiencia alemana de posguerra; ver, entre otros, ENGISCH, 40. DJT, tomo 2, p. E 28 y s.

[143] Cfr. HIRSCH, c. más. Refs., p. 614.

[144] Cfr. HIRSCH, p. 615, nota 63.

En suma, como decía HEINITZ hace ya más de medio siglo, no se puede afirmar que existan serias razones de lógica sistemática para negar la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino de "necesidades políticas o definición de objetivos"[145]. Pero una vez afirmada, por lo menos en el contexto actual (desarrollos internacionales, mayor importancia de los entes colectivos, etc.) no se tratará de discutir si de lege ferenda resulta *posible* sancionar penalmente a los entes colectivos (ya no hay objeciones dogmáticas al respecto) ni de que esto sea *necesario* o no (se ha verificado la necesidad político-criminal), sino cuál sería la *configuración concreta* de esta responsabilidad penal o cuasi penal propia de los entes colectivos[146].

3.3.1. El modelo de la "imputación" al ente colectivo de conductas individuales

Entre los partidarios de una "responsabilidad penal" de los entes colectivos, algunos postulan la imputación a estos de los actos cometidos por sus "representantes". Este modelo equivale a la solución ya vigente en Alemania según el art. 30 OWiG (ver más detalles abajo en 7.2). De manera similar a lo que ocurre con la regla del "actuar por otro" (imputación de hechos punibles al ejecutor, aunque en él no recaigan cualidades exigidas por el tipo para el autor), se imputa al "ente colectivo" el hecho punible realizado por determinados "órganos" y personas vinculadas con el ente colectivo (representantes, mandatarios, incluso, el "titular"). Como se ve, no se "castiga" al ente colectivo por un hecho propio, sino por el que han cometido otras personas (individuales), en el curso de las actividades de aquel y en su interés.

Los modelos de imputación, sobre los que actualmente se poseen ya varias experiencias legislativas mundiales[147], tienen serios problemas prácticos. En su aplicación o bien tienden a limitar o a extender demasiado la responsabilidad[148]. Limitan demasiado la aplicación del Derecho penal debido a que se necesita identificar a una persona física cuyo hecho va a ser imputado al ente

---

[145] HEINITZ, 40. DJT, tomo 1, p. 67, 87 y ss. No obstante lo cual, él veía problemas con los conceptos tradicionales de "culpabilidad" y "pena"; ídem, p. 85 y s.

[146] En el mismo sentido destacan la importancia de desarrollar "criterios de imputación" para la punibilidad de las personas jurídicas, los cuales además, tendrán que ser diferentes de los previstos para la responsabilidad de los individuos, HURTADO/MEINI, p. 81, 105, 107.

[147] Criticando los modelos de Francia y de Inglaterra, cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 33 y s.; igualmente constata la popularidad de este modelo de "heterorresponsabilidad" en las últimas reformas penales (incluyendo la española), GÓMEZ-JARA, "El modelo constructivista...", p. 96, 146.

[148] Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 33, 44 y s.; 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.

colectivo y quien además debe reunir el elemento subjetivo (de difícil prueba); y resulta demasiado amplia porque, una vez realizada tal identificación, prácticamente no se necesita más para una responsabilidad de la empresa.

Además, una mera "imputación" de hechos ajenos no puede responder a la crítica que se le hace acusándola de admitir una "responsabilidad objetiva" en contra de principios penales elementales. Si se ha de "penar" al ente colectivo, tendría que vincular el reproche a una conducta propia y no a una ajena[149]. Es por eso que se ha tratado luego de construir una "responsabilidad propia" de la persona jurídica basada en hechos ajenos (los de sus miembros), tal como se verá a continuación. Incluso en los EEUU, donde al principio se aplicaba una responsabilidad vicarial de la "corporación", en los últimos años se ha buscado fundamentar la responsabilidad por el delito por hechos referidos a su propia organización[150].

Una posibilidad intermedia, a mitad de camino hacia una "responsabilidad originaria" (autónoma) del ente colectivo, podría consistir en prever "cláusulas de exclusión de la responsabilidad", las que intervendrían cuando la empresa pudiera probar la irresponsabilidad de determinado círculo de personas[151].

3.3.2. Responsabilidad penal propia ("responsabilidad originaria")

Un grupo cada vez mayor de autores postula la *responsabilidad del ente colectivo por un hecho propio*. En este sentido, al ente colectivo se le puede reprochar, siguiendo el paralelo con el reproche individual, una "conducta" determinada (actos concretos de sus órganos que ordenan o permiten la comisión de ilícitos); y esto, tanto en el sentido de una acción (en tal caso la "acción" del órgano que es imputada al ente) como por una "omisión" (dolosa: la posición de garantía; culposa: la "culpa in vigilando"). Pero también, de manera más acorde con su naturaleza, se podría reprochar al ente colectivo directamente el haber permitido llegar a un "estado" determinado (la "organización defectuosa"). El problema inicial consiste en elaborar una o más disposiciones que determinen, en la ley penal, dicha responsablidad colectiva, sin caer en contradicciones sistemáticas y sin dejar vacíos de punibilidad.

---

[149] Desde la perspectiva normativista radical también se critica a aquellos modelos de imputación que incluso emplean la terminología sistémica y caen con ello en la contradicción de negar al mismo tiempo la condición de sistema autopoiético de los entes colectivos; ver c. más refs. GÓMEZ-JARA, "El modelo constructivista...", p. 102, nota al pie 18.

[150] Sobre este desarrollo, c. refs. ver MARINUCCI, "La responsabilidad...", p. 192 y s.

[151] Cfr. HEINE, quien advierte también sobre los problemas que plantearían esta "inversión de la carga de la prueba", "Modelos de responsabilidad...", pp. 35, 45.

a) Un primer intento consiste en considerar a la empresa como *garante de protección* de determinados bienes jurídicos. Esto ocurriría cuando se tratare de delitos ambientales o de la responsabilidad por el producto. Pero se ha criticado que se vería limitado por la escasa cantidad de situaciones prácticas en las que sería posible afirmar tal posición de garantía del ente colectivo, pues ella exigiría un "monopolio" sobre los objetos de protección, algo que solamente podría darse en organismos de la administración pública y, en contados casos, con las empresas en relación con su propio patrimonio ("administración desleal") o su seguridad (delitos laborales)[152].

b) También es posible aplicar el modelo de la *imputación de responsabilidad propia del ente colectivo* (persona jurídica) *a través de* los hechos ilícitos cometidos por determinadas personas que actuaren por ella; o sea, el ente colectivo será responsable (y se le podría imponer una pena), porque el delito (o contravención) cometido por un individuo (p. ej. un directivo de la empresa) es considerado como hecho punible de aquel. La empresa responderá por no haber controlado, supervisado, de manera suficiente, a sus empleados para evitar las conductas individuales lesivas ("culpa in vigilando"), y por lo tanto, se le imputa el hecho de constituir una *empresa deficitaria*[153]. Este modelo existe desde hace algún tiempo en el Derecho contravencional alemán que es considerado por la doctrina alemana como equivalente a un Derecho penal amplio (ver en 7.2). A diferencia del modelo de mera "imputación" ya visto arriba, aquí se busca explicar un "hecho propio" del ente colectivo a través de conductas individuales. TIEDEMANN ha interpretado que el Derecho contravencional alemán habría previsto (inconscientemente), ya de lege lata una "responsabilidad propia" del ente colectivo en el sentido de este modelo: el art. 30 OWiG (en concordancia con el art. 130 OWiG) presupondría siempre una "culpa organizativa" consistente en una inobservancia de las previsiones necesarias para que, al interior de la empresa, se desarrollen conductas conformes a Derecho (la "culpa previa"); por tanto, los hechos individuales de los representantes o trabajadores solamente constituirían "hechos de contacto" (condición objetiva de punibilidad). También BACIGALUPO SAGGESE, a través de un planteamiento normativista radical, recurre a un similar modelo de imputación. En la construcción de su modelo, recurre a la teoría civilista de la "representación" para imputar, como "manifesta-

---

[152] Cfr., c. más refs., HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 36 y s.

[153] Cfr. TIEDEMANN, remitiéndose a la práctica francesa, portuguesa y estadounidense, "Wirtschaftsstrafrecht AT", n. marg. 244, 244a; refiriéndose a este también SIEBER, c. más refs., "Compliance-Programme...", p. 466 y allí nota 60. Al respecto también HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 37 y s.

ción de la voluntad de la persona jurídica", los hechos de todos aquellos que, según la ley y los estatutos de la empresa estén a cargo de una parte operativa de ella, imputación que se legitimaría, según los casos dados, tanto en la "autonomía de la voluntad" (autoobligación del representado) como también en la disposición de la ley[154].

El caso es que este modelo sigue exigiendo (como el modelo de la imputación de conducta ajena), para admitir una "responsabilidad propia" del ente colectivo, una vinculación de la culpa organizativa con la conducta de determinadas personas individuales (que demuestra su existencia): la comisión de un delito o una contravención que violen deberes propios del ente colectivo o que a través de tales hechos se enriquezca o vaya a enriquecerse. Es decir, las posilibidades de una verdadera imposición de sanciones (contravencionales de lege lata; penales, si el modelo fuera adoptado en la ley penal) al ente colectivo, todavía son limitadas.

Para superar este problema se tiene que hacer el reproche penal (o cuasi penal) directamente al ente colectivo o empresa *por una conducta propia independiente*. Y aquí, a diferencia de la solución de la "posición de garante" vista en a), resulta más realista ver en el ente colectivo solamente un "garante del control" o "garante de la supervisión" para evitar peligros provenientes de él, y hacerle responder por un "defecto", "fallo" o "déficit" de tal control. Aquí existe primero la posiblidad de reprochar el hecho de constituir, por sí mismas, "empresas defectuosas" por promover, al interior de la empresa, una determinada "cultura defectuosa", "cultura criminal", etc. Este reproche tiene un paralelo (y por eso resulta en cierta forma criticable) en el ya superado reproche individual por la "conducción de vida". El modelo australiano, en cuyo art. 12.2 del CP de 1995 se sanciona penalmente a la *empresa deficitaria* por la existencia de una defectuosa "cultura empresarial" fomentadora de hechos delictivos o por la inexistencia de una cultura empresarial que los evite pese a haberla podido instaurar[155]. Un similar modelo se tiene en los Países Bajos, cuya jurisprudencia suprema ha reconocido una autoría funcional de la empresa, cuando ella tenía el "poder de organización" sobre el comportamiento punible y había "aceptado" cuidarlo[156]. El TJCE también ha desarrollado un modelo similar en el ámbito del Derecho de cárteles con su reproche de "culpa organizativa" a las empresas: omisión de medidas previsoras que eran necesarias para garantizar un desarrollo ordenado no delictivo de los

---

[154] Ver p. 33 y ss.

[155] Cfr., c. refs. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 37.

[156] Cfr. c. refs., HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 38.

negocios, con lo cual no se necesita determinar quién ha actuado en concreto, ni si en esta persona recae un reproche personal de culpabilidad[157].

c) Otra posibilidad consiste ya no en reprochar a la empresa misma o a una determinada conducta de ella, sino a su *organización defectuosa*. El problema está en precisar en qué consiste esta "organización defectuosa": o bien puede verse como una "responsabilidad por vigilancia" (se debe precisar el objeto de la vigilancia y los fines perseguidos) o una "responsabilidad por no respetar deberes especiales" previstos en la ley. Sobre estas construcciones, hay mucha discusión y ya existen propuestas de lege ferenda. La segunda construcción resulta muy limitada; es cierto que existen "deberes empresariales" claros en el campo del Derecho de la libre competencia, la responsabilidad por el producto y el medio ambiente, donde existen deberes específicos que deben ser cumplidos por la empresa misma (tomada en su conjunto), motivo por el cual el cumplimiento y la infracción están desvinculados de los individuos, así como también la imputación penal puede desvincularse de estos[158]. La ventaja estaría en que las propias leyes (especiales penales o extrapenales) fijarían de antemano los "límites de la responsabilidad"; pero, por otro lado, y esto es decisivo, estos límites resultan muy estrechos (no abarcan nuevos riesgos) aparte de no incentivar a las empresas a activar su autorresponsabilidad[159].

Por eso, la construcción de la *responsabilidad por vigilancia* tiene más posibilidades de imponerse en la práctica[160]. El problema está en cómo concebir el "deber de vigilancia". En primer lugar, parece poco práctico precisar que se trata de un "deber de dominio sobre personas", pues esto tiende a una excesiva amplitud de la responsabilidad; debido a que cualquier carencia de organización puede llevar a la producción de delitos, el modelo debe ser corregido posteriormente por cláusulas de excepción (razonabilidad) u otros criterios (tamaño de la empresa, situación económica, etc.)[161]. Lo mejor y más objetivo consiste en exigir un "management de riesgos" adecuados a las situaciones concretas, cuya deficiencia podría derivar, bajo determinados supuestos, en la

---

[157] Cfr. TIEDEMANN, c. más refs. "Wirtschaftsstrafrecht AT", n. marg. 270, p. 150 y s.; también HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 38.

[158] Cfr. RANSIEK, "Unternehmensstrafrecht" 1996, p. 339 y ss., 347; ver también resumidamente en HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 39 y s.

[159] Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 40.

[160] Siguen este modelo de responsabilidad autónoma, expresamente, entre otros Heine, "Modelos de responsabilidad...", p. 39 y ss.; HURTADO/MEINI, p. 107.

[161] Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 39.

responsabilidad (penal) del ente colectivo[162]. Y aquí, es preferible que sea la propia ley, la que establezca los requisitos de esta responsabilidad, así como los ámbitos delictivos en los cuales ella entraría a tallar, antes de que se deje en manos de la jurisprudencia, como en el modelo francés, la construcción dogmática de la responsabilidad empresarial por delitos previstos expresamente en la parte especial[163].

En adelante, el problema se plantea a la hora de concretar más y construir categorías dogmáticas sobre las que se base la imputación (penal).

Así, se pueden crear tipos penales específicos para las "personas jurídicas", bajo la imputación de la llamada "irresponsabilidad organizada" (defecto de organización como responsabilidad originaria) y la comisión de delitos (básicamente económicos) a través de "representantes" faltando al deber de control[164]. O también, en el sentido del normativismo radical, buscar construir una "autorresponsabilidad" de las empresas tras reconocer su status de "ciudadano", su calidad de "sistema autopoiético" que se reproduce con base en decisiones y que, bajo "equivalentes funcionales", puede ser hecho "culpable"[165]. Además, siguiendo el paralelo con la responsabilidad individual, aunque desde una perspectiva "constructivista" (normativista radical), incluso sería posible reconocer la "inimputabilidad" de determinados entes colectivos (p. ej. las pequeñas y medianas empresas) y concentrar la persecución penal a aquellas empresas que han desarrollado una "complejidad interna suficiente"[166].

En la doctrina alemana, ha sido HEINE, quien de manera especialmente precisa y convincente ha tratado de fundamentar la responsabilidad penal de las *empresas*, a partir de la observación de la naturaleza de los entes colectivos y haciendo un paralelo con las categorías penales de la responsabilidad individual ("transposición analógico-funcional")[167]. Así la "culpabilidad" no

---

[162] Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 39, CRAMER/HEINE en Schönke/Schröder, vor §§ 25 ff., n. marg. 129, p. 524 y s.

[163] Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 45.

[164] Así, SCHOLZ, p. 439; TIEDEMANN, c. más refs., "Wirtschaftsstrafrecht AT", n. marg. 244a, p. 137. Más refs. y una exposición crítica de esta doctrina todavía dominante y que se basa en un fallo del Tribunal Constitucional Alemán (BverfGE 20, p. 336 y ss. sobre la "culpabilidad" de la persona jurídica), CRAMER/HEINE en Schönke/Schröder, vor §§ 25 ff., n. marg. 127, p. 524. En la literatura hispanoamericana, ver, entre otros RAMÓN RIBAS, en Quintero/Morales Prats, p. 683 y ss.; últimamente ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, p. 495 y ss.

[165] Cfr. GÓMEZ-JARA, "El modelo constructivista...", p. 96 y s., 117 y ss.

[166] Aplicando los conocimientos sociológicos de Teubner, GÓMEZ-JARA, "El modelo constructivista...", p. 117 y ss.

[167] Así procede HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 46 y ss. Su propuesta se centra, sin embargo, en delitos empresariales relacionados con el medio ambiente, la vida y la integridad corporal (responsabilidad por el

constituiría en un reproche por una determinada decisión, o por un hecho concreto en un momento dado, sino por un "desarrollo empresarial defectuoso" que puede haber llevado muchos años en producirse ("culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial")[168]. La acción reprochable consistiría entonces en un "management defectuoso" (la empresa como garante supervisor y poseedor de los conocimientos cualificados ha omitido medidas idóneas) de riesgos provenientes del ente colectivo. La realización concreta de este "peligro empresarial", o sea, la perturbación social como producto del managment defectuoso del riesgo, o no sería más que una "condición objetiva de punibilidad". Como se ve, de este modo se prescinde por completo de toda vinculación con la culpabilidad y la acción de aquel individuo (miembro o no de la empresa) que hubiera actuado en interés de la empresa[169]. En el aspecto subjetivo, se trata (al igual que en los individuos) de "imputar" (al ente colectivo o empresa) el conocimiento (y la voluntad) sobre los riesgos y los desarrollos empresariales defectuosos que tenían sus departamentos competentes, o sea, una imputación del "dolo" o, eventualmente, de "imprudencia"[170]. La autoría del ente colectivo (empresa) se construiría sobre la base de un "dominio de la organización" (y no del dominio del hecho), que existiría cuando la

---

producto), pero podría afinarse, como él mismo indica, para aplicarse, en general, a "procesos empresariales basados en la tecnología" (p. ej. delitos graves económicos y tributarios); ibídem, p. 63. Su propuesta de lege ferenda consiste en reconocer "responsabilidad penal de la empresa" cuando ella descuidara los "riesgos típicos de la actividad empresarial", infringiendo uno de sus tres deberes empresariales: "deber de asegurar a largo plazo fuentes empresariales de peligro", "deber de mantener el nivel de seguridad" en caso de delegación de competencias empresariales y "deber de supervisar y controlar riesgos empresariales". Como condición objetiva de punibilidad se concretaría la sanción con una pena a la empresa recién al producirse un "incidente empresarial relevante que consistiría en: muertes o lesiones corporales graves de una parte de la población, peligros para la comunidad (incendios explosiones, considerables daños a las cosas), daños medioambientales graves, es decir aquellos que solo puedan eliminarse con graves dificultades o luego de un largo período. Ver ibídem, p. 65. Ver también CRAMER/HEINE en Schönke/Schröder, vor §§ 25 ff., p. 524 y s., n. marg. 129; GROPP, "Strafrecht AT", p. 114, n. marg. 22b. Siguiendo un método similar de "equivalencias funcionales" de conceptos también GÓMEZ-JARA, c. más refs., 123 y ss.,"El método constructivista..."; remitiéndose a este último, GARCÍA CAVERO, "Derecho Penal. Parte general", p. 679 y ss.

[168] Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 47 y ss., 50 y ss, 54 y s.; CRAMER/HEINE, en Schönke/Schröder, vor §§ 25 ff., n. marg. 129, p. 524 y s. Desde la perspectiva funcionalista radical también hay aquí distintas posturas. Así, a diferencia de JAKOBS, para quien el ente colectivo no puede "ser capaz de desautorizar la norma", y por ende, tampoco puede ser hecho "culpable" en sentido penal (ver arriba en la nota 97), otros como GARCÍA CAVERO, obvian este aspecto y se centran más bien en la "defraudación de expectativas normativas" para admitir una "culpabilidad" penal de las personas jurídicas y su status de "ciudadano"; ver "Derecho penal económico. Parte general", p. 652 y s., 679 y ss. También BACIGALUPO SAGGESE, quien critica a Jakobs el que, pese a reconocer tanto a "individuos" como "personas jurídicas" como sujetos del Derecho penal con "capacidad de acción" (personas que comunican), cuando trata la culpabilidad persistiría con la visión individualista; ver p. 25 y s.

[169] HEINE critica por eso la sentencia del Tribunal Constitucional que exige erradamente que la culpabilidad penal de la persona jurídica se construya a través de la culpabilidad de los individuos (BVerfGE, tomo 20, p. 336); "Modelos de responsabilidad...", p. 48 y s.; también CRAMER/HEINE, en Schönke/Schröder, vor §§ 25 ff., n. marg. 127, p. 524.

[170] Cfr. HEINE, c. refs. de la doctrina y jursprudencia alemanas, así como de la jurisprudencia del TJCE, en "Modelos de responsabilidad...", p. 54.

empresas hubieran desperdiciado la oportunidad de adoptar medidas oportunas e idóneas, sea a nivel horizontal (organización de la empresa frente a riesgos) o a nivel vertical (delegación o asignación de competencias)[171]. En contra de lo que se cree, esto no significa exigir demasiado a las empresas, si se toma como parámetro la "costumbre" del medio correspondiente a la empresa, así como sus posibilidades en el caso concreto[172]. También se pueden incluir otras limitaciones legales de la responsabilidad empresarial a través del "criterio de la aceptación" (la empresa solía aceptar el riesgo de la realización de un delito) y el de la "evitabilidad" (las medidas organizativas necesitarias hubieran podido evitar, con cierta seguridad, la realización del riesgo)[173].

En suma, aunque todavía se discute sobre modelo concreto, ha quedado claro que una posible *responsabilidad autónoma* (penal) de la persona jurídica y que ella no atentaría contra el "ne bis in idem", debido a que se distingue claramente (p. ej. como responsabilidad por conducción defectuosa de la actividad empresarial) de la responsabilidad (penal) de las personas individuales que actúan al interior de su seno[174]. Por ello también es posición dominante en este ámbito el que una futura responsabilidad penal del ente colectivo debe consistir en una *responsabilidad acumulativa*, es decir, no debe reemplazar ni oponerse a la responsabilidad penal de los individuos[175]. Esto se deriva de la propia culpabilidad del ente colectivo, distinta de la de los individuos que la componen[176].

En la situación actual, en una tras otra, las legislaciones penales van reconociendo la "responsabilidad penal" de los entes colectivos. Todo parece indicar que sería solo cuestión de tiempo para que también esta sea reconocida en otras legislaciones penales importantes como la alemana, la española o las de Sudamérica. En buena cuenta se manifiesta así la certera observación de TIEDEMANN en el sentido de que "... la introducción de una auténtica punibilidad de la empresa (...) sea más bien una cuestión de decisión de valoración

---

[171] Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 51 y s. Este "dominio de la organización" constituye también una limitación de la responsabilidad de la empresa; ver ibídem, p. 64, refiéndose al modelo holandés.

[172] Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 52 y s.

[173] Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 64.

[174] TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...", p. 122 y s., n. marg. 245; HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 54 y s.

[175] Cfr. la discusión en SCHÜNEMANN, quien defiende la posición dominante de prever sanciones para ambos; ver en LK StGB, § 14, n. marg. 86, p. 940; igualmente DANNECKER, "Zur Notwendigkeit...", p. 124; TIEDEMANN, refiriéndose a una "responsabilidad paralela" a la individual, "Nuevas tendencias...", p. 16 y s., 110; SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal...", p. 153 y s.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, p. 505 y ss. En el Anteproyecto español del 2008 también se reconoce esta "responsabilidad acumulativa"; ver CGPJ, "Informe...", p. 6.

[176] En este sentido, HIRSCH,...; siguiéndolo, MARINUCCI, "La responsabilidad...", p. 1197.

política antes que de lógica constructiva"[177]. Incluso se admite que podría coexistir con estas dos responsabilidades penales autónomas, la responsabilidad contravencional referida a algunas tareas y deberes de las empresas[178].

Pero no hay que olvidar un asunto de suma importancia, que en mi opinión, constituye de importancia trascendental. Pese a que se suela recomendar la introducción de la "punibilidad de personas jurídicas" dentro del Código Penal[179], muchos de los que están a favor como los que están en contra de la "responsabilidad penal" de lege lata y de lege ferenda, de los entes colectivos dudan de que, por razones prácticas, sea bueno mezclar la responsabilidad colectiva con la responsabilidad individual dentro del Código Penal. Tanto por una como por otra razón se propone una solución global *fuera del Derecho penal* (Derecho penal de empresas, Derecho sancionador de empresas, Derecho de intervención, etc.) con carácter "punitivo" sui generis (segunda vía)[180]. Se busca así crear un Derecho sancionador hecho a la medida de la naturaleza del ente colectivo evitando desnaturalizar los principios de un Derecho penal creado y desarrollado sobre la base de conceptos propios de las personas individuales. En este nuevo Derecho sancionador de empresas, la imputación se podría basar, sin problemas, en una responsabilidad propia debida a un "defecto de organización" y seguir una metodología distinta de la que se emplea cuando se fundamenta la imputación penal de los individuos[181].

---

[177] TIEDEMANN, "Grunderfordernisse...", p. 17. En el mismo sentido, HURTADO/MEINI, 104.

[178] HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 55.

[179] TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht...", p. 136 y s., n. marg. 243 y ss., también en "Nuevas tendencias....", p. 109, proponiendo un cambio de "nombre" de la sanción penal dirigida a las personas jurídicas; DANNECKER, "Zur Notwendigkeit...", p. 115 y ss.; SCHOLZ, p. 439 y s. En este grupo también están los que proponen la subsistencia de la responsabilidad contravencional del § 30 junto con la penal de la persona jurídica (además de la de los que actuaran por ella); así ROGALL, KK OWiG, § 30, n. marg. 255, p. 549. EIDAM considera posible cualquiera de los dos modelos, "Unternemen und Strafe", p. 258. En España también parece ser esta la tendencia general, ver, entre otros, RAMÓN RIBAS, en Quintero/Morales Prats, p. 685 y s.

[180] Ya ENGISCH, en su ponencia en la 40ma. Jornada de Juristas Alemanes de 1953, tras rechazar rotundamente la "responsabilidad penal de las personas jurídicas", concluía abriendo la posibilidad de una ley penal específica: "Pero incluso si se quisiera favorecer la pena al ente colectivo como tal, se tendría que tener en claro que la regulación pertinente solamente podría ser dada a través de una amplia ley penal de los entes colectivos y no mediante pocas disposiciones basicas"; ver 40. DJT, tomo 2, p. E 41. La desvinculación de la ley penal básica hace que el nombre escogido para la sanción ("pena", "medida", etc.) pierda relevancia. En la actualidad hay diversas propuestas. Así, SCHÜNEMANN propone p. ej. un "modelo de medidas de seguridad" para las personas jurídicas, LK-StGB, vor § 25, n. marg. 21, p. 1840, n. marg. 28 y s., p. 1842 y s.; JAKOBS, insinúa la posibilidad de "sanciones no punibles" para las personas jurídicas, "Strafbarkeit...", p. 573 y ss. P. ej. TIEDEMANN, de manera pragmática, propone introducir una responsabilidad autónoma (y paralela a la individual) de terminología diferente a la penal; ver "Nuevas tendencias...", p. 16 y s. (en IV). Ver también HEINE, "Kollektive Verantwortlichkeit...", p. 584 y ss.; CRAMER/HEINE en Schönke/Schröder, vor §§ 25 ff., n. marg. 129, p. 524 y s.

[181] En este sentido, HEINE, "Kollektive Verantwortlichkeit...", p. 589 y s.

4. Los "delitos" específicos de los entes colectivos y la "accesoriedad" del acto individual

El "defecto de organización" como criterio imputador de la responsabilidad autónoma parece no decir nada aún del *delito* en concreto, ejecutado por individuos, que daría pie a la punición del ente colectivo. Y es que el "defecto de organización" por sí solo, no parece implicar ningún grave atentado tangible contra bienes jurídicos importantes y, por lo tanto, tener un nivel suficiente de merecimiento de pena. Se presenta aquí una situación similar con la "infracción del deber de cuidado" de los delitos culposos individuales, los cuales, como es sabido, recién tienen trascendencia penal con la producción del resultado lesivo. Es más, ya por razones prácticas, tal situación ni siquiera trascendería más allá de las fronteras del propio ente colectivo.

Luego, tendría que buscarse una vinculación del "defecto de organización" con la realización efectiva de un delito previsto en la parte especial para los individuos; el artículo pertinente de la parte general que contemplare la punibilidad de los entes colectivos, siguiendo un sistema de numerus clausus tendría que remitir a los correspondientes tipos legales.

Ante esta situación, se plantean dos posibilidades: o bien se considera una relación específica de delitos, que puede coincidir en mayor o menor medida con los "delitos económicos" (abuso de poder económico, delitos contra el ambiente, delitos laborales, administración desleal, fraudes de todo tipo, etc.), incluyendo también a los de la "criminalidad organizada" (terrorismo, tráfico de drogas, lavado de dinero, trata de blancas, etc.). O también se puede extender la punibilidad, y hacer un reproche por la comisión de un delito cualquiera (p. ej. "homicidio", "lesiones", "injurias", etc.), salvo claro está, aquel delito que, por su naturaleza, solamente pueda ser cometido por individuos. Avalando lo resuelto en algunas legislaciones como la francesa, parte de la doctrina se inclina últimamente por esta posición amplia[182], pero también hay doctrina importante que quiere limitar la "punibilidad" de la empresa a delitos económicos (incluyendo los tributarios) graves[183]. Aquí se observa que en gran medida la decisión sobre esta cuestión se encuentra condicionada por la concepción que se siga sobre el "sujeto" que se quiere someter a punibilidad; quienes solamente quieren referirse a "empresas" suelen limitarse a vincular la punibilidad de estas solamente con delitos económicos y la criminalidad organizada, mientras que los que siguen un criterio más amplio de sujeto activo (personas jurídicas y otras, exceptuando al Estado y a los órganos de la

[182] HIRSCH, p. 619 y s.; ABOSO/ABRALDES, p. 190 y s.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, p. 485.

[183] Así, HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 63; BACIGALUPO SAGGESE, p. 13 y s.

administración pública) tienden a admitir una lista más larga de delitos que rebasan el marco de la criminalidad económica (p. ej. homicidio culposo, estafa, corrupción, etc.).

Ahora bien, yendo un poco más al fondo del asunto en concordancia con la naturaleza del ente colectivo, si se va a tratar de un "delito" del ente colectivo por un *hecho propio*, y si se sigue el paralelo con los delitos individuales, consecuentemente con lo expuesto arriba en 3.3 tendrían que reconocerse, en principio, dos grandes grupos de conductas reprochables: una *conducta culposa* (defecto de organización) y una *conducta dolosa* (política criminal de la empresa)[184]. Estas conductas, ya por sí solas, merecen un reproche (penal) y tendrían que merecer una sanción (penal). Pero aquí, desde la perspectiva estrictamente penal, se plantean varios problemas: ¿cómo se establecería el paralelo con la conducta individual punible?, ¿cuál es el papel del delito concreto cometido por los individuos?, ¿tendría alguna importancia la gravedad o la perseguibilidad del delito individual?

Está claro que estos problemas no serían tales en un *Derecho sancionador* de entes colectivos, pues allí se podrían establecer principios y reglas desligadas en principio del Derecho penal, pero que otorgue garantías constitucionales similares a las de este. Luego, allí podría preverse, por un lado, una responsabilidad propia del ente colectivo, desvinculada de las conductas individuales efectivas, por el mero hecho de presentar un "defecto de organización" (observado p. ej. a través de controles esporádicos). Como un nivel superior de gravedad, podría preverse a continuación una mayor responsabilidad del ente colectivo cuando el "defecto de organización" se hubiera manifestado en un delito concreto, y con mayor razón cuando la "política criminal" se hubiera concretado en delitos. Por otro lado, además de medidas preventivas, también podrían preverse, de manera correspondiente a la gravedad, sanciones que pueden ir desde las más leves a las más graves (ver abajo en 7 sobre las sanciones). P. ej. si una empresa que fabrica productos cuyos residuos son altamente contaminantes tanto para los trabajadores como para la población, en principio ya por el "defecto de organización" que no hubiera previsto cómo proteger a los trabajadores ni cómo eliminar los residuos sin atentar, más allá de los límites legales permitidos, contra el medio ambiente, tendría que existir una respuesta legal (en la ley especial, podría haber una multa sancionadora y, en casos graves y urgentes, una intervención de la empresa o paralización de actividades). Pero si además, este "defecto de organización" hubiera llevado a que trabajadores se hubieran enfermado o que los residuos hubieran contaminado el ambiente, la respuesta debería ser una sanción más grave. Y si, además, todo esto constituía una política empresarial (delito doloso), se debería aplicar

[184] Cfr. MARINUCCI, "La responsabilidad...", p. 1193 y ss.

la sanción más grave prevista para el ente colectivo: cancelación de licencia, cierre definitivo del establecimiento, cancelación de la personería jurídica. Finalmente, para afirmar la responsabilidad del ente colectivo no habría mayores problemas con la "accesoriedad" en relación con la conducta individual, pues solamente interesaría, en el supuesto más grave, que se hubiera cometido un "hecho punible" (conducta típica y antijurídica) favorecido por el "defecto de organización" o la "política criminal empresarial".

En cambio, en el *Derecho penal* auténtico, que es donde la mayor parte de la doctrina quiere situar la responsabilidad del ente colectivo, se tiene que buscar *paralelos* para construir las conductas dolosas y culposas del ente colectivo. Esto se presenta difícil, pues el "delito culposo" (la organización defectuosa) precisará de un "resultado típico"; en este caso, de la realización efectiva del delito por un individuo. Y la "conducta dolosa" del ente colectivo (política criminal de la empresa), por sí misma, podría justificar, a lo sumo, un delito de "organización criminal" (asociación para delinquir) como reproche a la misma empresa. En cambio, estaría muy lejos de otros delitos no cometidos aún; en relación con ellos constituiría solamente un "acto preparatorio" de un homicidio, lesiones, contaminación, corrupción, blanqueo de dinero.

Y tampoco hay consenso en cuanto a la *accesoriedad* de la conducta delictiva de los individuos. Por un lado, la doctrina se inclina por exigir que la conducta delictiva individual, como punto de conexión para la punibilidad del ente colectivo, debe tratarse de una conducta de los "órganos" o "empleados" del ente colectivo que actuasen representando a este, o sea que se trate de actos "en interés" (a favor) del ente colectivo[185]. Pero no ha quedado claro qué tipo de tipo de "accesoriedad" tendría que exigirse para poder reprochar culpabilidad al ente colectivo: ¿bastaría con que el acto individual constituya un hecho meramente típico, se necesita que además sea antijurídico, o incluso que se trate de una "conducta culpable"?[186]. Aquí resultará más garantista, aunque en la práctica menos eficaz, exigir la preexistencia de una culpabilidad individual, pues el término penal "culpabilidad" siempre presupone una vinculación síquica concreta con un hecho[187]. En la doctrina se quiere resolver el problema precisando que la conducta individual delictiva concreta solamente sería una "condición objetiva de punibilidad"[188], pero con ello, en realidad se está reconociendo que la "conducta delictiva" del ente colectivo, pese a que

---

[185] Así, entre otros, BACIGALUPO SAGGESE, p. 33 y ss.; ABOSO/ABRALDES, p. 192. Esta es también la posición dominante en el Derecho contravencional alemán; ver al respecto más abajo en 10.2.

[186] En este último sentido HIRSCH, p. 621.

[187] Cfr. HIRSCH, p. 621.

[188] En el Derecho contravencional alemán, se interpreta así también la conducta individual que lleva a responsabilidad de la agrupación según el art. 130 OWiG ("condición objetiva de represión").

puede llegar a ser grave, no tiene la misma naturaleza que la conducta delictiva individual.

La *gravedad del delito concreto* ejecutado por miembros o allegados a los entes_colectivos, en cambio, puede ser tomada en cuenta como criterio para la *medición de la pena*. Así, no puede ser valorado, de la misma manera, en relación con una empresa, que esta, a través de los individuos, desarrolle una "política criminal" (conducta dolosa) destinada a evitar costos adicionales en la investigación, prueba o retirada del mercado, etc., de productos nocivos a la salud de los individuos, o aquella política de un banco que asesore a sus clientes para que estos evadan exitosamente impuestos dentro del país o a paraísos fiscales, o la de una organización destinada a apoyar actividades terroristas. Por otro lado, tiene que merecer una menor sanción (penal), la empresa que, por falta de control interno o por controles internos insuficientes, permita que en su interior algunos de sus miembros se dediquen a las actividades antes mencionadas, pese a que ellas no forman parte de la política de la empresa.

5. El destinatario de la norma

En la doctrina discute si la punibilidad debería extenderse también a *organismos públicos* como las personas jurídicas de Derecho público, los partidos políticos, sindicatos, o incluso el mismo Estado, aparte de otras organizaciones que encajen en el concepto civil de "persona jurídica". El Código Penal francés ha hecho cargo de este problema y, expresamente (art. 121), ha exceptuado al Estado y a otras organizaciones de importancia pública como los partidos políticos y los sindicatos, pero incluido a las personas jurídicas de Derecho público (empresas privadas de servicios públicos). Y también el Anteproyecto español del 2009, que solamente se refiere a "asociaciones, fundaciones y sociedades" en el art. 31 bis, número 5 excluiría al "Estado, las administraciones públicas territoriales e institucionales, los partidos políticos y los sindicatos", mas no a las personas jurídicas de Derecho público, es decir, las entidades públicas empresariales[189]. Esta línea es seguida por la mayoría de los autores[190] con el argumento de que sería la más razonable, pues en caso contrario se llegaría a un conflicto de división de poderes entre el Poder Judicial (encargado de dirigir el proceso) y la administración pública; además para los "organismos públicos" existen otras vías ya previstas en el Derecho disciplinario, administrativo, además de tipos penales dirigidos a funcionarios públicos[191].

---

[189] Cfr. CGPJ, "Informe...", p. 14 y s.

[190] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, p. 485 y s.; BAJO FERNÁNDEZ, p. 728; BACIGALUPO SAGGESE, p. 34 y s.

[191] Cfr. HIRSCH, p. 617; exponiendo el caso de Holanda, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, p. 486 y s. BAJO FERNÁNDEZ argumenta, citando jurisprudencia española (STS de 04-03-1985) además que las personas jurídicas de Derecho público carecen de afán de lucro y, en caso de sanciones contra ellas, se vería afectada la ciudadanía en general, p. 728.

Un proyecto menos ambicioso consistiría en referir la ley especial solamente a "empresas" (lo cual terminológicamente excluye a la administración pública e incluye a las empresas públicas) y responsabilizarlas por un número reducido de delitos. De manera más concreta aún, la ley podría referirse a "sociedades anónimas" y otras "corporaciones". El argumento a favor de esta limitación estaría en que estas empresas son las que tienen mayor importancia en la economía moderna; son las más utilizadas en los procesos de concentración empresarial (considerado como un peligroso aumento de poder económico en pocas manos); los hechos que pudieran cometer tendrían mayor dañosidad social, y son las que, en el marco de la globalización, están en condiciones de ejercer presión directa sobre las economías locales[192]. Pero también, en nuestros Derechos penales tradicionales, este avance moderado ante una escasa experiencia práctica en cuanto a responsabilidad legal de los entes colectivos, parece ser la más adecuada. Esto ha ocurrido, por ejemplo, en la ley chilena de diciembre de 2009 (ver arriba en 9.2).

El problema, de todos modos, no es tan fácil. Aquí está en juego una decisión de política legal. La mejor solución debería consistir, ciertamente, en crear un Derecho autónomo que regulare, ampliamente, la prevención de graves infracciones o delitos de los entes colectivos, las consecuencias jurídicas de estas infracciones, el procedimiento, etc. Allí puede considerarse también un concepto específico de los destinatarios de las normas (p. ej. "ente colectivo"), concepto que puede incluir tanto a las personas jurídicas como a otras agrupaciones que no tengan tal reconocimiento jurídico, y a las personas jurídicas de Derecho público.

Por ahora, tal vez la solución intermedia sea la más aceptable y menos peligrosa: la ley especial podría referirse a "agrupaciones de personas" (de Derecho privado), aunque no tengan finalidades económicas e incluso no tengan personería jurídica (bastaría la forma real), tal como ocurre actualmente en el Derecho contravencional alemán[193].

6. La responsabilidad (penal) de la matriz o de transnacionales

En el Derecho contravencional alemán, se ha discutido y reconocido la *responsabilidad contravencional de la matriz* por los actos de su filial en la cual hubiera influido. Se considera que ello es posible a través de la aplicación de la cláusula de extensión del destinatario de la norma introducida por la reforma de 2002: el número 5 del párrafo 1 del art. 30 OWiG reconoce como "punto

---

[192] Así BAIGÚN, justificando su propuesta, p. 34 y ss.

[193] Cfr. HIRSCH, p. 617.

de contacto" para imponer multas a personas jurídicas o agrupaciones de personas a aquellas acciones (constitutivas de delito o contravención y realizadas violando deberes del ente colectivo o para favorecerlo) de cualquier otra persona que respondiere por la dirección de la empresa. Pero es más discutible la responsabilidad contravencional de la matriz tomando como base una falta de la "violación del deber de vigilancia" de su filial, tal como exige el art. 130 OWiG, pues jurídicamente la filial constituye una persona jurídica independiente y, por lo tanto, responsable de sus propios actos. Algunos admiten la posibilidad de aplicar aquí también el art. 130 OWiG (cuidando, eso sí de no violar el principio "ne bis in idem" para no sancionar doblemente a las filiales y a las matrices)[194], pero otros la rechazan tajantemente debido a la "base insegura" que ofrecería esta solución, si bien destacan las posibilidades que ofrecen los arts. 30 (responsabilidad de personas jurídicas y agrupaciones por las acciones de representantes subordinados); 9 (actuar por otro); y 8 (comisión por omisión) OWiG en estos casos[195].

Y también la jurisprudencia del TJCE considera la *unidad económica* como criterio para imponer sanciones a la empresa matriz por las infracciones (de cárteles) que cometiera la filial, siempre que existiera una vinculación de capitales (de más del 50 %) y se pruebe la influencia de la matriz en la política económica de la filial (instrucciones, identidad del personal directivo, etc.)[196]. Para el Derecho penal alemán y el resto del Derecho contravencional alemán, por razones de taxatividad, solamente se debería admitir la "unidad económica" cuando la matriz poseyera en un 100% a la filial[197]. Aparte de esto podrían resultar punibles los directores de la matriz solamente bajo el aspecto de la posición de garante como "gerentes fácticos" de la filial en casos de "administración desleal de consorcios" (art. 266 StGB) o de otros perjuicios contra la filial, aplicando el supuesto de "actuación por otro" previsto en el párrafo 3 del art. 14 StGB (también es "representante" en sentido penal, aquel cuya legitimidad como tal fuera jurídicamente nula)[198].

---

[194] Cfr. ROGALL en KK OWiG, § 30, n. marg. 70a, p. 507; § 130, n. marg. 25 y ss., p. 1681 y s.

[195] KÖNIG, c. más refs., en Göhler, § 130, n. marg. 5a, p. 1243 y s.

[196] Al respecto cfr. TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht AT", n. marg. 241, p.134 y n. marg. 271 y ss., p. 171 y s.

[197] El concepto "consorcio" no está regulado legalmente; no se interpreta como "empresa" en el sentido del Derecho de sociedades anónimas, pero debido a que existe un "dominio fáctico" de la matriz sobre la filial y ambos actúan como una sola empresa, la doctrina afirma la posibilidad de que exista un "deber de control" (art. 130 OWiG) de la matriz con la consiguiente responsabilidad contravencional de los directivos de la sociedad matriz y de esta misma. Pero se discute hasta dónde alcanza tal responsabilidad de la matriz; al respecto ver el planteamiento y las refs. en ROGALL, KK OWiG, § 130, n. marg. 25, p. 1682; exponiendo brevemente el origen del concepto y la jurisprudencia civil y penal al respecto, SCHÜNEMANN, FG-BGH, p. 641 y s., 643 y ss.

[198] TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht AT", n. marg. 274, p. 152 y s.; SCHÜNEMANN, FG-BGH, p. 643 y s.

En el Derecho penal alemán estricto, que como ya se dijo no reconoce la punibilidad de los entes colectivos, por lo menos existen alusiones al funcionamiento de los "consorcios" y la influencia de las empresas matrices (en este caso, de los directivos de estas) en las empresas filiales. Así, en el marco del reconocimiento de una "autoría mediata a través de aparatos organizados de poder", la reciente jurisprudencia alemana (BGHSt, tomo 49, p. 147 y ss.), además de aplicar de manera polémica la teoría a empresas comerciales, ha tomado en cuenta la estructura de los consorcios para fundamentar la responsabilidad individual de los directivos de la empresa matriz. Y ha considerado posible que el "autor mediato" (un individuo situado en la mayor jerarquía de un consorcio), aprovechándose de la estructura y la forma de funcionamiento de la organización (pese a la separación espacial temporal y jerárquica), hubiera desatado acontecimientos dentro de toda la empresa (el consorcio y la filial) para, conforme con su plan, cometer una "administración desleal" de la filial[199].

De lege ferenda habría que plantearse una regulación adecuada para la responsabilidad de la matriz por "delitos" cometidos por sus filiales. Aquí, si se adoptara una responsabilidad penal por "defecto de la organización" deben preverse también determinados presupuestos penales de responsabilidad. Aunque existieran reglas de responsabilidad civil en el Derecho comercial (como ocurre en el Derecho alemán), estas reglas no pueden bastar para la responsabilidad penal, pues tienen una finalidad distinta a la penal y aquí se trata de una "responsabilidad penal originaria"[200]. Entonces, siguiendo el modelo de responsabilidad penal originaria de los entes colectivos arriba expuesto (ver en 3.3.2 c), debe exigirse para la responsabilidad de la matriz que esta hubiera tenido suficientes posibilidades de influencia fáctico-económicas: cuando la matriz, aunque empresa jurídica independiente, era la que tenía la posibilidad de introducir remedios organizativos suficientes en la filial[201]. Y aquí la responsabilidad penal puede ser tanto escalonada como compartida en aplicación analógica de las reglas de la "autoría mediata" de los individuos[202]. Y aquí también deben preverse reglas específicas de "medición de la pena" para la imposición de multas que sean proporcionadas al injusto de cada una de las empresas al mismo tiempo que cumplan finalidades preventivas[203].

---

[199] C. más refs. FISCHER, n. marg. 7a, p. 236.

[200] Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad ...", p. 57 y s.

[201] Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad ...", p. 58.

[202] Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 58.

[203] Cfr. Heine, "Modelos de responsabilidad ...", p. 59.

El problema de la "responsabilidad penal de la matriz" depende de la punibilidad, en general, de los entes colectivos. Pero la situación se convierte más polémica e incluso tiene alcances políticos, cuando se diferencia según los países huéspedes en los cuales actúa el consorción. En este caso, se habla de *empresas transnacionales*, las cuales, especialmente en los países en vías de desarrollo (o, anteriormente, de manera menos eufemística: "subdesarrollados") han sido frecuentemente acusadas de fomentar la corrupción y mantener el subdesarrollo (eliminando industrias locales, creando dependencia, evadiendo impuestos, etc.). La cuestión que se plantea aquí es si, en el caso de las empresas transnacionales tendría que existir alguna regulación penal específica o bastaría con la regulación penal sobre "entes colectivos" en general que ya prevén algunos países o que otros introducirán alguna vez. En los estudios que se han realizado al respecto, se ha llegado a la conclusión de que debido a su tamaño y posibilidades de transferir indiscriminadamente ganancias y pérdidas de una filial a otra, de un país al otro, el problema no radica tanto en la peligrosidad delictiva (en ello no se diferenciarían de las empresas locales), sino en la posibilidad de prueba de los ilícitos que las transnacionales hubieran cometido[204]. En los países más débiles (frecuentemente los subdesarrollados económicamente), las transnacionales se aprovechan además de los vacíos legales e insuficiencias institucionales (justicia, policía, etc.).

El vacío legal más evidente y decisivo ha sido la falta de una protección legal de la *libre competencia*, lo cual permitía a las transnacionales obtener posiciones monopólicas u oligopólicas en los países huéspedes y de mantener tal posición a través de abusos de poder económico[205]. Esta situación ha cambiado en gran medida desde que se han ido introduciendo reglas de protección de la competencia o perfeccionando las existentes a partir de la década de los 90, a la par que las empresas locales han ido ganando mayor competitividad. Sin embargo, tras un impulso inicial se observa en los últimos años un cierto desinterés por una protección efectiva de la competencia; además, en contra de las experiencias europeas y norteamericana, hasta ahora los legisladores de países subdesarrollados no intentan establecer un auténtico "control de fusiones" que limitaría el incremento de poder de empresas nacionales o transnacionales con la consecuente tendencia a la monopolización[206]. También se ha

---

[204] Ver la exposición de esto con refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Criminalidad económica y transnacionales", p. 115 y ss.; "Derecho penal económico", p. 163 y ss.

[205] Ver con refs. en ABANTO VÁSQUEZ, exponiendo el caso de Latinoamérica, "Criminalidad económica y transnacionales", p. 116 y ss.

[206] Este peligro existió desde el inicio de la legislación antimonopólica en Latinoamérica y ha persistido hasta ahora; ver ABANTO VÁSQUEZ, c. más refs. en "Derecho de la libre competencia", p. 182 y ss., esp. 194 y s. 410 y s. En la actualidad, la situación no ha cambiado mucho, pese a haber cambiado las leyes; en lo referente a la protección de

acusado a las transnacionales, en el marco de la lucha competitiva, de *fomentar la corrupción*, tanto la de funcionarios públicos de los países huéspedes, así como la de empleados de las empresas competidoras. Nuevamente aquí se ha concluido que estas conductas no serían exclusividad de empresas transnacionales; estas se aprovecharían de un ambiente de corrupción ya existente y del cual participarían también empresas locales y empresas nacionales de otros países[207]. Las soluciones que se han propuesto reclaman tanto un mayor control nacional de la corrupción en general como también un control de los países desarrollados que, directa o indirectamente (p. ej. mediante la posibilidad de la deducción tributaria de sobornos que existía en Alemania hasta hace unos años), contribuían a mantener. En gran medida, se están materializando estas propuestas; así, desde hace algunos años se ha introducido poco a poco en muchos países industrializados el tipo penal de "corrupción privada" (en Alemania, el art. 299 StGB). Y en los países subdesarrollados (ahora, en gran medida, "emergentes" por su rápido avance económico), se han afinado los tipos de "corrupción de funcionarios", tanto mejorando la tipificación (todavía insuficiente) con la introducción del "cohecho internacional" o la "corrupción privada" como las posibilidades de la persecución penal[208]. Finalmente, otro campo en el que se ataca de manera especial a las transnacionales es el de la *defraudación tributaria*. Aquí también se manifiesta el "abuso de poder" de las transnacionales que les permite, de distinta forma, ya sea conseguir directamente exoneraciones tributarias a través de los países huéspedes o transferir pérdidas y ganancias de la manera más favorable posible para evitar pagar impuestos o reducir considerablemente la materia imponible[209]. Esta difícil problemática no tiene una solución meramente penal, pues involucra una serie de medidas extrapenales para controlar la evasión tributaria. En el campo penal, la dificultad mayor se tiene a la hora de determinar la "ley penal en el espacio", pues las reglas penales existentes al respecto han sido construidas pensando en conductas punibles de individuos, y, por lo tanto, toman por referencia el "lugar de comisión del delito" o el "lugar en que surten efectos" estas acciones para reconocer los principios aplicables: de territorialidad, real o de protección de intereses, de personalidad (activa y pasiva), universal. En el caso de los entes colectivos, este planteamiento está destinado al fracaso. Por eso, teniendo en cuenta la peculiaridad de la responsabilidad penal de los entes colectivos,

---

la libre competencia (y el control del poder económico) la tendencia se orienta en la despenalización de los ilícitos; al respecto ver, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Delitos contra el mercado..." (pp. 150 y ss., 153) en el punto 5 [en esta compilación: p. 661-699].

[207] Ver, c. refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Criminalidad económica y transnacionales", p. 120 y s.

[208] Una evaluación al respecto de la legislación penal peruana que contiene algunos avances, pero también mantiene defectos, puede verse en ABANTO VÁSQUEZ, "Vacíos ..." p. 131 y ss. [en esta compilación: p. 779 y ss.]

[209] Ampliamente al respecto TIEDEMANN, "Empresas multinacionales...", p. 253 y ss.

lo que interesa debe ser, independientemente de dónde se hubiere realizado el hecho, de si la empresa procesada en el territorio nacional sería corresponsable en el territorio nacional (dominio de la organización defectuosa)[210].

Sea que se introduzca o no una responsabilidad penal o contravencional de personas jurídicas se hace, entonces indispensable, la previsión de reglas extrapenales claras sobre las cuales construir una responsabilidad (penal) de la matriz, sea como "autora" (autoría mediata), coautora o partícipe de los hechos delictivos de su filial. Ya ahora, se necesitan reglas procesales que permitan a la administración (en caso de un proceso administrativo-contravencional) o al juez (en caso de un proceso penal) obtener de la matriz las informaciones necesarias y suficientes para responsabilizar por lo menos a las personas individuales que hubieran actuado por la filial o por la matriz; p. ej. aplicar el principio de la "unidad económica" arriba expuesto, considerar como "indicio" la negativa de la matriz a proporcionar las informaciones, etc.[211]. La propuesta de la "autorregulación" de las propias empresas, de "códigos de buena conducta" como la visión de un control mundial de ellas, resulta hasta ahora poco realista[212].

7. Sanciones y procedimiento

En la doctrina se ha reconocido hace ya algún tiempo la necesidad de establecer un *catálogo de sanciones* específicas para los entes colectivos (empresas) que, al igual que para los individuos, puede ser muy amplio y contener penas similares (multas, penas limitativas de la libertad, etc.)[213].

Entre los que defienden la responsabilidad penal de los entes colectivos, se ha partido también de un paralelo con las penas individuales. Ya ENGISCH reconocía la posibilidad de "rendimiento de pena" de los entes colectivos bajo ciertos límites y recurría a este paralelo: la disolución de la agrupación (equivalente a la pena de muerte de la agrupación como tal), la suspensión por un tiempo (similar a la privación de libertad al paralizar la libertad de acción de la agrupación), la expulsión espacial, el secuestro de patrimonio, la pena

---

[210] Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 62 y s.

[211] Cfr. c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", p. 169; "Criminalidad económica y transnacionales", p. 123.

[212] Ver con refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", p. 167 y ss.

[213] Cfr. entre otros, HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 55; TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrech AT", p. 138, 155 y ss.; DANNECKER, c. más refs., "Zur Notwendigkeit...", p. 124 y ss., y en Wabnitz/Janovsky, n. marg. 124, p. 63; ACHENBACH, en Anchenbach/Ransiek, p. 4. n. marg. 7 y s.; HIRSCH, p. 622; ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones", p. 206 y ss. Sobre las sanciones contravencionales para empresas, que pueden ser tomadas por modelo para las sanciones penales correspondientes, cfr. también por todos, EIDAM, " Unternehmen und Strafe", p. 235 y ss.

de multa, el recorte de privilegios, el retiro de concesiones, la incautación, la inutilización, la destrucción de objetos, el sometimiento de la agrupación a control policial, y la afección del honor a través de la publicación del fallo[214].

Muchas de estas propuestas han sido recogidas en los distintos modelos legislativos existentes. P. ej. en el sistema de las "consecuencias accesorias" o en el Derecho contravencional, donde aparte de las ya clásicas multas[215] y las prohibiciones de contratar (o de participar en licitaciones), también se encuentran "penas" como la disolución de la empresa, el cierre temporal de la empresa o multa, publicidad de la sentencia, etc. Más novedosa es la "curatela de la empresa"[216], o sea la orden judicial de administración forzosa temporal de la empresa, cuya ventaja, en relación con otras sanciones, consiste en que evita perjudicar a terceros inocentes (accionistas, acreedores, etc.). El Anteproyecto español de 2008 contiene no solamente la "intervención de la empresa" (art. 33, número 7) sino también la "publicidad de la sentencia" (art. 288), como penas. específicas para las personas jurídicas. Respecto a la primera sanción penal, se ha observado que parecería ser más conveniente no considerarla como pena, sino como "medida de seguridad", dentro de un sistema específico de medidas de seguridad para personas jurídicas[217].

La pena de "multa" ha sido siempre considerada como la más idónea para hacer frente a la criminalidad económica en general y a la de las empresas en especial[218]. Sin embargo, también se han dado críticas, pues se ha destacado que el costo de la multa podría ser amortizada fácilmente por el ente colectivo y ser considerada como un "costo de producción" más que afectaría sobre todo a accionistas, trabajadores y, en última instancia, tal costo se trasladaría al consumidor[219]. La multa solamente sería eficaz en aquellas empresas en las

---

[214] Cfr. ENGISCH, 40. DJT, tomo 2, p. E 13. Sin embargo, finalmente este autor concluía que estas no serían justas como "penas", pues contradirían el concepto de "pena" según la ya cimentada tradición en el círculo cultural germano; ver ibídem, p. E 21 y ss., E 41. También HARTUNG recomendaba una serie de "medidas de seguridad" (o de aseguramiento) que iban de las más leves (aparte de las propuestas por Engisch: obligación de informar, controles frecuentes por personal administrativo, obligación de separar a órganos y personal infractor) a la más grave (ultima ratio) de la "disolución"; ver ibídem, p. E 51 y ss.

[215] Incluso en un sistema no penal, que basara la imposición de "medidas accesorias" sobre la base de la "peligrosidad objetiva" del ente colectivo, es legitimable la imposición de una "multa", siempre que exista una proporción entre la medida y la finalidad buscada: la multa debe tener en cuenta el "significado económico" del monto impuesto para la la persona jurídica; cfr. MIR PUIG, "Una tercera vía...", p. 372.

[216] C. más refs. ver SCHÜNEMANN, LK-StGB, vor § 25, n. marg. 29, p. 1843; HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p 55.

[217] Cfr. CGPJ, "Informe...", p. 16 y s., 25 y s.

[218] Ver las refs. en ENGISCH, 40. DJT, tomo 2, p. E 13 y s.

[219] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, p. 728.

que el propietario ejerza una influencia efectiva en la organización (pequeñas y medianas empresas, sociedades personalistas, sociedades anónimas con un accionista que tenga un porcentaje significativo de las acciones)[220]. También se propone la "curatela" o "administración forzosa" del ente colectivo que no perjudicaría ni a los accionistas ni a los trabajadores[221], así como la "pérdida" o "decomiso de beneficios o ganancias"[222]. En cambio, no todos están de acuerdo con incluir como pena la "publicidad de la sentencia"[223] si bien en la doctrina moderna, pese a constatar un "efecto infamante" en estas medidas, debido a su gran efecto preventivo observado sobre todo en el Derecho contravencional, se recomienda su aplicación para los casos "graves", incluso antes de que la sentencia tenga efectos de cosa juzgada, siempre y cuando solamente se mencionen a las empresas y no a los individuos involucrados[224].

Aquí se suele enfatizar también en la necesidad de introducir, adicionalmente a las sanciones, *medidas preventivas de control* o mejorarse las ya existentes para evitar las futuras infracciones[225]. P. ej., en graves riesgos sociales procedentes de la producción, puede disponerse la limitación de la producción como último recurso[226]. En caso de responsabilidad de la matriz, existe aquí el problema práctico importante de que, en muchos casos, la filial que hubiera actuado cometiendo el delito, hubiera recibido de la matriz solamente un capital reducido. En tal caso, resultaría desproporcionado imponer a esta, una multa elevada, pero tampoco puede imputarse por ello, sin más, una responsabilidad penal (y una multa) a la matriz. En tal caso, deben presentarse los demás requisitos de responsabilidad penal de la matriz para que esta, por sí sola o conjuntamente con la filial, sufra una pena de multa[227].

Una modificación de la parte general, en el sentido de la admisión de la punibilidad de los entes colectivos, tiene que encontrar correspondencia también en el *proceso penal*. No debería haber problemas para hacer las modificaciones pertinentes en la ley procesal (o la introducción de disposiciones

---

[220] BAJO FERNÁNDEZ, p. 728.

[221] Recomendada por BAJO FERNÁNDEZ, p. 728.

[222] BAJO FERNÁNDEZ, p. 728.

[223] Expresamente en contra, HARTUNG, 40. DJT, tomo 2, p. E 53.

[224] Cfr. TIEDEMANN, c. más refs. y jurisp., "Derecho penal económico. Introducción y parte general", p. 269 y ss. n. marg. 290 y ss., esp. n. marg. 291.

[225] Ampliamente, DANNECKER, "Zur Notwendigkeit...", p. 127 y ss.

[226] Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 55.

[227] Cfr. HEINE, sugiriendo la posibilidad de introducir además "directrices" más precisas similares a las "Sentencing Guidelines" norteamericanas, "Modelos de responsabilidad ...", p. 59.

específicas dentro de una ley especial), no habría problemas para incluir como sujeto procesal a la persona jurídica[228]. En el Derecho alemán, por ejemplo, aunque no exista proceso penal para las personas jurídicas, aunque sí un "procedimiento contravencional". Y también en el ordenamiento procesal penal alemán (StPO) se ha previsto una regla específica para las "personas jurídicas" cuando, en el procedimiento judicial, se viera contra ellas un proceso contravencional (ver más abajo): el art. 444 StPO ("Procedimiento para la fijación de multas contravencionales contra personas jurídicas y agrupaciones de personas"). Durante el proceso se han previsto también "medidas cautelares". En el proceso penal, existe el "decomiso especial" aplicable también a las "personas jurídicas" en su calidad de representadas por la persona natural que hubiere cometido el delito (art. 75, concordado con los arts. 74 y ss. StGB)[229]. Lo mismo existe en el proceso contravencional (ver abajo en 4.3.1). Ambas medidas son consideradas incluso por algunos autores como auténticas "sanciones penales" o "cuasi penales" contra personas jurídicas[230].

Aquí también debe ubicarse la problemática referida a las maniobras de evasión de responsabilidad, típicas de la naturaleza de una "persona jurídica": su *transformación o desaparición* durante el proceso o después de la imposición de la sanción (penal, contravencional o cuasi penal). En la doctrina y la jurisprudencia del Derecho de contravenciones se discute sobre las consecuencias que tendría la "transformación de la empresa" durante un proceso en curso o, después, al tratar de ejecutarse una sanción ya impuesta. En el Derecho contravencional alemán se han discutido estos problemas. La doctrina concuerda en que tal transformación solo tendría efectos excluyentes en la aplicación del art. 30 OWiG si se pudiera afirmar que ha habido un "cambio de identidad" de la empresa (mediante una interpretación económico-fáctica). Ello no ocurriría con el mero cambio de socios o al producirse ni tampoco con el cambio del nombre; pero sí podría ocurrir con el cambio de forma jurídica o en caso de una fusión o adquisición de empresas, dependiendo de si sigue habiendo identidad de empresas o, en el último caso, el patrimonio de la empresa anterior cumpliese similares funciones en la nueva o ha pasado a formar gran parte del nuevo capital[231]. Y para la validez de multas contravencionales a la anterior empresa, debe verificarse si el hecho evaluado para la multa a la primera empresa sigue teniendo vinculación con la nueva[232]. Algo similar

---

[228] Entre otros, cfr. PIETH, basándose en la experiencia suiza, p. 602 y ss.; DANNECKER, "Zur Notwendigkeit...", p. 129 y ss.; HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 56.

[229] Cfr, EIDAM, "Unternehmen und Strafe", n. marg. 886, p. 256.

[230] Cfr. EIDAM, "Unternehmen und Strafe", n. marg. 842, p. 243, n. marg. 904, p. 263.

[231] KÖNIG en Göhler, § 30, n. marg. 38, p. 264 y ss.; EIDAM, "Unternehmen und Strafe", n. marg. 780 y s., p. 224 y s.

[232] KÖNIG en Göhler, n. marg. 38b, p. 265..

ocurre en el Derecho comunitario, donde el tema de la "sucesión empresarial" ha ocupado a la jurisprudencia del TJCE, el cual impone la multa a aquella empresa sucesora que tuviere una "continuidad funcional y económica" con la empresa disuelta infractora[233].

8. Ubicación de la responsabilidad "penal" dentro del CP

Sea que se opte por una auténtica punibilidad o un refuerzo de medidas administrativo-contravencionales existentes, y mientras dure la discusión, es imaginable también una solución intermedia, que hasta alcanzo a ver no ha sido evaluada aún por otros autores: la ubicación de la responsabilidad colectiva dentro del sistema de "faltas" (que aunque en algunos países se llaman "contravenciones"[234] no deben ser confundidas con las "contravenciones alemanas") acompañada, por supuesto, de las modificaciones pertinentes en el Código Penal (p. ej. en lo referente a la prescripción de la falta, el catálogo de sanciones, etc.)[235]. Y es que, a diferencia del Derecho alemán (que eliminó las faltas hace varias décadas y las refundió en su Ley Contravencional), las "faltas" existentes en España y muchos países latinoamericanos, están ubicadas dentro del Código Penal, también son pasibles de "penas" y, por lo tanto, de un "reproche ético-social", y su procesamiento está en manos de la justicia penal ordinaria. Aunque suelen ser consideradas como infracciones cuantitativamente "menores" que los auténticos delitos, y por ello tienen regulaciones especiales de parte general (prescriben rápido, no incluyen la tentativa, etc.), por lo menos pueden ser vistas como "cualitativamente" más graves que las meras infracciones administrativas. Esta propuesta, de todos modos, solamente puede ser entendida como una solución urgente y transitoria de camino hacia una responsabilidad autónoma en un Derecho específico dedicado a los entes colectivos.

Considero que, por sus resultados, es similar la propuesta que hace Adán NIETO MARTÍN, en cuanto a abrir una "tercera vía" dentro del Código Pe-

---

[233] Ver c. más refs. HEINE, quien críticamente considera que, además de la continuidad funcional y económica, debería exigirse la "necesidad preventiva" (gravedad de la culpabilidad empresarial y evitabilidad futura de desarrollos organizativos defectuosos), "Modelos de responsabilidad ...", p. 60.

[234] En Colombia, el CP del 2000 utiliza el término "contravenciones" a cambio de las "faltas" en el art. 19 sin que por ello haya adoptado el modelo alemán. Lo mismo ocurre en los arts. 2 y 15 del proyecto de la parte general del nuevo CP boliviano de 2009 (publicado en julio de 2009 en www.cienciaspenales.net).

[235] Sugerí la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas (basada en la "organización defectuosa") ya antes de la vigencia de la moderna ley peruana de procedimientos administrativos (la Ley 27444) en abril de 2001; ver en "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 163; "Diez años...", p. 30 y allí también nota 22. Con la nueva ley administrativa se ha instaurado un auténtico "Derecho administrativo sancionador" similar al Derecho contravencional alemán que reconoce implícitamente la responsabilidad de las personas jurídicas a quienes considera "administrados" al igual que a las personas naturales (art. 50 Ley 27444) contra los cuales es posible seguir un procedimiento administrativo sancionador (art. 239, 234 y ss. Ley 27444).

nal (al lado de las penas y medidas de seguridad para los individuos)[236]. Esta opción, sin embargo, dejaría sin explicar, sistemáticamente, la existencia de las "faltas" dentro del Código Penal. Por otro lado, si se incluyeran también "faltas" de las personas jurídicas (lo cual me parece incluso más consecuente), tendría el problema ya explicado y acertadamente resaltado por los normativistas radicales, de las incongruencias en cuanto a la distinta naturaleza del "sujeto del Derecho penal": ¿por qué tendrían que estar dentro del Código Penal dos regulaciones para dos "sujetos" distintos, para los cuales se prevén "sanciones" distintas? Más consecuente sería separar ambas regulaciones y hacer que cada una de ellas se guíe por sus propios principios y criterios de imputación.

Por lo demás, una regulación autónoma del ilícito grave de los entes colectivos en una ley especial (sancionadora o penal) amplia puede coexistir perfectamente con las leyes administrativas y contravencionales. Que ello es así, lo prueba la coexistencia de tales normas con las normas penales previstas para los individuos.

9. Derecho comparado

Aquí solamente se expondrán algunas de las soluciones legales ya vigentes, así como los proyectos en legislaciones más allegadas a las nuestras. Para una exposición más amplia se debe remitir a otro lugar[237].

9.1. Experiencias vigentes

En el **Derecho anglosajón**, la responsabilidad penal de "empresas económicas" constituye algo prácticamente "normal", debido a su vigencia desde principios del siglo XX, además de no presentar tampoco problemas dogmáticos: de manera pragmática, la jurisprudencia penal se basa allá básicamente en la doctrina (civil) de la responsabilidad de la empresa por los actos que sus empleados han ejecutado en el marco de sus actividades laborales, o que estos empleados hubieran ejecutado de manera general (en algunos Estados solamente se puede tratar de altos empleados) y en la finalidad de "intimidar"

---

[236] En "La responsabilidad penal...", p. 322 y ss.

[237] Ver la exposición de otras legislaciones penales en EIDAM, "Unternehmen und Strafe", p. 268 y ss.; TIEDEMANN, "Derecho penal económico. Parte general", p. 232 y s., n. marg. 242, con múltiples refs. en la nota 313; ídem, "Nuevas tendencias...", p. 10 y ss. (en III); SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal...", p. 146 y s. Ver también recientemente, desde un estudio de Derecho comparado entre las legislaciones penales alemana y francesa, HARTAN, p. 114 y s., 251 y ss.; exponiendo los recientes desarrollos legislativos en Europa en el sentido de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, GÓMEZ-JARA, "Grundlagen...", p. 291 y s. Hago una exposición más desarrollada del Derecho Comunitario, del Derecho contravencional alemán y del Derecho administrativo sancionador en las obras señaladas en la nota inicial.

a la empresa para que se abstenga de hechos futuros similares, mas no en la necesidad de un "reproche ético-social"[238].

Muchas reformas penales europeas y proyectos actuales se han inspirado en las ya famosas "Sentencing Guidelines for Organizational Offenders" de 1991 de los EEUU. Aunque ellas solamente constituyan pautas para los jueces (debido a la disparidad de criterios existentes anteriormente en el sistema de organización federal norteamericano), se han basado en una serie de estudios y experiencias previas sobre la naturaleza de las empresas. La ley parte de la idea de reforzar la autorregulación a través de la coacción de la ley (premios y castigos). Las empresas deben prever programas de "compliance" (cumplimiento) para impedir la comisión de infracciones en la empresa. Si no lo hicieren o esto fuera insuficiente y se produjere un delito, se le impondrá una pena por el simple hecho de ser "respondeat superior" (superior jerárquico) sin fundamentar dogmáticamente la culpabilidad. Recién para la fijación de la pena interesa la "culpabilidad". Para ello, las "Guidelines" tienen una serie de disposiciones que con criterios preventivos (intimidación) basados en el tipo de empresa, su solvencia, etc., buscan fijar la "multa base", para luego establecer agravantes y atenuantes a esta "multa base" en función de la culpabilidad (culpability score). Resumidamente, se tienen como "agravantes" a la implicación en el delito o la tolerancia que hubiere manifestado el superior jerárquico, el historial criminal (reincidencia) de la empresa, la obstrucción a la administración de justicia en la investigación, el proceso y la ejecución; y como "atenuantes", el contar con programas éticos y de cumplimento efectivo (compliance), la autodenuncia, la cooperación y la aceptación de responsabilidades[239].

En **Europa**, el avance de la responsabilidad contravencional o administrativa de las personas jurídicas no se ha detenido. En muchos países de la Unión Europea (Francia, Suiza, Austria, Suecia, Holanda, etc.), se ha ido adoptando paulatinamente y de diversas formas una responsabilidad penal (amplia o estricta, directa o subsidiaria) de los entes colectivos. Aquí no se pueden revisar todos los avances[240], pero se puede exponer por lo menos las soluciones le-

---

[238] Sobre el sistema anglosajón consultar, entre otros, EIDAM, n. marg. 997 y ss., p. 290 y s. (Reino Unido), n. marg. 1015 y ss., p. 295 y ss. (EEUU), p. 295 y ss.; ROGALL KK OWiG, § 30, n. marg. 246, p. 545 y s.; NIETO MARTÍN, "La responsabilidad penal...", p. 178 y ss. En general sobre el Derecho anglosajón, ABOSO/ABRALDES, p. 179 y ss.

[239] Cfr. y con más detalles y referencias bibliográficas, NIETO MARTÍN, "La responsabilidad penal... Un modelo legislativo", p. 180 y ss.

[240] Ver los análisis de Derecho comparado en SCHÜNEMANN, LK StGB, § 14, n. marg. 82 y ss., p. 936 y ss.; ROGALL, KK OWiG, § 30, n. marg. 233 y ss., p. 541 y ss.; TIEDEMANN, "Responsabilidad penal...", p. 25 y ss., y en "Nuevas tendencias...", en "Derecho penal y nuevas formas de criminalidad", p. 89 y ss.; HEINE, "Kollektive Verantwortlichkeit...", p. 579 y ss. Un amplio panorama internacional al respecto ofrece EIDAM, ver n. marg. 903 y ss., p. 263 y ss. También SCHOLZ menciona ejemplos de legislaciones penales extranjeras para avalar la reforma que en el 2000 debía introducir (pero no lo hizo) la responsabilidad penal de personas jurídicas, ver p. 435 y s. Incluyendo, además, convenios e iniciativas internacionales, CRAMER/HEINE en Schönke/Schröder, vor §§ 25 ff., n. marg. 122 y s., p. 523.

gislativas de los países más conocidos y que pueden influir en las legislaciones hispanoparlantes.

En **Francia**, existe en el CP de 1994 un modelo de responsabilidad penal del personal supervisor de la empresa conocida como "responsabilité du fait d'autrui". En el art. 121 se prevé, de manera general, dicha responsabilidad, aunque se excluyen de ella al Estado y a las corporaciones regionales. Tal responsabilidad "penal" del ente colectivo está vinculada con una acción de sus órganos y representantes (incluyendo los excesos) cometidos "por cuenta" de aquella, para lo cual no tiene que probarse una causalidad entre la violación del deber de control y el acto infractor[241]. En estos casos, según el art. 121-2, los individuos también son punibles en calidad de "coautores". La pena prevista para el ente colectivo es la "multa" (art. 131) y para fijarla se toma como referencia la multa que correspondería a una persona neutral por un delito correspondiente; luego para el ente colectivo, la multa, en el caso normal, podrá llegar a un monto de hasta el quíntuplo de aquel que correspondería a una persona natural (art. 131-39); en caso de reincidencia, hasta el décuplo de tal cantidad (art. 131-12). Junto a la multa se pueden imponer algunas medidas como la publicación de la condena, el cierre de establecimientos, la prohibición de determinadas actividades, e incluso la liquidación de la empresa. Los delitos concretos por los cuales puede ser hecho responsable están previstos expresamente en la misma ley, y van desde el homicidio culposo (art. 221-6) y las lesiones corporales culposas (arts. 222-19, 222-20), la estafa y otros fraudes (arts. 313-1 a 313-4), etc., hasta otros delitos económicos previstos fuera del Código Penal (delitos ambientales, contra los trabajadores, delitos sociales, etc.). Debido a su evidente carácter de "responsabilidad objetiva" (tiende a la afirmación automática de la punibilidad), la doctrina alemana recomienda atenuarla ("domesticarla") a través de una responsabilidad empresarial[242].

En **Suiza**, con la reforma de octubre de 2003, y en el marco de la lucha contra el terrorismo, se introdujeron en el Código Penal los artículos 100quater y 100quinquies[243]. En el art. 100quater se introdujeron dos modalidades de responsabilidad de la "empresa": una "responsabilidad subsidiaria" de la empresa cuando no pudiere imputarse a ningún individuo la comisión de un delito realizado en el marco de la actividad comercial de la empresa debido a una falta de organización interna (párrafo 1), y la "responsabilidad directa" de

---

[241] Cfr. EIDAM, "Unternehmen und Strafe", n. marg. 969 y s., p. 284 y s.

[242] Ver c. más refs., HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 54 y s.; EIDAM, "Unternehmen und Strafe", n. marg. 967 y ss., p. 284 y ss.; ABOSO/ABRALDES, p. 123 y ss.

[243] Al respecto, ampliamente, EIDAM, "Unternehmen und Strafe", n. marg. 944 y ss., p. 278 y ss.; NIETO MARTÍN, "La responsabilidad penal...", p. 266 y s.

la empresa cuando se hubieren cometido determinados delitos (organización criminal, financiamiento del terrorismo, lavado de dinero, corrupción de funcionarios públicos suizos, cohecho activo propio, corrupción de funcionarios públicos extranjeros) y la empresa no hubiera adoptado las medidas organizativas necesarias y posibles para impedirlos (párrafo 2). En el primer caso, se trata de una culpabilidad por defecto de organización que lleva a la *no-identificación* del individuo culpable, mientras que en la segunda modalidad se refiere a una culpabilidad por defecto de organización que *permite la comisión de delitos* de corrupción, terrorismo y blanqueo de capitales; aquí la responsabilidad colectiva es directa y cumulativa (o sea que también hay responsabilidad individual) y no importa que ella haya sido dolosa o imprudente. En el texto reordenado del CP suizo ahora este artículo 100quarter ha pasado a ser el art. 102 dentro del título específico denominado "responsabilidad de la empresa" y el supuesto segundo de la responsabilidad autónoma se refiere también a los delitos de "competencia desleal" previstos en una ley especial de 1986.

En **Italia,** hace pocos años se ha reconocido la responsabilidad de los entes colectivos de manera similar al sistema anglosajón y alemán. A partir de 1990, se había adoptado una solución cuasi penal en el ámbito del Derecho de la libre competencia, del mercado de título-valores y de audiovisuales. No se había adoptado una responsabilidad penal plena, debido a la vigencia del principio constitucional, que se remonta a la revolución francesa, de la "responsabilidad criminal personal" (art. 27°, 1 de la Constitución italiana)[244]. Ahora, bajo la vigencia de una compleja y detallada Ley 231 de 8 de junio de 2001, es posible la responsabilidad (administrativa) de la empresa ("ente") por delitos cometidos por empleados u órganos de ella que "en interés y ventaja" de aquella 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 ambientales[245].

A diferencia de su fuente inspiradora, las Sentencing Guidelines norteamericanas de 1991, la ley italiana sí precisa de la "culpabilidad" ya en la determinación de la responsabilidad penal (y no solamente en la fijación de la pena). Luego, aunque se reconoce la "responsabilidad cumulativa", puede haber casos en los cuales el ente colectivo o el individuo puedan quedar libres de pena por ausencia de culpabilidad: el primero cuando pueda probar (inversión

---

[244] Cfr. TIEDEMANN, "Nuevas tendencias...", p. 91.

[245] Al respecto ver CASTALDO, p. 361 y ss.; también ampliamente EIDAM, "Unternehmen und Strafrecht", n. marg. 1003 y ss., p. 292 y s.; NIETO MARTÍN, "La responsabilidad penal... Un modelo legislativo", p. 194 y ss., MARINUCCI, "La responsabilidad...", p. 1188 y s.

de la carga de la prueba) que pese a contar con un efectivo programa de compliance, un subordinado defraudó estos programas para cometer el delito (art. 6); el segundo, cuando no se pudiere probar al subordinado la culpabilidad en el sentido tradicional, para lo cual no importa la existencia o no de programas de compliance. En el fondo, aunque se trate aún de una responsabilidad administrativa de la empresa por delitos cometidos por individuos, el hecho de que se la vincule con el Derecho penal de distintos modos hace pensar en una "forma oculta de responsabilidad penal"[246]. Además, el D. Leg. 231 constituye la base para ir ampliando poco a poco la responsabilidad de la empresa. A partir del 2001, impulsado por normas internacionales, el legislador ha extendido una y otra vez el delito individual vinculante para la responsabilidad administrativa de la empresa: en el 2001, los delitos de falsedad de monedas y otros valores (art. 25 bis); el 2003, los delitos de terrorismo o subversión del orden democrático (art. 25 quarter); el 2005, los delitos de "abuso de mercado" (art. 25 sexies); el 2006, el uso de la empresa en el marco de la práctica de mutilaciones de los órganos genitales femeninos (art. 25 quarter, 1); el 2006, el empleo del ente para cometer delitos de esclavitud y prostitución (art. 25 quinquies), etc.[247]

En Latinoamérica, destaca sobre todo en **Chile** la reciente Ley 20393 sobre "Responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho" de 2 de diciembre de 2009[248]. Aquí, siguiendo en especial el modelo italiano del Decreto Legislativo 231[249], se trata de obligar a las personas jurídicas de Derecho privado y a las empresas públicas creadas por ley (art. 2) a prevenir la comisión de delitos, en interés o provecho de la persona jurídica, por parte de sus empleados inferiores como superiores que tengan "deberes de dirección y supervisión", a través de la instauración de "modelos de organización,

---

[246] CASTALDO, p. 363, col. izq.; de manera similar, EIDAM habla de una "ley cuasipenal", n. marg. 1003, p. 292.

[247] Ver las refs. y más ejemplos en MARINUCCI, "La responsabilidad...", p. 1188 y s.

[248] Ver el texto oficial en: www.leychile.cl/Navegar/id?Norma=1008668&idVersion=2009-12-02&idParte. Anteriormente existía otro Proyecto referido a la responsabilidad penal de personas jurídicas: el "Proyecto de Ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia de daños medioambientales", proyecto número 6204-07 que ingresó a la Cámara de Diputados el 14 de diciembre de 2008, pero, según la información oficial, seguiría en tramitación (a enero de 2010, ver la página www).

[249] Sobre los antecedentes, discusiones y recomendaciones del anteproyecto consultar sobre todo el "Informe de la comisión de constitución, legislación y justicia recaído en el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica" (http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmid=12504&prmtipo=informepley Boletín n° 6423-07), p. 1 y ss. En la discusión (ibídem, p. 33 y ss.) hubo prácticamente pleno consenso en la necesidad de establecer sanciones auténticamente penales para las personas jurídicas y que se trate de una responsabilidad autónoma, aunque alguna discusión en los detalles.

administración y supervisión" para prevenir delitos (art. 3, tercer párrafo). La persona jurídica quedará exenta de pena solamente en caso de contar con estos "modelos de prevención", en la forma prevista en el extenso art. 4 (que diferencia según la complejidad de la persona jurídica, señala los requisitos de estos modelos, entre otros, su "certificación" por empresas de auditoría externa). Pero la ley parece partir de una "responsabilidad subsidiaria" de la persona jurídica. Por un lado, excluye tal responsabilidad penal cuando "las personas naturales... hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero" (art. 3, último párrafo). Pero, más allá de esta regulación razonable, más adelante se dice que la "responsabilidad autónoma" de la persona jurídica solamente existiría en casos (por lo demás evidentes) de extinción de la responsabilidad penal individual, del sobreseimiento temporal del proceso contra el imputado individual, y cuando pese a la comprobación de la existencia del delito, no se pudiere establecer responsabilidad individual (art. 5). En lo relativo a las penas, la ley establece una regulación muy detallada. Por un lado, existen reglas generales (arts. 8 a 13), donde se definen las penas principales (disolución de personería jurídica, prohibición de contratar con el Estado, pérdida de beneficios fiscales, multa), penas accesorias (publicación de la sentencia condenatoria, comiso de ganancias y efectos); por otro lado, también se tiene una serie de criterios para la determinación de la pena (arts. 14 y ss.): penas específicas según se tratare de "crímenes" o "simples delitos", continuación de la responsabilidad penal en caso de transformación de la persona jurídica procesada o condenada, atenuantes y agravantes, etc. Por último, también se prevén disposiciones específicas sobre el procedimiento penal (arts. 20 y ss.).

El proyecto chileno había sorprendido tanto por su aparición sorpresiva en un medio donde no ha sido anteriormente mayor tema de discusión doctrinaria (a diferencia, por ejemplo de España, Alemania o incluso Argentina y Perú), como también de su supuesta motivación: el deseo del gobierno chileno de querer ingresar como miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Esta organización exigiría a sus miembros una "sanción efectiva y disuasoria" a las personas jurídicas en el marco de la lucha contra el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones internacionales, para lo cual no era por cierto necesario recurrir al Derecho penal[250]. Además se ha criticado, como argumento técnico que el

[250] Observación hecha por el instituto "Libertad y Desarrollo" (LyD) en sus "Comentarios al Proyecto de ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas (Boletín 6.423-07)", p. 1 y s. (www.lyd.cl); ver también el "Informe de la Comisión de Constitución...", en su primera revisión al proyecto tras el mensaje de la presidenta chilena, p. 3 y ss. (antecedentes). Además, debe recordarse que el Código Penal chileno, a diferencia de otros como el peruano, ya ha previsto la sanción penal individual del cohecho activo transnacional (artículos 250 bis A y 250 bis B, introducidos por la Ley 19.829 de 8 de octubre de 2002).

Proyecto, que prevé "penas" de "multa" para las personas jurídicas, colisionaría con el Derecho penal chileno vigente, el cual estaría hecho a la medida de la responsabilidad individual y que se caracterizaría por el hecho de que solamente prevé la "privación de la libertad" como pena autónoma; a diferencia del Derecho administrativo chileno, donde la "multa" sí constituye una sanción autónoma, en el Derecho penal chileno la "multa" solamente entra a tallar como "pena accesoria"[251]. También se critica la redacción del articulado referido a las "penas" y a la "escala de penas" del Proyecto, debido a su aparente falta de "claridad", tanto porque esto afectaría el principio constitucional de taxatividad (art. 19, número 3, de la Constitución chilena). P. ej. en la "paralización de actividades" y la "prohibición de realizar determinadas actividades" (actualmente, art. 10 del Proyecto) se exige mayor taxatividad, porque habría dificultades interpretativas en los casos concretos y también porque se afectaría a terceros[252]. Pero también se elogia que se haya incluido un "modelo de prevención voluntario", aunque se critica que se vuelva obligatorio a partir de ingresos anuales de 25 mil unidades de fomento, lo cual implicaría un elevado costo para sociedades sin fines de lucro y para las pequeñas y medianas empresas[253]. Esta crítica deberá haber perdido fuerza debido a que en la versión final del proyecto, aunque la obligatoriedad continúa, su cumplimiento es mucho más fácil para empresas con ingresos anuales menores de 100 mil unidades de fomento (art. 4, número 1, al final).

Mediante Ley 20.393 de 25-11-2009 (publicada el 02-12-2009) el proyecto se convirtió en Ley.

9.2. Proyectos de reforma

Es de especial interés para el ámbito hispanoparlante (y en especial para el Perú con su modelo de "consecuencias accesorias" similar al español) la **reforma penal española.** Ya en el 2003, se dio el primer paso hacia el reconocimiento de la responsabilidad penal de los entes colectivos, cuando mediante la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre se introdujo un segundo párrafo al artículo 31 (que regulaba y regula aún el "actuar por otro") para hacer que la "persona jurídica" responda civilmente por el pago de la multa que se hubiera impuesto al autor individual, siempre que este hubiera actuado "en nombre" o "por cuenta" de aquella[254].

---

[251] Ver "Comentarios al proyecto...", p. 3.

[252] Ver "Comentarios al proyecto...", p. 4 y s.

[253] Ver "Comentarios al proyecto...", p. 6.

[254] Al respecto ver ampliamente con múltiples referencias GÓMEZ-JARA, "El nuevo artículo 31.2...", p. 239 y ss. Ver arriba en 3.2 sobre las críticas.

En el *Proyecto de 2007* (publicado en el "Boletín Oficial de las Cortes Generales", de 15 de enero de 2007, serie A, número 119-1) había previsto la punibilidad general de las personas jurídicas. Junto con otras modificaciones y adiciones en la parte general y especial del CP de 1995, se había introducido el artículo 31bis que introducía, en lo básico, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, según un "modelo de imputación", de los delitos cometidos por sus directivos por cuenta o en provecho de ellas (párrafo primero, primera alternativa) y de los delitos cometidos por subordinados de estos directivos, cuando estos hubieran violado su deber de control (primer párrafo, segunda alternativa).

El Proyecto del 2007 no fue promulgado debido a la cercanía de las elecciones generales que impidió la revisión y votación del mismo. Pero el texto fue utilizado como nuevo Anteproyecto de 23 de noviembre (fechado el 14 noviembre) de 2008. El *Anteproyecto de Ley Orgánica de 2008* no modifica nada sobre la punibilidad de las personas jurídicas (art. 31bis, art. 33, número 7) y ahora ha pasado a ser *Proyecto de 2009* (publicado el 27 de noviembre de 2009 en el BOE serie A, número 52-1).

Estos proyectos y anteproyectos (que están basados todos en la misma idea, salvo por diferencias mínimas) también han merecido fuertes críticas. No solamente, lo han criticado, como era de esperarse, los que están en contra de una responsabilidad penal de personas jurídicas, sino también quienes no se oponen a ella. El problema de la reforma penal está en que se crearía, adicionalmente a la responsabilidad del individuo que "actúa por otro" (art. 31, primer párrafo) y a la posibilidad de la "omisión del empresario" por violar un deber de cuidado proveniente de una posición de garante (art. 11) una responsabilidad adicional[255]. El Consejo General del Poder Judicial ha publicado a principios del 2009 un análisis del Anteproyecto del 2008. En lo referente al modelo adoptado de "responsabilidad penal de las personas jurídicas", se ha observado y criticado que no se trate de una "responsabilidad propia", sino que esté siempre vinculado a la "persona individual" (aunque no de manera extrema, pues solamente exige un hecho punible de esta)[256]. Esto tendería a una inconstitucional "responsabilidad objetiva", pues no se ha señalado ningún criterio de responsabilidad para la persona jurídica. Aunque esto pueda ser salvado de alguna manera por un esfuerzo interpretativo que incluya una "infracción del deber de control" (previsto en el Anteproyecto solamente en lo refe-

---

[255] Cfr. c. más refs., refiriéndose al Proyecto de 2007, DEMETRIO CRESPO, p. 52 y ss., 58.

[256] Ver los comentarios de la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial en el "Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal", de p. 5 y ss.

rente a los "empleados" y no a los "órganos"), se ha recomendado, siguiendo la doctrina más avanzada, mejorar la redacción para incluir un criterio en el sentido de una "ausencia de los mecanismos de control adecuados" o "defecto de organización"[257]. Además se aconseja señalar de manera expresa el ámbito en el cual habrían actuado los individuos (en el ejercicio de sus funciones)[258], e incluir una cláusula que defina, para los efectos penales, quiénes son en concreto las "personas jurídicas" punibles, evitando así problemas interpretativos derivados del distinto empleo normativo de los conceptos "asociaciones, fundaciones y sociedades", mencionados en el número 5 del art. 31 bis[259]. Por lo demás, se trata de un modelo que no excluye la punibilidad de los individuos al interior de la empresa (doble incriminación) y que mantiene, con modificaciones, un sistema de "medidas" de carácter preventivo (art. 129), que reemplaza a las anteriores "consecuencias accesorias", y conlleva el peligro de eludir el respeto a principios penales básicos, aparte de permitir su amplia aplicación a todo tipo de ente colectivo ("organizaciones")[260].

En mayo de este año se hizo realidad la reforma penal española y, con ella; la introducción de una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas en dicho país (Ley Orgánica 5/2010, BOE de 23 de junio de 2010, N° 152, sección I, p. 54811 y ss.).

10. Resumen y revisión crítica

Solamente se puede superar la visión tradicional del *societas delinquere non potest*, si se cambia de perspectiva de una manera decisiva. Si se argumenta de manera tradicional, los argumentos en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no pueden 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" de los entes colectivos no armonice con ellas[261].

Entonces, se necesita un cambio de perspectiva para tratar aquellas "actividades colectivas (empresariales)" que desembocan en perjuicios para bienes

---

[257] Cfr. CGPJ, "Informe...", p. 9 y s.

[258] Cfr. CGPJ, "Informe...", p. 12 y s.

[259] Cfr. CGPJ, "Informe...", p. 15.

[260] Cfr. las observaciones y críticas del CGPJ, "Informe...", p. 23 y s., 25 y ss.

[261] HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 32; JAKOBS, "Punibilidad...", p. 86, 92; SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal...", p. 147 y s., 150; 464; MIR PUIG, "Una tercera vía...", p. 363; GÓMEZ-JARA, "El modelo constructivista...", p. 98; ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", c. más refs. p. 155.

jurídicos necesitados de protección. Por un lado, se ha destacado que los "sujetos" analizados son distintos: "individuos", tradicionalmente presupuestos por el Derecho penal, y "entes colectivos", cuyos ilícitos quieren ser ahora incluidos dentro de aquel[262]. Pero también se debe tener en cuenta, como se ha expuesto más arriba, que las "conductas imputables" mismas de ambos sujetos presentan diferencias sustanciales. Mientras que el Derecho penal tradicionalmente ha sido construido para que conductas individuales, tras un proceso de subsunción, deban encajar en un tipo penal determinado que describa aquella acción u omisión que, dolosa o culposamente, atentare contra determinado bien jurídico representado en un objeto determinado de la acción (vida, integridad corporal, patrimonio, etc.); en los entes colectivos ya no se trata de una "conducta" determinada, sino de un "desarrollo" que ha llevado a que exista una "organización" de la cual emanan conductas perjudiciales para bienes jurídicos. El reproche de la ley se tendrá que dirigir a tal "organización defectuosa" o "defectuosa administración de riesgos", y el "daño" concreto a los bienes jurídicos tendrá un lugar distinto dentro de la dogmática pertinente de este "Derecho sancionador de empresas"; p. ej. como "condición objetiva de punibilidad".

Ahora bien, para dar una adecuada protección a bienes jurídicos importantes no se tiene por qué violentar las categorías y las leyes penales tradicionales para hacer que estas armonicen con un fenómeno de naturaleza distinta a las conductas individuales que las inspiraron. 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 esta solamente se produjera para las personas individuales que actuaran por la empresa[263]. El hecho de querer hacer encajar, dentro del Derecho penal, la responsabilidad de los entes colectivos tiene que llevar forzosamente a contradicciones metodológicas que no pueden salvarse siquiera mediante un paralelo funcional de los conceptos construidos para los

---

[262] Esta situación ha llevado a BACIGALUPO SAGGESE a afirmar que habría actualmente una "crisis de la filosofía del sujeto individual autoconsciente" en el Derecho penal, lo cual se superaría a través de una "nueva fundamentación de la teoría del Derecho", a través de la "teoría de sistemas": la sociedad como sistema social compuesto por unidades comunicativas, el Derecho penal como medio para la solución de controversias sociales y el sujeto del Derecho penal que además del individuo incluiría también a los entes colectivos; cfr. p. 30, 32 y s.

[263] 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...", p. 148 y s. 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, "Derecho penal económico. Parte general", p. 236, n. marg. 245; SILVA SÁNCHEZ, ibídem, p. 158 y s.

individuos[264]. Si se quiere llevar coherentemente estas ideas al Derecho penal "duro" (el tradicional), se tendría que partir necesariamente de una distinta idea del *sujeto de Derecho penal* para poder colocar en un mismo saco tanto al sujeto individual como también al colectivo. Y esto llevaría a reelaborar todas las categorías dogmáticas desarrolladas hasta ahora partiendo del individuo como sujeto de Derecho penal[265]. Esto sería posible del lado científico. Propuestas al respecto ya existen sobre todo sobre la base del normativismo radical. Del lado político solamente faltaría la decisión vertida en una correspondiente norma legal que incluyere al ente colectivo expresamente dentro del sistema de imputación penal.

Pero la vía penal no es la única posibilidad ni tampoco, a mi parecer, la más razonable y práctica. A esto se alude (aunque no en los términos que utilizo) en la discusión actual cuando se plantea la *forma como* debe darse la responsabilidad de la persona jurídica: ¿dentro del Derecho penal (p. ej. como una "coautoría" tal 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)[266]. Un importante sector de penalistas sigue avalando la "solución penal": introducir una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas a través de una reforma penal, sea dentro del Código Penal, sea fuera de él, pero dentro de una ley penal especial[267]. Las ventajas supuestamente insuperables de mantener la imputación penal de los entes colectivos dentro del Derecho penal, estaría en que, por un lado, la solución extrapenal perdería el "efecto simbólico" que tiene la ley penal, contradiría el "principio de igualdad" y no ofrecería las garantías que sí tiene el Derecho penal[268]. Otro sector, que se acerca más a la solución realista del

---

[264] En ese sentido es válida la crítica de GÓMEZ-JARA a los que, empleando conceptos de la teoría de sistemas, abogan por la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al lado de una responsabilidad individual no basada en esta teoría; cfr. "El modelo constructivista...", p. 101. Pero un nuevo "Derecho sancionador de empresas" podría construirse, sin problemas sobre la base de la "teoría de sistemas" y otros conceptos, para construir su propia dogmática.

[265] Como manifiesta BACIGALUPO SAGGESE: "... la elaboración de una teoría del sujeto de Derecho penal no es posible a partir de las categorías dogmáticas preelaboradas, sino que es una cuestión *previa* que se debe determinar a partir de conceptos pre-dogmáticos...".

[266] Ver un resumen de todas estas tendencias en ROXIN, "Strafrecht. AT", tomo 1, p. 264, n. marg. 63.

[267] Así, entre otros, TIEDEMANN, c. más refs. "Derecho penal económico. Parte general", p. 233 y s., n. marg. 243; SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal...", p. 147 y s.; BAIGÚN, p. 27 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 "Zur aktuellen Lage...", p. 572. Consultar también últimamente la evaluación de HARTAN, p. 228 y ss., 252 y s. 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...", p. 306 y ss.

[268] Resumiendo así ventajas y desventajas, BAIGÚN, p. 29 y s.

problema propugna la solución extrapenal, pero en el Derecho administrativo (o contravencional), basándose en la responsabilidad de la empresa por "defecto de la organización". Y finalmente, otro grupo, dentro del cual me incluyo, considera que se necesitará un nuevo *Derecho sancionador de los entes colectivos*.

Por otro lado, aunque la fundamentación del "hecho propio" aportada por el Derecho contravencional alemán resulte adecuada para la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas, la cuestión sin responder consiste en si bastaría con una sanción contravencional para cumplir con las finalidades preventivas. El hecho mismo de la persistencia en la comisión de graves contravenciones tras años de experiencia con la Ley alemana de contravenciones y sus órganos aplicadores parece dar a entender que el Derecho contravencional carecería de efectos preventivos. No solamente se trata de la falta de reproche "ético-social" en la multa contravencional, sino de algo más: la concepción misma del sistema contravencional (y del administrativo sancionador) está basada en el "control"; es un sistema reactivo, no tiene en cuenta la naturaleza de los entes colectivos y, por ello, no incide en la organización misma. A esto se suma el que el Derecho contravencional, en comparación con el penal, implica una tratamiento "privilegiado" e injusto a los entes colectivos frente a los individuos por los mismos hechos: no solamente la sanción contravencional es cualitativamente (por el contenido ético-social) menor, sino también está sujeta al principio de oportunidad[269]. Las recientes experiencias alemanas con las medidas de "compliance", "códigos de buena conducta" y otras[270] parecen sostener este diagnóstico. No ha sido raro (y el actual escándalo al interior de varias empresas alemanas lo demuestra; p. ej. el caso "Siemens") que una empresa tenga un "código de (buena) conducta", así como una sección de control, que regularmente haga participar a sus trabajadores en cursos de Derecho y de ética, y que incluso realicen controles dentro de la empresa, pero que internamente dispongan o toleren actos de corrupción[271]. Y en esto la prueba de la "violación del deber de control" sería prácticamente imposible, pues exige probar la causalidad de procesos internos de la empresa, de las medidas de control adoptadas y omitidas, en relación con una infracción (contravencional o penal). Y esto es extremadamente difícil en empresas con estructuras com-

---

[269] Cfr. HIRSCH, p. 616; similar HURTADO/MEINI, p. 76.

[270] Sobre las distintas medidas y modelos autorreguladores, con mayor o menor intervención estatal y en especial sobre "compliance", ver SIEBER, "Compliance-Programme...", p. 449 y ss.; también SCHNEIDER, "Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung", Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), pp. 645-650. En el campo previo al Derecho penal, se discute, de manera más amplia, acerca de la efectividad de medidas de adecuado control externo e interno de empresas ("Corporate Governance"). Sobre algunos conocidos escándalos en los EEUU y las nuevas regulaciones estadounidenses tendentes a reforzar el control, ver Schwarz/Holland, "Enron, WorldCom... und die Corporate-Governance-Diskussion", Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), pp. 1661-1672.

[271] Cfr. NELL, p. 150, columna izquierda.

plejas donde, para comprobar la violación del deber, se tendría que penetrar en el verdadero sistema de la empresa y conocer los procesos de decisión y delegación[272]. Por cierto que todavía es prematuro para determinar si en realidad, estas medidas "autorreguladoras", que para algunos serían inevitables y constituirían más bien una característica propia del mundo moderno[273], bastarían para remplazar la "punibilidad" de los entes colectivos y fundamentar solo una responsabilidad extrapenal (civil, administrativa o contravencional) o, si pueden coexistir con un Derecho penal de empresas y, más bien, servir para hacerlo más efectivo[274]. En todo caso, su ubicación (indirecta) dentro del Derecho penal no es acertada, pues se basan en una percepción distinta de distintos sujetos del Derecho: los entes colectivos.

Entonces, aunque se ha constatado que la solución "contravencional" para la responsabilidad de personas jurídicas funciona relativamente bien en los países que la contemplan, cabe aún la pregunta de si, por razones de "política criminal", esto sería suficiente; de si sería lo mismo una "contravención" del ente colectivo que una conducta "penal" o "cuasi penal" de este. En el Derecho contravencional alemán, existe también discusión sobre la distinta gravedad de las infracciones, sobre todo cuando son atribuibles a las grandes empresas. Así, se ha sugerido alguna vez "criminalizar" las "grandes contravenciones", especialmente las infracciones de cárteles que provocan graves daños. Precisamente estas "grandes contravenciones" demuestran la existencia de ilícitos de entes colectivos, cuyo contenido de injusto, por su dañosidad social, sería equivalente al de los delitos y que no debería ubicarse dentro del Derecho contravencional (o del Derecho administrativo sancionador). En este ámbito no rige la llamada diferencia meramente "cuantitativa" entre contravención y delito.

Por ello, ya por razones de sistemática, se plantea la cuestión de si no sería preferible prever los principios básicos de las infracciones cometidas por entes colectivos, así como el contenido de cada uno de estos ilícitos dentro de un solo cuerpo normativo distinto de la ley penal y de la ley contravencional. Para esto se necesitaría recurrir a un ordenamiento jurídico sancionador específico referido a las empresas, una "segunda vía" fuera del Derecho penal o sea un *Derecho sancionador de las empresas*[275]. Solamente esta alternativa supera-

---

[272] Cfr. NELL, refiriéndose al caso "Siemens" (en el cual por ello no habría podido aplicarse el art. 130, sino solamente el 30, primer párrafo, número 4, segundo y tercer párrafos OWiG), p. 150, columna izquierda.

[273] Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 36.

[274] En este sentido, la propuesta de SIEBER, "Compliance-Programme...", p. 473 y ss.

[275] Ver c. más refs. de la literatura alemana, CRAMER/HEINE, en Schönke/Schröder, vor § 25, n. marg. 125 y ss., p. 523 y s.; BAIGÚN, con una propia propuesta de "doble imputación", p. 27 y ss., ; ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", c. más refs., p. 162. Últimamente remito a mi trabajo: "Hacia un nuevo Derecho penal...", Revista Penal N° 21 (2008), p. 3-23 [en esta compilación: p. 545-581]; en el mismo sentido, recepcionando

ría las inconsistencias que surgen cuando se quiere hacer encajar la "responsabilidad jurídica" de la persona jurídica dentro del Derecho penal, pues por más que se pretenda allí una "tercera vía", al lado de las penas y las medidas de seguridad, las regulaciones sobre entes colectivos, en realidad, no tienen que ver con el Derecho penal debido a la distinta naturaleza de los destinatarios de la norma (o si se quiere: los "sujetos"). Y esto me parece ser más consecuente que, tras verificar las peculiaridades de las "organizaciones" y construir para ellas un sistema de imputación propio mediante un método analógico-funcional, persistir en la "solución penal"[276]. Por último, una responsabilidad propia y autónoma de esta 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, si no directamente a aquellos en los cuales también se basa este: los principios de un Estado social y democrático de Derecho, los principios constitucionales.

Y por supuesto que la creación de esta "segunda vía" fuera del Derecho penal, destinada a la regulación de la responsabilidad sancionadora de los entes colectivos frente a graves perjuicios a bienes jurídicos importantes, plantearía el desafío de organizar la interrelación de ambos sistemas de imputación, tanto en lo material como en lo procesal. Esta tarea ciertamente no puede ser llevada a cabo en este estrecho marco.

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: "Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas", Lima, 1997; "Criminalidad económica y transnacionales",

---

la propuesta, DEMETRIO CRESPO, "Responsabilidad penal por omisión del empresario", p. 64; RAMÓN RIBAS, en Quintero Olivares/Morales Prats, p. 684 y ss. 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 ...", p. 150 y ss.; "Grundlagen...", 306 y ss., 315 y ss. ABOSO/ABRALDES también insinúan al final de su extensa monografía la necesidad de discutir "... en el seno de un hipotético Derecho penal de las personas jurídicas, probablemente algo distinto del derecho penal en sentido estricto...", p. 195. Y también parece ir en este mismo sentido, GRACIA MARTÍN quien observa agudamente que sería posible ("no sólo lógico, sino, conveniente") que, en el futuro Derecho español, un mismo órgano aplique todas las consecuencias que se deriven del mismo suceso; es decir, en la vía penal, la responsabilidad penal (individual) y la pena, y en la vía administrativa, las "medidas accesorias" para las personas jurídicas, tales como las que están previstas en el art. 129 del CP español actual, y otras ya vigentes en el área extrapenal (p. ej. la "multa coercitiva" en el Derecho de la libre competencia); "Las llamadas...", p. 235. Hay que aclarar aquí que en el ámbito hispanoamericano (con algunas excepciones como BAIGÚN y ABANTO; ver arriba ibídem) se suele hablar más bien de una "tercera vía", aludiendo a un Derecho adicional al penal y al de las "medidas de seguridad" (por todos MIR PUIG, "Una tercera vía...", p. 355 y ss., mientras que en el Derecho penal alemán se habla con más frecuencia de una "segunda vía" en alusión precisamente a algo diferente al Derecho penal (que incluye ya penas y medidas de seguridad); entre otros ver ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, p. 263, n. marg. 62; en España, sigue esta terminología GÓMEZ-JARA, "El modelo constructivista...", p. 97, nota al pie 9, con más refs. sobre el empleo de ambos términos.

[276] Como por lo visto sugiere HEINE, ver "Modelos de responsabilidad...", p. 46 y ss.; ver también arriba, en 3.3.2.

Revista de la Academia Diplomática del Perú, N° 47 (1997), pp. 112-128; "Diez años de Derecho penal economico peruano: un balance", Revista Peruana de Ciencias Penales, números 11-12, Lima, 2002, pp. 21-76 [en esta compilación: p. 603-660]; "Vacíos en la legislación penal peruana sobre corrupción de funcionarios", Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales", N° 7 (2007), pp. 181-233 [en esta compilación: p. 747-793]; "Hacia un nuevo Derecho penal de las empresas", Revista Penal (España), N° 21 (2008), pp. 3-23 [en esta compilación: p. 545-581]; "Participación punible de personas en grupos de delincuentes y redes" (Informe de Perú), presentado al Instituto Max Planck de Derecho extranjero e internacional, próxima publicación bajo la dirección de Ulrich Sieber; "Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: delitos contra la libre y leal competencia", en: Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo, "Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial", Madrid, 2010, pp. 139-175 [en esta compilación: pp. 661-699].

ABOSO, GUSTAVO E./ABRALDES, Sandro F.: "Responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal", Montevideo-Buenos Aires, 2000.

ACHENBACH, Hans: "Ahndung materiell sozialschädlichen Verhaltens durch bloße Geldbuße? Zur Problematik 'großer' Wirtschafts- Ordnungswidrigkeiten", Goltdammers Archiv (GA), 2008, pp. 1-17; "Zur aktuellen Lage des Wirtschaftsstrafrechts in Deutschland", GA 2004, p. 559 y ss.

ACHENBACH, Hans/RANSIEK, Andreas: "Handbuch Wirtschaftsstrafrecht", 2da. ed., Heidelberg, 2008.

ARROYO ZAPATERO, Luis: "Hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España", en: Arroyo Zapatero y otros (edits.), "La reforma del Código Penal tras 10 años de vigencia", Elcano (Navarra), 2006, pp. 17-30.

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina: "La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto del Derecho penal", CPC N° 67 (1999), pp. 11-36.

BAIGÚN, David: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", Buenos Aires, 2000.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: "Modelo para un Derecho penal de las personas jurídicas", en: García Valdés y otros (coords.), "Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat", tomo 1, Madrid, 2008, pp. 719-732.

BOHNERT, Joachim, Kommentar zum OWiG, 2da. ed., Múnich, 2007.

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

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL –COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES– (se cita: CGPJ): "Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal", publicado en la página web del Poder Judicial Español (www.poderjudicial.es) el 26 de febrero de 2009.

DANNECKER, Gerhard: "Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände", Gotdammers Archiv (GA), Alemania, 2001, pp. 101-130.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo: "Responsabilidad penal por omisión del empresario", Madrid, 2009.

EIDAM, Gerd: "Unternehmen und Strafe", 3ra. ed., Colonia, 2008.

ENGISCH, Karl: ponencia en "Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages", tomo II, Sitzungsberichte (informes de las sesiones), Hamburgo, 1953, pp. E 7-E 41.

FISCHER, Thomas: "Strafgesetzbuch und Nebengesetze", 56ta. ed., Múnich, 2009.

GARCÍA CAVERO, Percy: "Derecho penal económico. Parte general", 2da ed., tomo 2, Lima, 2007.

GOHLER, Erich (ed.): Ordnungswidrigkeitengesetz, , 14. ed., Múnich, 2006.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos: "Grundlagen des konstruktivistischen Unternehmensschuldbegriffes", ZStW 119 (2007), S. 290 ff.; "El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial", en: ídem (ed.) "Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, Elcano (España), pp. 93-161; "El nuevo artículo 31.2 del Código Penal: cuestiones de lege lata y de lege ferenda", ibídem, pp. 239-309; "¿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: "Las llamadas 'consecuencias accesorias' en el Código penal español como reacciones jurídicas al delito", Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 17 (2005), pp. 195-244.

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

HARTUNG, Fritz: ponencia en "Verhandlungen des 40. Deutschn Juristentages", tomo II, Sitzungsberichte (informe de las sesiones), Hamburgo, 1953, pp. E 43-E 60.

HEINE, Günter: "Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa", en: Gómez-Jara (ed.) "Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial", Elcano (España), 2006, pp. 25-67; ibídem, "La responsabilidad colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea", pp. 163-189; "Kollektive Verantwortlichkeit als neue Aufgabe im Spiegel der aktuellen europäischen Entwicklung", en Festschrift für Ernst-Joachim Lampe, Berlín, 2003, pp. 577-596.

HEINITZ, Ernst: "Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", 40. Deutscher Juristentag, tomo 1, Tubinga 1953, pp. 65-90.

HIRSCH, H.-J.: "Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden", en: "Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten", Berlín, 1999, pp. 597-622.

HURTADO POZO, José/ MEINI MÉNDEZ, Iván: "Las personas jurídicas frente al derecho penal peruano", en Hurtado/ Del Rosal/ Simons, "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada", pp. 73-107, Valencia, 2001.

Informe del Instituto "Libertad y Desarrollo" (LyD) en sus "Comentarios al Proyecto de ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas (Boletín 6.423-07)", p. 1 y s. (www.lyd.cl).

Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica (www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=12504&prmTIPO=INFORMEPLEYBOLETÍN) N° 6423-07.

JAKOBS, Günther: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 2da. ed., Berlín, 1996; "Strafbarkeit juristischer Personen", Festschrift für Klaus Lüderssen, pp. 559-575; "¿Punibilidad de las personas jurídicas?", en: García Cavero (coord.), "La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes", pp. 63-97, Lima, 2002.

KLESCZEWSKI, Diethelm: "Gewinnabschöpfung mit Säumniszuschlag. Versuch über die Rechtsnatur der Verbandsgeldbuße", en: Festschrift für Manfred Seebode, Berlín, 2008, pp. 179-196.

LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio: "Por un Derecho penal solo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador", Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 19 (2007), pp. 325-372.

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.

MARINUCCI, Giorgio: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático", en: García Valdés y otros (coords.), "Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat", Madrid, 2008, p. 1173-1199.

MIR PUIG, Santiago: "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en: "XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología", Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2004, pp. 355-374.

MITSCH, Wolfgang: "Grundzüge des Ordnungswidrikeitenrechts", en: Juristische Arbeitsblätter (JA), Alemania, 2008, pp. 241-320 (primera parte) y 409-413 (segunda parte).

MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes: "Derecho penal. Parte general", 6ta. ed., Valencia, 2004.

NELL, Mathias: "Korruptionsbekämpfung ja –aber richtig!- Reformüberlegungen zur Unternehmenshaftung nach OWiG", Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP), Alemania, 2008, p. 149 y ss.

NIETO MARTÍN, Adán: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esquema de un modelo de responsabilidad penal", en: Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo, "Cuestiones actuales de Derecho penal económico", Madrid, 2008, pp. 131-160.

OTT, Walter: "Jenseits von Fiktions- und Realitätstheorie: Die juristische Person als institutionelle Tatsache", en: Festschrift für Peter Forstmoser, Zúrich, 2003, pp. 3-13.

PIETH, Mark: "Strafverfahren gegen das Unternehmen", en: Festschrift für Albin Eser, Múnich, 2005, pp. 599-616.

RAMÓN RIBAS, Eduardo: comentarios al art. 129 del CP español, en: Quintero Olivares/Morales Prats, "Comentarios al Nuevo Código Penal", 4ta. ed., Elcano, 2005, p. 674 y ss.

ROGALL, Klaus: comentarios a los arts. 9, 30 y 130 de la Ley alemana sobre contravenciones (OWiG), en "Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz", 3ra. ed., Múnich, 2006, pp. 149-180 (§ 9), 482-549 (§ 30), pp. 1672-1705 (§ 130).

ROXIN, Claus: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo 1, 4ta. edición, Múnich, 2006; tomo II, Múnich, 2003.

SCHOLZ, Rupert: "Strafbarkeit juristischer Personen?", Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP), p. 435-440.

SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst (eds.): "Strafgesetzbuch", 27ta. ed., Múnich, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd: en "Leipziger Kommentar" (LK), tomo 1 (Einleitung, §§ 1-31) 12da. ed., Berlín, 2007; "Unternehmenskriminalität", en Festgabe aus der Wissenschaft. 50 Jahre BGH" (FG-BGH), tomo IV, Múnich, 2000, pp. 621-646; "La punibilidad de las personas jurídicas desde una perspectiva europea", en: "Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann", Madrid, 1995, p. 572 y ss.

SIEBER, Ulrich: "Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht", LH a Klaus Tiedemann, Colonia-Múnich, 2008, pp. 449-484.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús: "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, pp. 141-212.

SPOLANSKY, Norberto E.: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en: García Valdés y otros (coords.), "Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat", tomo II, Madrid, 2008, pp. 1631-1646.

TIEDEMANN, Klaus: "Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten", 3ra. edición, Colonia, 2010 (traducción de la 2da. edición: "Derecho penal económico. Introducción y parte general", Lima, 2009); "Nuevas tendencias en la responsabilidad penal de personas jurídicas", en: Tiedemann, "Derecho penal y nuevas formas de criminalidad", 2da. ed., Lima, 2007, pp. 253-278; "Derecho penal administrativo y Estado de Derecho. Un panorama sobre el Derecho alemán de contravenciones", en: Tiedemann, "Constitución y Derecho penal", Lima, 2003; Grunderfordernisse einer Regelung des Allgemeinen Teils", en: Tiedemann (ed.), "Wirtschaftstrafrecht in der Europäischen Union. Freiburg-Symposium", Colonia, 2002, p. 3 y ss.; "Responsabilidad penal

de personas jurídicas y empresas en el Derecho comparado", en: Luis Flávio Gomes (coord.), "Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal", Sao Paulo, 1999, pp. 25-45.

TIEDEMANN, Klaus/NIETO MARTÍN, Adán (edits.): "Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea", Cuenca (España), 2003.

FREIER, Friedrich von: "Zurück hinter die Aufklärung: Zur Wiedereinführung von Verbandsstrafen", Goltdammers Archiv (GA), 2009, pp. 98-116.

LISZT, Franz von: "Das deutsche Reichsstrafrecht", Berlín/Leipzig, 1881, "Das deutsche Strafrecht", 25ta. ed. (trabajada por Eberhard Schmidt), Berlín/Leipzig, 1927.

WABNITZ, Heinz-Bernd/ JANOVSKY, Thomas: "Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts", 3ra. ed., Múnich, 2007.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas, principales problemas de imputación", Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 20 (2008), pp. 465-510.

Hacia un nuevo derecho penal de las empresas(*)

Más allá de la solución penal y meramente administrativa del "delito económico"

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 cometidos(1). 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 "criminalidad" 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 dogmática penal tradicional(2). 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

---

(*) 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. Artículo publicado por primera vez en la Revista Penal (España), N° 21 (2008), pp. 3-23 y en la Revista de Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad de Viña del Mar, Chile, 2007, p. 39-66.

(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.

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

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 implican[3].

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 ha 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; estas 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 para 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

---

[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 consciencia de injusto" y de "controles" como causa de los delitos, etc.; ver, c. más refs. de otros estudios que llegan a similares resultados, BUSSMANN/SALVENMOSER, p. 203 y ss.

económico que suele constituir una de sus características más notables[4]. 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 industrial", "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 normas[6]. 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 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 ele-

---

[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...", p. 56 y s., n. marg 100; ROXIN, "Strafrecht. A. T.", tomo 1, p. 157, n. m. 40, p. 491 y s., n, marg. 110; ABANTO VÁSQUEZ, c. más refs., "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 106 y ss., 110 y ss.

[7] Al respecto, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "El principio de certeza...", p. 18 y ss. [en esta compilación: p. 177 y s.].

[8] Al respecto, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "El principio de certeza...", p. 19 y s. [en esta compilación: p. 177 y s.].

mentos 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 constate que la "decisión básica" sobre la punibilidad de la conducta ha sido tomada por el legislador penal y se manifieste así en el tipo penal[9], 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 precisión[10]. 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 punibilidad[11].

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 con 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 este. Aquí se han barajado varias soluciones.

---

[9] Ver, con ejemplos jurisp. y más refs. TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...", p. 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 ...", p. 67 y ss., 72 y s.; también en "Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...", p. 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...", p. 24 y s. [en esta compilación: p. 174 y s.]

[11] Ver así TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...", p. 60, n. marg. 108.

En el caso de los delitos económicos, cuando se tratare 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 refiriese 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 la materia (compleja incluso para los expertos) admite ampliamente el error de tipo para ambos casos[14].

Esta 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 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 -

---

[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, p. 492 y s., n. marg. 111 y s. Ver, c. más refs., TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...", p. 110 y ss.; en el mismo sentido, ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 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...", p. 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 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...", p. 112 y s., n. marg. 225. Al respecto, ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 129 y ss.

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 tratare 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 antigüa 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 este 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 aquel: ¿serían autores, partícipes o quedarían impunes? Esta situación se presenta (o se presentaba) en muchos tipos penales conocidos como *delitos especiales*

---

[15] Ver, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 131 y s.

[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, p. 495 y s., 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.", p. 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.

(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 (esta 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 descritas[18]. Para fundamentar la legitimidad de esta regla, se admite más que una mera "representación" del intraneus a través del extraneus (que chocaría con la prohibición 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 aquel 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 pro-

---

[17] Ver al respecto la amplia exposición histórica y los intentos de solución interpretativa en la doctrina alemana en GARCÍA CAVERO, "La discusión doctrinal...", p. 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 s., p. 264 y s.; también, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 146 y s.; GARCÍA CAVERO, "La discusión doctrinal...", p. 333 y s.

[19] Cfr. ROXIN, "Strafrecht. A. T.", tomo 2, p. 269, n. marg. 98. En el mismo sentido, MAZUELOS COELLO, p. 488 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones....", p. 150 y s. Esta 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...", p. 370 y ss., 373 y s. 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 entre 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); ver ibídem, p. 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.

pia por la infracción de sus propios deberes; mejor dicho, también podría ser autor (o coautor) del delito especial[20].

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 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 representado[22].

Ahora bien, esta regla de todos modos, incluso en su versión más acabada, no ha podido solucionar todos los vacíos de punibilidad[23]:

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 otro[24]. Mejor dicho, existen algu-

---

[20] En esto coinciden todos; ver ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo 2, p. 269, n. marg. 98; TIEDEMANN; "Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...", p. 119 y s., n. marg. 239 y s. 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, p. 266 y ss., n. marg. 92 y ss.; GRACIA MARTÍN, p. 99 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", c. más refs., p. 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" partícipe 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 ...", p. 18 y s. [en esta compilación: p. 399 y ss.]

nos "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 punibilidad del "intraneus" 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 abajo[26]), existen problemas a la hora de abarcar a los que quizá 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.

---

[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...", p. 3 y ss. [en esta compilación: p. 377 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 esta) 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...", p. 118 y s., n. marg. 238.

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

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 muchas 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 quiénes 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 personas[28].

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 consumidores[29]. La "asunción de una posición de protección" del productor frente a los que adquirentes del producto permitirían 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 solo puede "confiar" en ello[30]. O también puede entenderse el deber de garante como consecuencia del poder de dirección y de dar órdenes que tienen los titulares de las empresas en relación con sus subordinados[31]. De lege ferenda, si se quiere permanecer con el modelo tradicional

---

[28] Este 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...", n. marg. 243 y s. [también en la edición en idioma hispano] SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal...", p. 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 dañosidad 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, p. 88 y s., n. marg. 177.

[30] Así ROXIN, admitiendo una propuesta de Schünemann; ver "Strafrecht. A. T.", tomo 2, p. 782 y ss., n. marg. 210 y ss.

[31] TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...", p. 94, n. marg. 185.

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 deberían estar en condiciones de atacar (y ser responsables por dicho ataque) los distintos bienes jurídicos económicos[32]. 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 responsabilidad 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 las cuales luego llevan a la producción de delitos. Esta forma de actuación es, por lo demás, bastante frecuente, en el mundo moderno de los negocios[33]. 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 sesión 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 decisión[34].

---

[32] Propuesta que hice ya hace varios años, siguiendo básicamente a TIEDEMANN ("Wirtschaftsstrafrecht", tomo I, Colonia 1976, p. 187 y s.); ver ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 152 y s.

[33] TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...", p. 88, n. marg. 176.

[34] JAKOBS, "Strafrechtliche Haftung...", p. 425 y s.

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 sociales[35]; 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 delito[36]. 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 cumulativa" (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 daños[38]. 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 principio, 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 favor[40], no debe olvidarse un im-

---

[35] PUPPE, "Strafrecht. A. T.", p. 59 y ss., esp. n. marg. 38.

[36] PUPPE, "Brauchen wir ...", p. 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, p. 7 y ss. [en esta compilación: p. 317-344].

[37] Ver ROXIN "Strafrecht. A. T.", tomo I, p. 358 y s., 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, p. 313 y s., 316 y s.

[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 p. 314 y ss., 316 y ss.

[39] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, p. 319 y s.

[40] Concluye así tras revisar diversas propuestas de solución, TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...", p. 89 y s., n. marg. 178 y s.

portante detalle: las soluciones propuestas para el tratamiento penal de tales actos pretenden aplicar categorías de la imputación penal creadas pensando en decisiones y actuaciones individuales[41]. 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 paralelo 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 estas. 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.

---

[41] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, p. 308.

[42] TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...", p. 90, n. marg. 179, p. 120 y s., n. marg. 241.

[43] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, p. 308.

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 han llevado a extremos dudosos[44] o, por lo menos insuficientes por no existir todavía una concreta base legislativa[45]. En el Derecho comunitario, se ha dado un avance importante en esta dirección cuando en el art. 13 del Corpus Juris 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 empresa[46].

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 hubieran rechazado de manera expresa tal responsabilidad penal, sus instituciones y conceptos han sido evidentemente construidos a partir de la acción y la responsabilidad individual[47]. Es por eso que, para negar

---

[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, p. 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, p. 329 y s. y también TIEDEMANN, ibídem).

[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.", p. 57 y s., n. marg. 136 y s. 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...", p. 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...", p. 35 y ss.

[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, p. 501 y s.

[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...", p. 156 y s.; también en TIEDEMANN, "Nuevas tendencias...", p. 10 del manuscrito (punto III).

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 empresas[48]: 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 induscutible *responsabilidad legal* de las empresas vigente en otras áreas jurídicas[49], así como en propuestas legislativas como en el Corpus Juris para Europa (art. 14), el Nuevo Código Penal Tipo para Latinoamérica (art. X) y las recomendaciones de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Particularmente en el artículo 13 del "Corpus Juris", 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

---

[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 ...", p. 290 y s.

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

[50] Útimamente ver sobre esto en HARTAN, p. 241 y ss.

[51] Ver c. más refes. TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht A. T.", p. 134, n. marg. 270.

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 otras 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 práctica[52]. 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 en el peruano), pero constituyen recortes de libertades tan fuertes como las verdaderas penas[53]; todo esto parece abogar por la tesis de que se trataría de "medidas sui generis".

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, violentas[54].

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 penal[55]. Aisladamente se ha defendido la tesis de que puede darse una "imputación" penal a la em-

---

[52] Al respecto, c. más refs. SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal...", 183 y ss., quien las considera "medidas de seguridad" (ibídem, p. 191 y s.); críticamente, ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 158 y s., 206.

[53] Ver, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 158 y s., 206.

[54] El resumen de las críticas proviene de SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal...", p. 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?", p. 86 y ss., 95 y s. 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...", p. 296 y ss. También ROXIN, remitiéndose a este, "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...", p. 16 y s. (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", mas no la imposición de penas; "La responsabilidad penal...", p. 182 y s.

presa por los hechos cometidos de las personas u órganos que la integran, o, incluso una propia "culpabilidad" de la empresa[56]. 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 seno[57]. También ha quedado claro que esta debe consistir en una "responsabilidad acumulativa", es decir, no debe reemplazar ni oponerse a la responsabilidad penal de los individuos[58]. 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 solo cuestión de tiempo para que también esta 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 ellas[60]. 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 empresa[61]. Actualmente, las diferencias solo se

---

[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...", p. 122 y s., n. marg. 245.

[58] SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal...", p. 153 y s.; TIEDEMANN habla de una "responsabilidad paralela" a la individual; ver "Nuevas tendencias...", p. 16 y s. (en IV)

[59] TIEDEMANN, "Grunderfordernisse...", p. 17.

[60] JAKOBS, "Punibilidad...", p. 86, 92; SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal...", p. 147 y s., 150; MAZUELOS, p. 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...",

presentan a la hora de proponer *la forma como* debe darse la responsabilidad de la persona jurídica: ¿dentro del Derecho penal (p. ej. como una "coautoría" tal 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 existente[63]. 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 alemana[64] 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 amparase 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

---

p. 148 y s. 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, p. 158 y s.

(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...", p. 147 y s. 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, p. 228 y ss., 252 y s. 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...", p. 306 y ss.

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

(65) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal...", p. 166 y ss., 170 y ss.

de deberes de organización general de la actividad empresarial", pero siempre que esto hubiera sido determinante para la producción del delito cometido por algún individuo[66].

No obstante, podría dudarse si este modelo también es suficiente, pues presenta el problema teórico de determinar cuándo ha habido esta organización defectuosa[67]. 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 aquella 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 ambientales[69]. 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 interrogante de si no es preferible una mejor clasificación de 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 sancio-

---

[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...", p. 167 y s., 178 y s.

[67] SILVA SÁNCHEZ se hace eco de algunas observaciones de la doctrina alemana; "La responsabilidad penal...", p. 50, 179 y s. 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 ibídem, p. 179.

[68] Ver en TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafecht. Einführung...", p. 123 y s., n. marg. 248.

[69] Al respecto ver CASTALDO, p. 361 y ss.

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

nador 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 esta 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 incluso puede ser casi idéntico a un tipo penal. Allá 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 bien[72]. 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 10 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, contamina-

---

[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 ...", p. 150 y ss.; "Grundlagen...", 306 y ss., 315 y ss.

[72] Así la jurisprudencia constitucional española citada por SILVA SÁNCHEZ, "la responsabilidad penal...", p. 144 y s.

ción ambiental, etc.), suele emplear técnicas de "adelantamiento" de la intervención penal. Esto ha ocasionado 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 anterior[73]. 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 esta se limite a proteger bienes jurídicos individuales (escuela de Fráncfort); 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 tradicionales[75]. 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 tipos de peligro abstracto-

---

[73] ABANTO VÁSQUEZ, "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", p. 3 y ss., 11 y ss. [en esta compilación: p. 13 y ss., 25 y ss.]

[74] Sobre estas tendencias ver las refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", p. 25 y ss., 34 y ss. [en esta compilación: p. 69 y ss., 72 y ss.]

[75] Cfr. ROXIN, c. más refs., "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 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 individuales), HEFENDEHL, "Kollektive Rechtsgüter...", p. 164 y ss.; KUHLEN, "Zum Strafrecht der Risikogesellschaft", p. 361 y ss.; DE LA CUESTA AGUADO, c. más ref., "Sociedad tecnológica y globalización...", p. 24 y ss., 50 y s.; ZUGALDÍA ESPINAR, "¿Qué queda en pie...?", p.112 y ss. Igualmente, aunque desde una perspectiva limitadora de la intervención punitiva (escuela de Fráncfort), ver últimamente HERZOG, 249 y ss.; ampliamente y respondiendo a la crítica, PRITTWITZ, 259 y ss.; MUÑOZ CONDE, p. 568 y ss., 572.

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 económico[77].

La posición alternativa y radical de la llamada *escuela de Fráncfort* 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 las condiciones de la vida futura) bajo el supuesto no probado de que el Derecho civil o administrativo serían más eficaces, para estos casos, que el Derecho penal[79].

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 proteger[80].

---

[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", p. 26 y s., 90 y ss., 100 y s. (2da. ed., 119 y ss., 151 y ss.); TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...", p. 22 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 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, p. 54 y ss., esp. 61 y s., 67 y s.

[77] MARTÍNEZ-BUJÁN, "Derecho penal económico", p. 21 y s. (2da. ed., 72 y s.); ABANTO VÁSQUEZ , "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 23 y s.; GARCÍA CAVERO, "Derecho penal económico", p. 9.

[78] Sobre esta teoría ver las refs. en MUÑOZ CONDE, p. 571 y ss. Recientemente FERRÉ OLIVÉ propone también un nuevo Derecho penal específico (con una dogmática específica) para los delitos socioeconómicos, ver p. 611 y s. Desde esta perspectiva y en el ámbito del Derecho penal económico, ver las críticas acertadas de MARTÍNEZ-BUJÁN, "Reflexiones...", p. 92 y ss., 106; CORCOY BIDASOLO, p. 25, 28 y s. 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 (p. 249 y ss.) y PRITTWITZ (p. 259 y ss., 284 y s.).

[79] En este sentido, ver las críticas y refs. de KUHLEN, "Zum Strafrecht der Risikogesellschaft", p. 363 y ss.; igualmente, c. más refs., PORTILLA CONTRERAS, "La supuesta crisis...", p. 914 y ss. SCHÜNEMANN critica a la escuela de Fráncfort, 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 p. 567 y ss.

[80] Ver las refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", p. 34 y ss. [en esta compilación: p. 75 y ss.]. Ver últimamente, desde la perspectiva de la escuela de Fráncfort también FERRÉ OLIVÉ, p. 603 y s.

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 las dos (o tres) velocidades de SILVA SÁNCHEZ[81]. 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 debería emplear el instrumental conocido (garantías constitucionales, dogmática penal tradicional, penas tradicionales, incluyendo la privación 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 libertad[82]. A diferencia de la escuela de Fráncfort, 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, las doctrinas penal

---

[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, p. 77 y s.; FERRÉ OLIVÉ, p. 601 y ss., 608 y s. 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 este, pero considera que los delitos económicos más graves deben seguir formando parte del "Derecho penal nuclear", con todas las garantías y principios de este, 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...", p. 97 y s. 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", p. 127 y s.

[82] SILVA SÁNCHEZ, "Die Expansion des Strafrechts", p. 84 y s.

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

y administrativa modernas exigen incluso que las garantías penales también irradien al Derecho administrativo en su parte sancionadora[84].

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 las cuales 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 este. 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" de-

---

[84] Ver al respecto, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 194 y s.; ídem "Derecho penal económico. Parte especial", p. 489 y ss.; "Diez años de Derecho penal económico"; ídem, p. 36 [en esta compilación: p. 616]; últimamente ZUGALDÍA ESPINAR, "¿Qué queda en pie...?", c. más ref., p. 114 y s.

[85] He expuesto estas teorías en otro lugar; ver c. más refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "¿Normativismo radical...?, p. 7 y ss. [en esta compilación: p. 217 y ss.], y "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 78 y ss. También, ampliamente, ambas juntas en "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", 25 y ss., 31 y ss. [en esta compilación: p. 51 y ss., 63 y ss.].

[86] Ver el desarrollo de las críticas al normativismo radical en ABANTO VÁSQUEZ, "¿Normativismo radical...?", p. 22 y ss. [en esta recopilación: p. 242 y ss.]; y al "análisis económico del Derecho" en "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 82 y ss.; "Derecho de la Libre competencia", p. 47 y ss. También ver la crítica a ambas concepciones, c. más refs., en "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", c. más refs., p. 27 y ss., 32 y s. [en esta compilación: p. 53 y ss., 64 y ss.].

bería 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 comunicación[87]. A diferencia de otras tesis (la de la escuela de Fráncfort 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 normativa), "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 críticas[88]; 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 legítimo[89]. 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 garantista[90].

---

[87] Ver especialmente la tesis de JAKOBS en Jakobs/Cancio, p. 19 y ss. Al respecto, c. más refs., ver ABANTO, "¿Normativismo radical...?", p. 30 y ss. [en esta compilación: p. 257 y ss.].

[88] Ver las críticas especialmente de SCHÜNEMANN, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", p. 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 [en esta recopilación: p. 258 y ss.]; "El llamado Derecho penal del enemigo", p. 1 y ss., 12 y ss. [en esta recopilación: p. 269 y ss., 278 y ss.]. Últimamente, PORTILLA CONTRERAS, "Los excesos del formalismo...", p. 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

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 delicuentes 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 "comete" 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, este 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* autónomo *(o penal) de la empresa*. Es decir, debería introducirse una nueva disciplina

---

subyace en este); ver esta tesis, c. más refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 50 y ss.; igualmente, de manera más amplia y con refs. actuales, en "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", p. 15 y ss. [en esta recopilación: p. 33 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,p. 3 y s., n. marg. 6; ACHENBACH, p. 561 y s., 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, ...", p. 219 y ss.

jurídica con su propia legislación, sus propios principios y su propia dogmática y ulterior jurisprudencia[92]. A diferencia del "Derecho de intervención", propuesto por HASSEMER, que en buena cuenta se queda dentro del Derecho administrativo[93], 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 estén presentes 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].

---

[92] Ver, c. ref. al respecto, en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 161 y s. 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 delitos económicos; ver "Derecho penal económico", p. 20 y s. En la 2da. ed., aunque, en principio, se muestra contrario a la despenalización del delito económico (en el sentido de la escuela de Fráncfort) (ver 2da. ed. p. 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) (2da. ed., p. 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 este, 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 (ibídem, p. 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...", p. 913 y s.

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 inmanentes 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 comunitario[95], aunque todavía haya quedado sin resolver el problema de la legitimidad material de tal legislación penal comunitaria[96].

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 supranacionales. 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].

---

[95] Al respecto ver TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...", p. 43 y ss.; ACHENBACH, p. 566 y s.

[96] Al respecto, c. más refs. Últimamente HARTAN, p. 234 y s.

[97] Así TIEDEMANN en LK, com. previos § 263, n. marg. 97 y s.

[98] Cfr. TIEDEMANN en LK, com. previos § 263, n. marg. 100 y s.

Pero la obligación de "asimilar" va más lejos, pues se dirige sobre todo a los legisladores nacionales para **armonizar** 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 27-11-1995)[99], con el cual se introdujo un concepto de "fraude" muy amplio[100] (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 correspon-

---

[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", 2da. edición, Barcelona, 2002, p. 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 artículo 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 artículo 2, cada Estado miembro adoptará asímismo 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, 11ra. ed., com. previos § 263, n. marg. 95. Esta definición constituye, de todos modos, un modelo básico de "tipo europeo de la estafa"; ver ibídem, 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

dientes para estas conductas (artículo 2), aclarando explícitamente que debían ser "sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias" y, entre las cuales, podría incluso preverse "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. 2 y 3). Y con el Segundo Protocolo (publicado el 19-07-1997), 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 intervenga 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

---

intereses financieros de las Comunidades Europeas, tal como figuran en el artículo 1, por una persona sometida a su autoridad por cuenta de la empresa.

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

[104] *Art. 3 del Segundo Protocolo: Responsabilidad de las personas jurídicas*

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

debían adoptarse podrían estar algunas de carácter penal como la "multa"[105]. Y también es interesante que se haya previsto en el artículo 5 del Segundo Protocolo una medida típica del Derecho penal económico: la "confiscación" no solamente de los medios ilícitos, sino también de los "productos" (o sea, de las ganancias).

Pero asimismo 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 29-03-1999). 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 nacional, 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 Juris** 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 final[106], se prevén una parte general con principios penales (legali-

---

[105] *Artículo 4 del Segundo Protocolo: sanciones a las personas jurídicas*

1. 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 artículo 3 le sean impuestas sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo, y podrán incluir otras sanciones, tales como:
   a) exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas;
   b) prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales; vigilancia judicial; medida judicial de disolución.
2. 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 artículo 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, "Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea", Cuenca, 2003.

dad, 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 Unión Euroea 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 corrupción[107].

4. 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

[107] Ver ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (edits.) "Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo", Cuenca, 2006.

"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 este, 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. Tam-

bién 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 solo 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.

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 N° 9, Lima, 2000, p. 13 y ss. [en esta recopilación: p. 165-184]; "Diez años de Derecho penal económico peruano: un balance", Revista Peruana de Ciencias Penales, n° 11-12 (2002), p. 21 y ss. [en esta recopilación: p. 603-660]; "Autoría y participación y la teoría de los delitos de 'infracción del deber'", Revista Penal (España), N° 14 (2004), p. 3 y ss. [en esta recopilación: p. 377-410]; "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. [en esta recopilación: p. 317-344]; "¿Normativismo radical o normativismo moderado?", Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N° 5, 2004, p. 17 y ss. (también publicado en la "Revista Penal" de España, N° 16, 2005, p. 3 y ss. [en esta recopilación: p. 209-268]); "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. [en esta recopilación: p. 269-316]; "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", Revista Penal (España), N° 18 (2006), p. 3 y ss. [en esta recopilación: p. 13-87].

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: Wladyslawa Czaplinskiego (ed.), "Prawo w XXI wieku. 50 lat. Ksiega pamiatkowa 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, Felix: "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", Lima, 2002, p. 63 y ss.; "Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen", L.-H. a Miyazawa, Baden-Baden, 1995, p. 419 y ss.

KUHLEN, Lothar: "Zum Strafrecht der Risikogesellschaft", 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", 6ta. 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 L.-H. 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 inmanencia del Derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos", en L. H. a Ruiz Antón, Valencia, 2004, p. 895 y ss.; "Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal", en: L. H. 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?", L.-H. a Roxin, Berlín, 2001, p. 287 y ss.; "Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechsprechung", tomo 1, Baden-Baden, 2002.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: "Einige Bemerkungen über das Kausalitätsproblem und die Täterschaft im Falle rechtswidriger Kollegialentscheidungen", L.-H. a Roxin, Berlín, 2001, p. 307 y ss.

ROXIN, Claus: "Strafrecht. Allgemeiner Teil" tomo I, 4ta. ed., Múnich, 2006, tomo 2, 1ra. ed., Múnich, 2003.

SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst/otros autores: "Strafgesetzbuch", 27ma. ed., Múnich, 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", Fráncfort del Meno, 2003 (publicación alemana de la 1ra. edición española); "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Pe-

nal 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.), "Wirtschaftstrafrecht 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), 11ra. ed., Berlín, 2000; "Temas de Derecho penal económico y ambiental", Lima, 1999; "Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht", L.-H. 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° 79 (2003), p. 109 y ss.

Acerca de la naturaleza de la prescripción(*)

Recientemente en los últimos años, debido a la trascendencia de una serie de sonados procesos, entre ellos los de terrorismo y los procesos penales contra actos de corrupción de funcionarios públicos y privados cometidos durante la vigencia del régimen político anterior, se ha iniciado una importante y elevada discusión sobre la "naturaleza" de la prescripción. Indirectamente, incluso el Tribunal Constitucional tiene una posición definida al respecto, pues, en sus fundamentos, ha dado importantes alcances sobre la "naturaleza" y "aplicación en el tiempo" de normas "procesales" y "penitenciarias" (ver últimamente la sentencia del TC del 30-01-2004, expediente 1593-2003-HC/TC). Esta jurisprudencia constitucional, que se opone a la de la Corte Suprema, ha levantado una polémica en el medio jurídico penal y constitucional, claramente polarizada por los intereses profesionales de cada grupo e influida ciertamente por la presión social. Los abogados defensores y los magistrados, quienes prácticamente son los únicos que se han manifestado al respecto, tienen posiciones claramente contrarias: los primeros postulan la prohibición de retroactividad, salvo en lo favorable al reo, de normas procesales y penitenciarias; los segundos, más bien, están a favor de la no vinculación de normas procesales y penitenciarias con la "prohibición de retroactividad".

En adelante se analizarán brevemente las posiciones doctrinarias más conocidas, sobre todo en la doctrina alemana y española, y se postulará una posición respecto al tema de fondo: la "naturaleza de la prescripción". No se tratará, en cambio, el tema de lege lata de cómo opera o debería operar, según el CP peruano, la prescripción: cómputo de plazos, interrupción y suspensión de la prescripción.

1. La discusión dogmática sobre la naturaleza de la prescripción

Es interesante observar que históricamente no siempre existió la "prescripción" (dividida básicamente en prescripción de la "acción" y prescripción

(*) Artículo publicado en el Libro-Homenaje a Raúl Peña Cabrera, Lima, 2006, tomo 1, pp. 543-571.

de la "pena"; en términos germanos, de la "persecución" y de la "ejecución"; en términos hispanos, del "delito" y de la "condena")[1]. Es más, de conformidad con la "retribución", tesis dominante durante mucho tiempo en la filosofía y doctrina penal del racionalismo jusnaturalista, no podía haber "prescripción" alguna de un delito. Pero la realidad práctica obligó al legislador, a partir del siglo XIX[2] a renunciar voluntariamente a seguir persiguiendo delitos y condenados. Por un lado, se buscaba restablecer la paz social, pero también castigar la inactividad de las autoridades[3]. En la actualidad, solamente en el caso de algunos delitos de "lesa humanidad" se plantea la posibilidad de "imprescriptibilidad" de la persecución y del delito; p. ej. para el "genocidio" según el art. 131, último numeral del CP español; y para el "asesinato", según el art. 78, segundo párrafo del CP alemán, refiriéndose al "asesinato".

Ahora, tras haberse impuesto definitivamente la regulación legal de la "prescripción", se discute más bien sobre su *naturaleza* debido a los efectos prácticos que esto podría tener en la aplicación de las reglas legales que se refieren a ella. La propia ley penal o procesal penal no suele decir nada al respecto, aunque se pueden extraer de ella, junto con otras reflexiones, algunos argumentos que fundamenten una posición determinada.

En la doctrina y la jurisprudencia alemanas, se han planteado básicamente tres teorías para explicar la naturaleza de la prescripción.

1. Para una teoría antigua, la *teoría material*, la "prescripción" tendría una naturaleza "material", o sea, estaría vinculada con el injusto penal: con el correr del tiempo dejaría de existir la "necesidad de pena" y, con ello, desaparecería el injusto penal mismo; el delito cometido tendría un efecto perturbador mínimo (o ninguno) para la paz social, porque "las consecuencias del hecho desaparecen, sus circunstancias caen en el olvido, el autor se ha reintegrado a la comunidad jurídica"[4]. Con esto, la "prescripción" constituiría una "causa de exclusión del injusto" o, en su versión más atenuada, por lo menos una "causa de "levantamiento de pena"[5]. El argumento principal es invocado a través de la misma regulación sobre la "prescripción", en la cual se

---

[1] Aunque los romanos sí conocieron la "prescripción", durante la edad media muchas legislaciones como la "Carolina" del Sacro Imperio Romano-Germano la desconocieron por completo; ver JÄHNKE, com. prev. § 78, n. marg. 1.

[2] C. más ref., JÄHNKE, com. prev. § 78, n. marg. 1.

[3] JÄHNKE, citando jurisprudencia del Tribunal del Reich (tribunal supremo hasta la II Guerra Mundial) y del Tribunal Federal alemán, com. prev. § 78, n. marg. 1.

[4] Así argumentan JESCHECK/WEIGEND en cuanto al aspecto material de la prescripción (ellos siguen finalmente la tesis "mixta"); ver p. 911. La traducción de la cita textual es libre.

[5] Ver refs. en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, p. 747, n. marg. 15.

observa que los plazos siempre se guían según la gravedad del delito (en el del CP peruano de 1991, indirectamente, a través del máximo de cada tipo penal correspondiente). Esto permitiría pensar que el legislador se habría guiado en la "necesidad de pena", según la gravedad del delito y que, con el transcurso del tiempo esta necesidad sería menor en los delitos menos graves y mayor en los más graves (incluso existiría siempre en el delito de "genocidio" o "asesinato").

La jurisprudencia alemana antigua (y parte de la doctrina alemana) seguía, al principio, una tesis puramente "material" que actualmente ha sido casi completamente abandonada[6].

Pero en contra de esta tesis se esgrime convincentemente lo siguiente:

a) No se entiende por qué el injusto penal va a desaparecer de un día para el otro: un día antes de que se cumpla el plazo de prescripción todavía es posible la condena (incluso con una privación de libertad de muchos años), al día siguiente ya no, pues se habría cumplido el plazo de prescripción (extraordinaria) de la persecución; no es posible que la "necesidad de pena en desaparición" dé saltos tan bruscos[7].

b) Tampoco la supuesta inseguridad de las pruebas, con el paso del tiempo, explica la naturaleza de la "prescripción"; más bien ésta sería superflua, pues entraría a tallar el principio "in dubio pro reo"[8].

c) En legislaciones penales (como la alemana y la española) que prevén la imprescriptibilidad de algunos delitos ("asesinato" en la alemana, "genocidio" en la española), no habría explicación para esta incongruencia desde el punto de vista material, por más que las pruebas se hayan vuelto inseguras o se crea que ya no habría "necesidad de pena"[9].

---

[6] Ver, entre los últimos defensores de esta tesis, todavía BLOY, p. 180, 190, 251; STACKELBERG, quien sigue la tesis (material) de los "motivos superiores", p. 762 y ss. Más bibliografía (antigua) al respecto en los ya mencionados autores y en TRÖNDLE/FISCHER, p. 679; LACKNER, en Lackner/Kühl, p. 454, n. marg. 1; JÄHNKE, comentarios previos al art. 78, n. marg. 8, notas 5, 6 y 7. Este último cita también las primeras sentencias del Tribunal del Reich (inicios del siglo XX) que acogían la tesis "material"; ver ídem, nota 12.

[7] JÄHNKE, com. prev. § 78, n. marg. 9.

[8] JÄHNKE, com. prev. § 78, n. marg. 9.

[9] JÄHNKE, com. prev. § 78, n. marg. 9. Este argumento es decisivo de lege lata en las legislaciones alemana y española. La legislación penal peruana no prevé la "imprescriptibilidad" de ningún delito, aunque contenga los tipos de asesinato (art. 108) y de genocidio (art. 319). El delito de "genocidio" está incluido en el Título XIV-A denominado "Delitos contra la humanidad", junto con los delitos de "desaparición forzada" (art. 320), "torturas" (321 y 322), "discriminación" (323) y "manipulación genética" (324). La Ley 26926, dada el 21-02-98 (durante el gobierno de Fujimori), en contra de la tendencia internacional, no incluyó la imprescriptibilidad de todos o algunos de los delitos de "lesa humanidad".

d) En el caso de la "prescripción de la pena" (de la persecución o de la condena) no puede jugar ningún papel la "desaparición de pruebas", pues precisamente en pruebas existentes se basó la condena ya dada[10].

2. Una tesis más reciente indica que existen razones tanto de carácter material como de carácter procesal para admitir la "prescripción", pues aparte del aspecto material indicado por la primera tesis (desaparición de la "necesidad de pena" pese a subsistir el "merecimiento de pena"), también existirían aspectos procesales como las dificultades de prueba que surgen con el transcurso del tiempo[11]. En cuanto a sus consecuencias, la "prescripción" equivaldría solamente a un impedimento procesal, pues por su propia concepción (existencia de la "interrupción" y la "suspensión", "archivamiento" y no absolución cuando se produce) las consecuencias de su producción solamente pueden ser procesales[12]. Esta tesis es conocida como la *teoría mixta o de la "doble naturaleza"* de la prescripción, fue dominante y es defendida aún por una parte no desdeñable de la doctrina alemana[13]. La jurisprudencia alemana acogió esta doctrina ya en la época del Tribunal del Reich, pero la abandonó luego, al final de su existencia (después de la Segunda Guerra Mundial cuando fue reemplazado por el Tribunal Federal) para acoger la tesis "procesal"[14].

En contra de esta tesis, si bien se coincide en sus consecuencias (efecto de mero impedimento procesal de la prescripción), se han manifestado las mismas objeciones que contra la tesis material. Básicamente se opone al supuesto "elemento material" (aunque sea parcial) de la prescripción, el hecho de que el carácter de delito no surge de la persecución penal, sino de su conminación penal, y esta propiedad no se pierde con el transcurso del tiempo ni con un acto de indulto[15]. Además, en contra de lo que afirman sus defensores, la existencia (en algunas legislaciones como la alemana y la internacional penal) de la "imprescriptibilidad" de algunos delitos, no habla a favor de la

---

[10] JÄHNKE, com. prev. § 78, n. marg. 9.

[11] MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, quienes siguen la "tesis procesal", reconocen elementos materiales en la "justificación" de la prescripción y, aparte de los argumentos tradicionales, añaden como otro argumento material la "desaparición de las necesidades preventivo-generales" que existirían en el momento de la comisión de los hechos; "quien es juzgado por un hecho que ocurrió hace mucho tiempo y ha sido olvidado, al quedar así en manos del *nudum jus*, no siente intimidación sino rabia" (traducción libre); p. 747, n. marg. 13.

[12] JESCHECK/WEIGEND, p. 912 y s.

[13] Siguen la teoría mixta, JESCHEK/WEIGEND, c. más ref., p. 911 y s.; TRÖNDLE/FISCHER, p. 679; LACKNER en Lackner/Kühl, p. 454, n. marg. 1; PUPPE, p. 245, 246, col. izq. Más refs. en JÄHNKE, com. prev. § 78, n. marg. 8, nota 8.

[14] Ver refs. en JÄHNKE, com. prev. § 78, n. marg. 8, nota 13; LACKNER/KÜHL, p. 454, n. marg. 1.

[15] MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, p. 747 y s., n. marg. 15.

teoría material o del "elemento material" en la teoría mixta[16], sino de la tesis "procesal"[17], pues su imposición retroactiva demuestra que los plazos de prescripción no están vinculados con la "proporcionalidad" en sentido material y su modificación retroactiva no atenta contra el principio de irretroactividad de la ley penal.

Finalmente, tampoco es cierto que sería propio de la "prescripción" que, junto con aspectos procesales, tenga aspectos materiales. Los elementos materiales esgrimidos (garantizar la paz social, falta de "necesidad de pena" con el transcurso del tiempo), supuestamente exclusivos de figuras del Derecho penal, también pueden encontrarse en el Derecho procesal. La falta de necesidad de pena y los problemas de prueba derivados del transcurso del tiempo tienen, conjuntamente, por resultado, que la punición del delito en cuestión ya no conviene por razones preventivas[18].

3. La tesis actualmente dominante es conocida como *tesis procesal*. Según esta, la prescripción solamente tendría naturaleza "procesal" en el sentido de constituir una renuncia del Estado a perseguir el delito (Verfolgungsverzicht) y, por lo tanto, un mero "impedimento procesal" (Prozeßhindernis)[19]. Tanto en la "prescripción" como en numerosas otras figuras jurídico-penales (el indulto, la acción privada, la amnistía, etc.), lo que las distingue de las figuras que, como "condiciones objetivas de punibilidad" o "causas de exclusión de la pena", sí pertenecen al derecho material, es su desvinculación con los hechos punibles cometidos[20]. En la "prescripción", no existiría tal "pertenencia a los hechos punibles"; solamente regiría para esta figura el principio de legalidad en su acepción de "lex certa"[21].

Por lo demás, los "elementos materiales" que quieren ver las otras teorías no sirven como criterio para definir la "prescripción"; si se parte de que existe siempre una interrelación entre el Derecho material y el Derecho adjetivo:

---

[16] Según JESCHECK/WEIGEND, la imprescriptibilidad del "asesinato" y del "genocidio" en Alemania se vincularía con la "proporcionalidad" en que se basa el sistema de plazos de la prescripción: a mayor gravedad, mayor plazo e incluso imprescriptibilidad; p. 912.

[17] MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, quienes no argumentan más y se remiten a las sentencias constitucionales alemanas que se analizarán más abajo, p. 749, n. marg. 19.

[18] ROXIN, p. 884 y s., (§ 23, n. marg. 57, 59).

[19] Se manifiestan a favor de la tesis "procesal" (últimamente dominante en Alemania), entre otros, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, p. 747 y s., n. marg. 15; RÜPING, p. 437 y s.; JÄHNKE, c. más ref., comentarios previosal art. 78, n. marg. 9 y ss.; ROXIN, p. 883 y ss. (§ 23, n. marg. 52, 53 y ss.); STREE/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder, p. 1019, n. marg. 3.

[20] En este sentido, expone ROXIN, quien se basa en la teoría fundada por Gallas y Schmidhäuser; ver ibídem p. 882 y s. (§ 23, n. marg. 50 y s.)

[21] Cfr. ROXIN, p. 885, (§ 23, n. marg. 59).

el proceso penal no solamente tiene por objetivo el esclarecimiento de los hechos, sino imponer el Derecho material y, con ello, cumplir también con la finalidad preventivo-general[22]. En última instancia, cualquier "presupuesto procesal" puede interpretarse en el sentido de que serviría para "mantener la paz social" o cumplir con otros puntos de vista materiales (finalidades de la pena, finalidades extrapenales, cuestiones relacionadas con la culpabilidad)[23].

Más argumentos a favor de esta teoría son los siguientes:

a) Ella explica adecuadamente por qué la posibilidad de persecución penal termina abruptamente al vencerse determinado plazo de prescripción.

b) Si bien el plazo de prescripción es fijado teniendo en cuenta algunos criterios objetivos (necesidad de pena, posibilidad de obtener pruebas seguras) ello no obliga a interpretar la prescripción en sentido material; el legislador puede, mediante regulaciones procesales, dar espacio a ideas materiales y viceversa[24].

c) El argumento decisivo es que –como reconocen todos– cuando se produce la prescripción no cambie la valoración del hecho, pues éste sigue siendo antijurídico y culpable, puede servir de conexión para otros delitos todavía no prescritos (p. ej. favorecimiento personal y receptación) y permitir una valoración elevadora de pena en ulteriores procesos contra la misma persona[25].

d) Otras razones meramente procesales explican mejor la existencia de la "prescripción": garantizar la paz social en el sentido de que ya no necesitaría del proceso, porque el delito ya no tendría efectos perturbadores (y no porque ya no exista una "necesidad de la pena" vinculada con las funciones de la pena)[26], evitar la inactividad de las autoridades, potenciar la economía procesal en el sentido de orientar la intensidad de persecución penal hacia casos que todavía tienen importancia práctica[27].

Y también la jurisprudencia germana sigue la tesis procesal ya desde finales de la época del Tribunal del Reich, pasando por el inicio mismo de las actividades del Tribunal Federal (Bundesgerichtshof) y de instancias menores hasta

---

[22] RÜPING, p. 438; ROXIN, c. más ref. y ejemplos, p. 884 y s. (§ 26, n. marg. 54 y ss.).

[23] ROXIN, con ejemplos, p. 884, (§ 26, n. marg. 54 y ss.).

[24] JÄHNKE, c. más ref., com. prev. § 78, n. marg. 9; RÜPING, p. 438.

[25] JÄHNKE, c. más ref., com. prev. § 78, n. marg. 9; RUDOLPHI, com. prev. art. 78, n. marg. 10.

[26] RUDOLPHI, com. prev. art. 78, n. marg. 10; c. más ref. JÄHNKE, com. prev. § 78, n. marg. 9, al final.

[27] BEMMANN, p. 333, 338, KLUG, 149, 152; JÄHNKE, com. prev. § 78, n. marg. 9.

la actualidad[28], en la que han jugado un papel importante las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgerichtshof) referidas a la constitucionalidad de leyes que ampliaron, indirectamente, los plazos de prescripción del asesinato y otros delitos cometidos en la época nacionalsocialista[29].

En Alemania, entonces, es mayoritaria la tesis "procesal", aunque la "mixta" todavía tiene importantes seguidores. En ambos casos, sin embargo, es plenamente mayoritaria la tesis que reconoce la exclusión de la "prescripción" del principio de "prohibición de retroactividad"[30].

Es España, es dominante aún la "teoría material", tanto porque se considera el tiempo que conllevaría una "invalidación del valor que tenía la conducta" (DEL TORO) como por el "efecto destructor del tiempo del desvalor social y jurídico" (Antón ONECA)[31] o porque se admite en la prescripción la existencia de elementos de "justicia material" y de "seguridad jurídica"[32]. La tesis "mixta" ha encontrado resonancia en algunos autores y en la jurisprudencia española, que siguen la doctrina alemana, quienes ven en la prescripción no solamente el debilitamiento de la pretensión punitiva y la imposibilidad de realizar los fines de la pena, sino también la falta del principio de inmediación y de celeridad de la justicia procesal[33]. En esta dirección, MIR PUIG sigue incluso expresamente a Jescheck y afirma que la prescripción se basaría tanto en la "falta de necesidad de pena" como también en "dificultades de prueba"[34]. La tesis "procesal", en cambio, es minoritaria en España; aisladamente existe jurisprudencia que se basa en la doctrina alemana para admitirla[35].

2. Consecuencias prácticas de la "naturaleza" de la prescripción

a) La consecuencia más importante de la discusión acerca de la naturaleza de la "prescripción" radica en los efectos que puedan tener en ella posteriores modificaciones de la ley, es decir, en la *aplicabilidad del principio de prohibición de retroactividad de la ley penal* (con la excepción de la retroactividad

---

[28] Ver citas jurisprudenciales de ambos tribunales en JÄHNKE, com. prev. § 78, n. marg. 8, notas 14 y 15.

[29] Ver al respecto más abajo en 2.

[30] En la tesis procesal ver los autores citados en la nota 20. En cuanto a los que siguen la "tesis mixta", ver JESCHECK/WEIGEND, p. 911 y s., y muchas ref. nota 5; ESER, en Schönke/Schröder, § 2, n. marg. 7, p. 59.

[31] Citados ambos por MORALES PRATS, quien también sigue la tesis material, p. 644 y s.

[32] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p 465.

[33] Ver las refs. en MORALES PRATS, p. 644 y s.

[34] MIR PUIG, p. 858.

[35] Ver refs. en MORALES PRATS, p. 645.

benigna). ¿Es posible cambiar los plazos de prescripción y hacer que estos cambios rijan también para delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de la ley (retroactividad); y que incluso esto sea así cuando los cambios desfavorezcan al perseguido o procesado (retroactividad in malam partem)?

Solamente si se siguiera la teoría "material", o una "teoría mixta de consecuencias materiales", se podría argumentar que también debería regir el principio de "irretroactividad y retroactividad benigna" de la ley penal para la "prescripción"[36]. En España, esta es la consecuencia lógica que postula la doctrina dominante[37]. Y también allí, algunos seguidores de la "tesis mixta" consideran que el elemento "material" de la prescripción obligaría a aplicar también aquí el principio de "irretroactividad de la ley penal"; por lo demás también sería inconsistente una solución diferenciada entre la prescripción del delito (de la acción) y de la pena (de la ejecución de la pena): el hecho de la existencia de una condena en este último caso (después de la condena, sería indiscutible la irretroactividad de los plazos de prescripción; antes de ella, podría haber retroactividad) no tendría por qué llevar a un tratamiento distinto[38].

En Alemania, casi unánimemente los defensores de la tesis "mixta" reconocen que, independientemente del fundamento "material" de la prescripción, sus "efectos" tienen que ser limitados procesalmente[39]: "... como la prescripción de un hecho punible no cambia en nada su punibilidad, el plazo de prescripción, en tanto no hubiera todavía vencido, puede ser ampliado sin atentar con ello contra la prohibición de retroactividad"; a diferencia de los casos en los cuales la impunidad se deriva de la "falta de una norma jurídica fundamentadora de la punibilidad", no existiría ninguna razón para proteger la confianza del autor en que su conducta va a quedar impune debido a la prescripción[40].

---

[36] SCHUMANN, p. 392, 394, col. izq.; PUPPE, quien afirma que cualquier prórroga del plazo de prescripción (como en algunos casos de interpretación extensiva de la "unidad de la acción" del concurso ideal) constituiría un "agravamiento material de la sanción"; p. 246, col. izq. Ver más ref. sobre esta teoría y otra que ubica a la "prescripción" en un campo entre el Derecho material y el Derecho procesal en JÄHNKE, com. prev. § 78, n. marg. 8, nota 11, quien, sin embargo, atribuye a ESER (Schönke/Schröder, § 2, n. marg. 7, p. 58 y s.) seguir esta posición. Sin embargo, ESER, tras admitir el carácter mixto de la prescripción y otras figuras procesales, solamente aplica la "prohibición de retroactividad" a figuras procesales compatibles con la finalidad de la prohibición de retroactividad: el "contenido de protección de confianza" de la norma respectiva. Y dice expresamente a continuación (traducción libre): "En reglas puramente directrices del proceso o en normas referidas a la competencia se deberá negar eso [el contenido de protección de confianza] al igual que por ejemplo en la *prescripción*, cuya producción el autor, debido a la posibilidad de una interrupción en cualquier momento, no puede ni tampoco debe legítimamente esperar"; a continuación aplaude la sentencia del Tribunal Constitucional que admite la ampliación retroactiva del plazo de prescripción para el asesinato; ver ibídem, p. 59.

[37] Expresamente, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 466 y s.

[38] MIR PUIG, p. 859.

[39] JESCHECK/WEIGEND; LACKNER, en Lackner/Kühl, p. 454 y s., n. marg. 2, 5.

[40] JESCHECK/WEIGEND (traducción libre), p. 911 y s., nota 3.

Esto es más claro aún en la tesis "procesal", pues el principio de "irretroactividad" de la ley penal está vinculado al Derecho penal material y si la prescripción no forma parte del injusto penal, no tiene por qué ser de aplicación para ella tal principio[41]. Todas las circunstancias (prescripción, normas procesales, etc.) que no formen parte del Derecho penal material no pueden estar vinculadas al principio de "irretroactividad de la ley penal". ROXIN afirma enfáticamente por ello: "Pero nadie puede confiar en no ser penado por el hecho de que se ha producido una prescripción, no se ha presentado una denuncia privada o se va a dar una amnistía. Pues éstas son circunstancias sobre las que no se puede decir nada en el momento del hecho y en las que nadie puede confiar. Por ello tampoco son dignas de protección ni encuentran apoyo en el artículo 103, segundo párrafo de la Ley Fundamental [n. d. T.: principio de legalidad] las especulaciones sobre la necesidad de presentar una denuncia privada"[42].

En Alemania, esta discusión llegó hasta el Tribunal Constitucional con motivo de los delitos cometidos durante el régimen nacionalsocialista.

El Tribunal Constitucional Federal alemán (TCA) se ha pronunciado al respecto, considerando que la modificación legal posterior del plazo de prescripción de un delito puede tener efectos retroactivos. El primer fallo importante ocurrió ya en 1952, cuando el TCA rechazó una queja constitucional dirigida contra un fallo del Tribunal Estadual de Kassel que condenaba al recurrente por delito de "perturbación del orden público", debido a hechos acaecidos en 1943 durante un enfrentamiento público entre miembros del partido nazi y comunistas[43]. El recurrente argüía que ya había sido absuelto por los tribunales alemanes durante la época nazi (1943) y que, en todo caso (se dudaba de la imparcialidad de los tribunales alemanes durante la época nazi), el delito ya habría prescrito según las leyes alemanas vigentes en la época de su absolución. La ley estadual (Estado de Hessen) dada el 29 de mayo de 1946 había previsto la posibilidad de perseguir delitos cometidos durante la época nazi y que habían quedado impunes (art. 1) e introducido una "suspensión" de los plazos de prescripción de la acción penal durante todo el tiempo que había durado el régimen nazi (art. 2), posibilitando incluso la "revisión" de procesos penales que habían terminado con un archivamiento, una absolución o ni siquiera habían sido iniciados. En aplicación (retroactiva) de esta ley, el

---

[41] Ver expresamente JÄHNKE, com. prev. § 78, n. marg. 11; BENMANN, 333, 339; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, p. 748, n. marg. 16; ROXIN, § 5, n. marg. 58, RUDOLPHI, com. prev. art. 78, n. marg 3 a 6; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, comentarios al art. 2, n. marg 7, p. 59.

[42] ROXIN (traducción libre), p. 883 (§ 23, n. marg. 52 in fine).

[43] Ver la colección de sentencias del Tribunal Constitucional (BVerfGE), tomo 1, p. 418 y ss.

Tribunal Estadual de Kassel había condenado al recurrente a 3 años de prisión. El Tribunal Constitucional argumentó, en especial aunque brevemente, que la Ley Estadual en la que se basó la sentencia no atentaría contra el principio de legalidad (art. 103, segundo párrafo de la Const. alemana), pues este principio se referiría a los delitos (el delito seguía siendo tipificado) y no a reglas sobre la suspensión de los plazos de prescripción[44].

Pero el fallo más importante ocurrió en 1969, cuando el Tribunal tuvo que decidir sobre la constitucionalidad (en especial: respeto del principio de legalidad en su acepción "prohibición de retroactividad de la ley penal", respeto del principio de Estado de Derecho) del art. 1, primer párrafo de la "Ley de cómputo de plazos de prescripción penal" de 13-04-1965[45], la cual establecía, para toda la República Federal, un período de "suspensión" de los plazos de prescripción, entre el 08-05-1945 y 31-12-1949 para los delitos más graves (sancionados con cadena perpetua)[46].

En su resolución, el TC alemán, entre otras cuestiones accesorias, declaró expresamente que la ampliación de los plazos de prescripción causada por la "Ley de cómputo de plazos" sería constitucional porque:

1. El principio constitucional de legalidad (art. 103, segundo párrafo de la Const. alemana) no diría nada "acerca de la duración del período de tiempo en el cual un hecho, declarado punible de forma conforme con la Constitución, deba ser perseguido y deba ser reprimido imponiendo la pena conminada"[47]. Si bien la punibilidad de un hecho sería presupuesto para su perseguibilidad, lo mismo no ocurre al revés: "Una acción punible cometida no pierde su carácter de injusto por el hecho de que no es perseguida o no pueda ser perseguida por razones de hecho o de Derecho"[48]. Entonces, como la prescripción solamente tendría que ver

---

[44] Colección de sentencias del Tribunal Constitucional (BVerfGE), tomo1, p. 423.

[45] El efecto práctico de esta ley fue, en especial, el de prorrogar el plazo de prescripción del delito de "asesinato" que, según la ley penal vigente entonces, amenazaba con prescribir el 8 de mayo de 1969, con lo cual muchos asesinatos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial hubieran quedado impunes. El nuevo plazo iba a vencer el 31 de diciembre de 1969, pero entonces, la Novena Ley de Reforma Penal alargó el plazo de prescripción del "asesinato" de 20 a 30 años, o sea hasta finales de 1979. Finalmente, la Décimo Sexta Ley de Reforma Penal de 16 de julio de 1979 declaró imprescriptible el delito de "asesinato". Ver una exposición resumida de este desarrollo legislativo alemán en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, p. 748, n. marg. 16 y s. En la legislación penal alemana, recién el 26 de junio del 2002 se ha dado un "Código penal internacional" que prevé, entre otras disposiciones, una sección dedicada al "genocidio y delitos contra la humanidad" y "delitos de guerra", y declara, en el art. 5, la imprescriptibilidad de los "delitos graves" según dicha ley.

[46] Ver la colección de sentencias del Tribunal Constitucional (BVerfGE), tomo 25, p. 269 y ss., Críticamente, sin embargo, SCHÜNEMANN, para quien se lesionaría con esto el principio "nulla poena sine lege"; ver en NStZ 1981, p. 144.

[47] Traducción libre; ver: Colección de sentencias del Tribunal Constitucional (BVerfGE), tomo 25, p. 286.

[48] Traducción libre, ver: Colección de sentencias del Tribunal Constitucional (BVerfGE), tomo 25, p. 287.

con la "perseguibilidad" y no con la "punibilidad", quedaría aquélla fuera de los alcances del art. 103, segundo párrafo de la Constitución alemana (principio de legalidad), con lo cual "una ampliación o eliminación de plazos de prescripción no puede antentar por ello contra esta norma constitucional"[49].

2. Tampoco habría una contradicción del principio de "Estado de Derecho" porque la "retroactividad de leyes" no siempre están prohibidas. Si bien todo ciudadano tiene, como expresión de la "seguridad jurídica", un derecho a una "protección de confiabilidad en las leyes" (Vertrauensschutz), es decir que pueda prever posibles intervenciones estatales contra él y pueda prepararse correspondientemente contra esto, ello no puede llevar a atentar contra la "justicia material". Y "cuando se encuentran en disputa la seguridad jurídica y la justicia, entonces corresponde, en primer lugar, al legislador, a decidirse por una u otra parte. Si ocurriera esto sin arbitrariedad, la decisión del legislador no puede ser tachada por razones constitucionales"[50].

3. Ya la existencia de la "interrupción" de los plazos de prescripción (después de la cual el plazo comienza a correr desde el principio), cuya existencia podría ser desconocida por el delincuente, demuestra que el afectado no tiene derecho a saber de antemano y con exactitud cuándo va a prescribir el delito que ha cometido. A lo máximo podría contar con que no exista una interrupción del plazo de prescripción que le corresponde. Pero, "esta esperanza era, considerando la gravedad de los hechos punibles en cuestión, tan poco digna de protección como por ejemplo que un asesino que, al cometer el hecho, tenga la esperanza de poder borrar las huellas de su delito y escapar con ello a la pena conminada"[51].

Últimamente el Tribunal Constitucional alemán se ha vuelto a pronunciar rechazando un recurso que pedía declarar anticonstitucional la "Ley de descarga de la administración de justicia" de 11-01-1993 en cuanto introducía una "suspensión" de plazos de prescripción que afectaba al recurrente, el cual, en caso contrario, hubiera visto prescrita la acción penal contra él. El TC alemán rechazó el pedido repitiendo el argumento de las resoluciones anteriores (sobre todo la sentencia de 1969): el principio de legalidad no diría nada acerca de la duración del período de tiempo en el que deba ser perseguido un hecho declarado punible (de manera constitucional) y deba reprimirse imponiendo la pena conminada; y ello sería así incluso si se adujera que la figura jurídica

---

[49] Traducción libre, ver: Colección de sentencias del Tribunal Constitucional (BVerfGE), tomo 25, p. 287.

[50] Traducción libre, ver: Colección de sentencias del Tribunal Constitucional (BVerfGE), tomo 25, p. 290 y s.

[51] Traducción libre, ver: Colección de sentencias del Tribunal Constitucional (BVerfGE), tomo 25, p. 291

de la "prescripción de la persecución" (prescripción de la acción penal) contuviera elementos del Derecho penal material, además de que su "confianza" en el horizonte temporal de la regulación de la prescripción debe ceder ante el objetivo del esclarecimiento de delitos graves como tarea esencial de todo órgano jurídico-estatal[52].

Basándose en el fallo constitucional, el Tribunal Federal alemán (BGH) y otras instancias menores han asumido también la tesis "procesal" de la prescripción, y rechazado la posibilidad de aplicar a ella el principio de "prohibición de la retroactividad". Así, entre otras sentencias, la situación es tan clara en Alemania (a favor de los efectos meramente procesales) que JESCHECK/WEIGEND afirman incluso que la discusión sobre la "naturaleza jurídica" de la prescripción solamente tendría un "carácter académico"[53].

b) La retroactividad *in malam partem* no rige, sin embargo, frente a procesos penales ya fenecidos. Se oponen a esto razones de "Estado de Derecho". Esto lo reconocen los autores de todas las tendencias[54].

Pero, la "prescripción" solamente opera para el delito en cuestión, y no para otros delitos vinculados con el mismo hecho. P. ej. podría subsistir para delitos como el "favorecimiento personal" y la "receptación", pues se trata de delitos autónomos. Esta consecuencia, aceptada por todos[55], es difícil de explicar si se argumentara que la "prescripción" eliminaría el injusto, pues los otros delitos se vinculan precisamente a un injusto penal existente: el que ayuda a escapar de la justicia penal a un procesado en fuga por delito de robo o el que vendiera los bienes que el ladrón robó, cometen hechos vinculados con un delito, así este haya prescrito para el ladrón y no para el encubridor o el receptador.

c) Si se admite la tesis "procesal", obviamente, existirán otras consecuencias prácticas importantes. P. ej., en el campo de la ley en el espacio, no se aplica lo previsto en el CP para los delitos (ley material), sino el principio (procesal) de la "lex fori". Es decir, si el procesado cometió el delito en un país extranjero que tiene distintos plazos de prescripción que los del país donde se le juzga, la regulación aplicable de la "prescripción" tendrá que ser la del país donde se juzga el delito[56].

---

[52] Ver un extracto de la resolución en NStZ 1994, p. 480.

[53] JESCHECK/WEIGEND, p. 912.

[54] JÄHNKE, com. prev. § 78, n. marg. 11.

[55] JÄHNKE, com. prev. § 78, n. marg. 9, 17; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, p.748, n. marg. 18.

[56] JÄHNKE, com. prev. § 78, n. marg. 10; aprobando la práctica jurisprudencial alemana, JESCHECK/WEIGEND, p. 913.

En cambio, si se modificara la conminación penal en la ley material con el efecto de que, de esa manera, se modificaran también los plazos de prescripción, las consecuencias para la prescripción se tienen que regir por el Derecho material (principio "tempus regit actum"). Luego, si se eleva el máximo de pena de un delito también se elevará el plazo de prescripción, pero esta consecuencia solamente regirá para delitos cometidos a partir de la vigencia de la nueva ley; y si se reduce el máximo de pena y se disminuye así el plazo de prescripción regirá el principio de la "ley más favorable"[57].

3. Situación actual en el Derecho penal peruano y posibilidades

Últimamente se ha presentado una fuerte discusión doctrinaria en el Perú sobre la "aplicación temporal" de leyes penitenciarias. Esto afecta también a la comprensión de la naturaleza de la prescripción, pues el punto central es el mismo: ¿rige también el principio de "prohibición de retroactividad" y la "retroactividad benigna" en el caso de normas procesales y penitenciarias?

En especial, han surgido interesantes opiniones doctrinarias con motivo de la sentencia de la Corte Suprema de 6 de enero de 2004 (caso "Mantilla"), la cual, en virtud de la "ley más favorable al reo" en el campo del Derecho penitenciario, no aplicó la nueva Ley 27770 (publicada el 28-06-2002), que incrementaba, para una serie de delitos contra la administración pública, el tiempo de cumplimiento mínimo de condena (las tres cuartas partes) antes de poder acogerse al "beneficio penitenciario" de semilibertad, y, aplicó más bien, el régimen general de "beneficios penitenciarios", más favorable a los condenados (cumplimiento de solo un tercio de la condena) dispuesto en el artículo 46 del Código de Ejecución Penal. Con esto, la Corte Suprema se aparta de la línea seguida por el Tribunal Constitucional, que ha venido negando la aplicabilidad del principio de "prohibición de retroactividad" a normas procesales y penitenciarias.

También es interesante la sentencia del Tribunal Constitucional del 30 de enero del 2004 (STC 1593-2003-HC/TC) a la que antecedieron otras sentencias con similar contenido (STC 1300-2002 HC/TC; STC 2196-2002-HC/TC, STC 2928-2002 AATC). Esta sentencia, básicamente, tenía que decidir qué ley de beneficios penitenciarios era aplicable: una ley reciente (D. Leg. 927) que preveía la posibilidad de otorgar beneficios penitenciarios a los condenados por terrorismo tras haber cumplido las tres cuartas partes de la pena impuesta; la Ley 25475, vigente en el momento de la condena del recurrente, que excluía por completo los beneficios penitenciarios a favor de condenados por terrorismo; o el Código de ejecución penal que permite la aplicación

[57] JÄHNKE, com. prev. § 78, n. marg. 11 in fine; RUDOLPHI, § 78, n. marg. 6.

de "beneficios penitenciarios" con los requisitos generales (cumplimiento de un tercio de la condena). El Tribunal Constitucional, basándose en parte en la doctrina alemana, consideró que las leyes que regulan "beneficios penitenciarios" se rigen por los mismos principios que las "leyes procesales" y en tal medida están sujetos al "principio de eficacia inmediata de las leyes" (fundamentos número 6, cuarto párrafo; 8, último párrafo; 9, primer párrafo; 12, tercer párrafo; 13, primer párrafo). Es más, cita y concuerda con doctrina alemana en el sentido de que "La prohibición de la retroactividad tiene que ver con todos los presupuestos materiales de la pena, pero no con las normas procesales", aunque a continuación cita su propia jurisprudencia y señala que "... el proceso se desarrolla de acuerdo a las normas vigentes durante el mismo. Está prohibida la aplicación retroactiva de normas no sólo por estar prohibida constitucionalmente, sino porque debido a la naturaleza del proceso, como sucesión de actos, se debe aplicar la norma vigente al momento en que éstos se producen" (fundamento 5). Más adelante afirma que, al igual que en el caso de las normas procesales, en las penitenciarias regiría el "tempus regit actum", atenuado por otros principios como el de "no ser sometido a procedimiento distinto al previamente establecido en la ley" y la "aplicación retroactiva de la ley más favorable" (fundamentos 9, último párrafo; 12, último párrafo; 13, segundo párrafo). Finalmente establece que el "momento" que se debe tener en cuenta para establecer qué ley estaba vigente, sería el de la "presentación de la solicitud para acogerse al beneficio penitenciario" (fundamentos 12, primer párrafo in fine; 18, último párrafo in fine). Dado que la solicitud del beneficio se habría presentado antes de la vigencia del D. Leg. 927, la ley vigente en ese momento era el Decreto Ley 25475 que prohíbe a concesión de beneficios penitenciarios a los internos condenados por el delito de terrorismo (fundamento 13, in fine) y, por eso, se declaró "infundado" el recurso de hábeas corpus.

De esta sentencia llaman la atención varias cosas. En primer lugar, es destacable que reconozca, en principio, la "retroactividad" de leyes no materiales (la procesal y la penitenciaria), y su orientación en el "principio de eficacia de las leyes". Pero confunde algo cuando luego señala que para estas normas adjetivas rige el "tempus regit actum". Dicha regla, conocida en la aplicación temporal de la "ley penal", se refiere con "actum" al hecho punible; es decir, que la ley aplicable es la vigente en el momento de la comisión del delito. Es evidente que el Tribunal Constitucional se refería con "actum" no al delito, sino al acto que sirve de conexión en el Derecho procesal o penitenciario para fijar la vigencia de la ley, o sea, al momento de la realización del "acto procesal". Este "acto" –como más adelante explica el Tribunal– sería, en el caso concreto, el momento de la "presentación de la solicitud" de concesión del beneficio penitenciario.

Lo que no ha quedado claro es, sin embargo, su entendimiento del "principio de irretroactividad de la ley penal" (y de la "ley más favorable al reo"). Al principio niega expresamente su aplicación para las normas adjetivas, pero más adelante, al interpretar el artículo VIII, Título Preliminar del Código de Ejecución Penal[58], reconoce, por estar previsto de lege lata, la aplicación de la "retroactividad" y de la "ley (penitenciaria) más favorable" al condenado. Sin embargo, tras un breve análisis que reconoce la vigencia de "retroactividad" en materia penitenciaria, restringe los alcances de la "ley más favorable" a la interpretación en caso de conflicto de normas penitenciarias (fundamento 10). Por eso, en la parte resolutiva, no aplica precisamente la ley más favorable al reo, es decir aquella que, aunque dada con posterioridad a la "solicitud", favorece al condenado, pues le otorga la posibilidad de obtener el beneficio penitenciario (D. Leg. 927), sino aquella vigente en el momento del "acto procesal" que le niega por completo dicha posibilidad (Ley 25745). Por cierto que si fuera posible esta supuesta "retroactividad benigna" de normas penitenciarias y procesales, sería imposible la "retroactividad in malam partem" de estas leyes, en contra de lo que admite la doctrina alemana que el propio Tribunal cita para fundamentar su sentencia.

Ahora bien, retomando la sentencia de la Corte Suprema arriba expuesta, en la doctrina penal peruana han surgido opiniones divergentes. Los que la aprueban se apoyan, en particular, en la vinculación de normas adjetivas con la finalidad preventivo-especial, así como jurisprudencia extranjera (colombiana, argentina y española) y tratados internacionales[59]. Pero –como se ha visto más arriba– la argumentación "material" no convence por las razones allí aducidas: cualquier figura procesal puede interpretarse en sentido material, porque también en el proceso penal se manifiestan elementos materiales. Así, si se quisiera entender que los "beneficios penitenciarios" tienen que pertenecer al Derecho material, porque en ellos se manifestaría la finalidad "preventivo-especial" de la pena[60], esta finalidad se puede encontrar también en cualquier otra medida penitenciaria e incluso extrapenal. En realidad, como acertadamente sostiene otra parte de la doctrina nacional, basándose igualmente en doctrina alemana e hispana, los "beneficios penitenciarios" no for-

---

[58] Textualmente reza el artículo: "La retroactividad y la interpretación de este Código se resuelven en lo más favorable al interno".

[59] Ampliamente, CARO CORIA, p. 45 y ss., 54 y ss.; NAKASAKI, p. 35 y ss.; acentuando antecedentes de Derecho internacional público, VALLE RIESTRA, p. 11 y s.

[60] Así CARO CORIA, p. 48 y ss., 54, quien por lo demás se sustenta –en mi parecer erróneamente– en la teoría "mixta" de la pena de Roxin, pese a que esta teoría se refiere a los "fines de la pena" y no al carácter material de los "beneficios penitenciarios", y pese a que este autor sigue precisamente la tesis "procesalista", la cual, se ha visto arriba.

man parte del Derecho penal material y no puede ser aplicable para ellos (y para otras figuras como la "prescripción") el principio de "prohibición de la retroactividad" y la "retroactividad benigna". La razón principal argumentada, por lo demás ampliamente reconocida en la doctrina penal, es que tal principio constituye una "excepción" a la "aplicación inmediata de la ley", excepción reservada a la ley penal material por razones especiales: cuando se da una ley posterior más favorable existe un "cambio de valoración jurídica" del hecho punible y, por ello, resulta justo, además de preventivamente necesario, aplicar retroactivamente la nueva ley más favorable[61]. Y esta ratio del principio solamente existe en una ley penal material que describe el delito y sus consecuencias jurídicas, y por ello contiene "normas de conducta" en las que incide este cambio de valoración jurídica; el "beneficio penitenciario" no contiene normas de conducta y solamente se refiere a la forma como se va a ejecutar una condena ya dictada.

También se ha puesto en evidencia que en la discusión existe una confusión notable. Así, se ha pretendido erróneamente fundamentar el carácter de "derecho subjetivo" del "beneficio penitenciario"[62]; y aplicar el principio de "retroactividad benigna" de normas penitenciarias tomando como referencia el "injusto penal" cometido, con lo cual, se confunden dos planos distintos: la comisión del delito y el cumplimiento de una condena de privación de libertad, regidas ambas situaciones jurídicas por normas de naturaleza distinta. Es más, incluso se ha afirmado la "ultractividad" de normas penitenciarias al afirmar que regirían aquellas vigentes al momento de la comisión del delito y no la que estuvo vigente al momento de la condena[63].

Por último, el argumento de que el Derecho y la jurisprudencia comparadas abonarían a favor de la tesis material tampoco convence[64]. Por un lado, no solamente existen ejemplos, también existe un Derecho penal tan elaborado y de enorme influencia en nuestro Derecho penal, como el alemán, que admite, desde hace muchos años, la tesis procesal, sin que ello hubiera dado lugar, en el medio europeo, a ninguna condena internacional contra Alemania referida a un supuesto atentado contra principios de Derecho internacional público[65].

---

[61] MEINI MÉNDEZ, 16 y ss.

[62] Así procede el Tribunal Constitucional, ver STC 1593-2003-HC/TC, § 6, número 18; también CARO CORIA, p. 46, col. derecha.

[63] Ver las aclaraciones acertadas de MEINI MÉNDEZ al respecto, 17 y ss.

[64] CARO CORIA, p. 53, col. izq., VALLE RIESTRA, p. 11 y s.

[65] No acierta VALLE RIESTRA cuando dice que la retroactividad in malam partem de normas procesales "es de la mejor esencia nazifascista" (p. 13, col. izq.). Como se ha visto arriba al analizar la jurisprudencia alemana, precisamente la aplicación retroactiva (in malam partem) de normas adjetivas ha servido en Alemania para poder procesar

Tampoco las citas que se suelen hacer de la normativa internacional pública[66] son exactas, pues se refieren a la vigencia (indiscutible) del principio de "prohibición de retroactividad" y "retroactividad benigna" en el Derecho penal material (artículo 9 del Pacto de San José, artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 26, segundo párrafo, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). Y con esto no se ha respondido al problema central, pues precisamente se trata de determinar a qué "ley penal" se refieren estas normas.

Solamente en el caso del muy citado dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Alan García[67], se menciona expresamente el entendimiento de que la "irretroactividad de la ley penal" y la "retroactividad benigna" abarcarían "tanto los preceptos sustantivos como los adjetivos o de procedimiento que afecten cuestiones de derecho sustantivo". Pero un dictamen no es todavía una "norma" y menos aún una que obligue su aplicación a los tribunales nacionales; la fundamentación del dictamen puede ser tan discutible como la opinión de cualquier penalista o constitucionalista, fiscal o juez.

En el Derecho nacional existe, sin embargo, un argumento de lege lata importante para el supuesto reconocimiento de la aplicación del principio de "prohibición de retroactividad" y admisión de "retroactividad benigna" en el ámbito penitenciario penal: el artículo VIII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal. Como ya se ha visto arriba, el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia y vigencia de esta disposición penitenciaria, aunque no la haya aplicado luego en su resolución. Si el Tribunal hubiera sido consecuente con su argumentación inicial, que niega la aplicación de este principio a normas procesales y penitenciarias, debió haber afirmado que el artículo VIII del Título Preliminar del Código de Ejecución penal solamente puede interpretarse, correctamente, en el sentido de que la "retroactividad favorable" que menciona se referiría a las "leyes materiales" que podrían jugar algún papel durante el tiempo de la ejecución de la pena (p. ej. si se redujere la conminación penal de un delito con lo cual, el condenado podría pedir su libertad anticipadamente).

---

penalmente a criminales de guerra nazis. Por lo visto, el autor presupone que al admitir esta "retroactividad maligna" se abrirían puertas a la "arbitrariedad", pero esto no es así, pues la "prohibición de arbitrariedad" no tiene que ver con la "prohibición de retroactividad", sino con otros principios constitucionales y penales (lex scripta, proporcionalidad, humanidad, debido proceso, etc.). Sería precisamente una "arbitrariedad" dar normas procesales y penitenciarias para permitir la impunidad total o parcial de procesados o condenados por delitos tan socialmente dañosos como los de corrupción.

[66] VALLE RIESTRA, p. 11.

[67] Citado por VALLE RIESTRA, p. 11, col. der. y CARO CORIA, p. 53, col. izq.

Repito, para finalizar, lo dicho anteriormente en otro lugar[68]: el sistema peruano regulador de la prescripción no se adecúa a nuestra realidad. De lege lata es muy benigno y deja la puerta abierta a la impunidad, y aquí –por razones de principio– tiene que regir el "principio de legalidad", en su acepción de "principio de determinación" y la ley tiene que ser interpretada y aplicada tal como está. Pero si a esto se agrega un entendimiento de la prescripción en el sentido de una supuesta naturaleza "material", la impunidad llega a su grado máximo.

El legislador peruano consideró como gran novedad la posibilidad de que el procesado pudiera renunciar a la "prescripción" (art. 91) y pedir que continúe el proceso hasta conseguir una sentencia absolutoria. Se buscaba así evitar que el juez "recurra al fácil expediente de computar el transcurso del tiempo para resolver un caso en el que existan, a criterio del imputado, suficientes elementos de juicio para motivar una sentencia absolutoria"[69]. Pero esta inocente esperanza pasó por alto dos circunstancias muy comunes en la práctica: por un lado, que al procesado le podría convenir una solución rápida, por la vía de la prescripción, antes que continuar un proceso largo y penoso, por más que estuviere seguro de que este proceso fuere a culminar en la absolución; y, por otro lado, que, ante plazos tan cortos de la prescripción, una deficiente regulación de la "suspensión" del plazo de prescripción y tanta sobrecarga procesal de los jueces, resulta casi comprensible que precisamente los jueces "recurran al fácil expediente" de la prescripción –permitida además por la ley– para deshacerse de procesos, pese a que las posibilidades de emitir condenas puedan ser elevadas.

Las consecuencias para la práctica peruana de adoptar la tesis "procesal" o incluso la "mixta de consecuencias procesales" consistirían en abrir la posibilidad de modificar, directa o indirectamente, los plazos de prescripción y hacer que estas modificaciones valgan retroactivamente, afectando procesos penales en curso. En el caso concreto de los delitos de corrupción y otros vinculados al régimen fujimorista (considerado corrupto), podría seguirse incluso el ejemplo alemán de finales de los años 60, y repetido en relación con los crímenes cometidos en la fenecida República Democrática Alemana[70], e introducir un plazo de "suspensión" de la prescripción durante todo o parte del período que duró tal régimen. Es más, la regulación peruana de la "suspen-

---

[68] ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública", p. 94 y s.

[69] Ver Exposición de Motivos del CP peruano de 1991, "Extinción de la Acción Penal y de la Pena", segundo párrafo.

[70] Ver sobre ambos casos previstos en la legislación alemana (art. 78b) en JESCHECK/WEIGEND, p. 914 y s.; STREE/STERNBERG-LIEBEN, p. 1025 y ss.

sión" de la prescripción (art. 84) debería ser modificada por completo y prever muchos más supuestos que la mera existencia de procedimientos pendientes de los cuales dependa el procedimiento principal; p. ej. debería permitirse la "suspensión" de la prescripción durante el tiempo en que la víctima no tenía mayoría de edad en el caso de delitos de abuso sexual de menores, el autor era miembro del Parlamento o de un órgano legislativo, etc.[71]. Considero que esto es posible y necesario, pero la decisión al respecto está en manos del legislador. Mientras tanto, rigen los plazos de prescripción vigentes, así como las reglas para su cómputo; en mi opinión, extremadamente benignas y fomentadoras de la impunidad.

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: "Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano", 2da. edición, Lima, 2003, p. 94 y s.

BEMMANN, Günter: "Zur Frage der nachträglichen Verlängerung der Strafverfolgungsverjährung", Juristische Schulung (JuS) 1965, p. 333 y ss.

BLOY, René: "Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe", Berlín, 1976.

CARO CORIA, Dino C.: "Sobre el principio de irretroactividad de la ley penal penitenciaria perjudicial al condenado", Actualidad Jurídica (Gaceta jurídica) 123, febrero 2004, p. 45 y ss.

DÖLLING, Dieter: Comentarios a la sentencia del Tribunal Federal alemán de 06-12-1995 (publicada íntegramente en NStZ 1996, p. 275 y s.), Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), tomo 17, 1997, p. 77 y s.

JÄHNKE, Burkhard: Comentarios previos al art. 78 y comentarios al art. 78 en "Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Grosskommentar", 11ra. ed., Berlín, 1994.

JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: "Lehrbuch des Strafrechts", 5ta. edición, Berlín, 1996.

LACKNER, Karl/ KÜHL, Kristian: "Strafgesetzbuch mit Erläuterungen", 24ta. ed., Múnich, 2001.

MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl Heinz/ZIPF, Heinz: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo 2, 7ma. ed., Heidelberg, 1989.

MEINI MÉNDEZ, Iván: "Aplicación temporal de la ley penal y beneficios penitenciarios", Actualidad Jurídica (Gaceta Jurídica) 123, febrero 2004, p. 15 y ss.

NAKASAKI, César A.: "Problemas en la determinación de la ley aplicable para la concesión de la semilibertad", Actualidad Jurídica (Gaceta Jurídica) 123, p. 35 y ss.

[71] Ver sobre ambos casos y sobre otras modificaciones con efectos retroactivos (p. ej. para el abuso sexual de menores) del régimen alemán de la "suspensión de la prescripción" (art. 78b) en JESCHECK/WEIGEND, p. 914 y s; STREE/STERNBERG-LIEBEN, p. 1025 y ss.

MORALES PRATS, Fermín: comentarios al art. 131 del CP español de 1995 en: Quintero Olivares/Morales Prats (coordinadores), "Comentarios al nuevo Código penal", Elcano (Navarra), segunda edición, 2001, p. 646 y ss.

MIR PUIG, Santiago: "Derecho penal, parte general", Barcelona, 1995.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCIA ARÁN, Mercedes: "Derecho penal, parte general", Valencia, 2000.

PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix M.: comentarios al artículo 131 del CP español de 1995, en: Cobo del Rosal, Manuel (director), "Comentarios al Código penal", Madrid, 2000, p. 1113 y ss.

PEÑA CABRERA, Raúl: "Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general", 3ra. edición, Lima, 1997.

PUPPE, Ingeborg: Comentarios a la resolución del Tribunal Federal alemán de 28-11-1984, Juristische Rundschau (JR) 1985, p. 245 y ss.

ROXIN, Claus: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo I, 2da. edición, Múnich, 1994. Versión en español de la primera edición alemana, "Derecho penal. Parte general", editorial Civitas, Madrid, 1997.

RUDOLPHI, Hans-Joachim: comentarios previos al art. 78 del Código Penal alemán, en: Rudolphi/Horn/Günther/Samson, "Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch" (artículos 38 al 79), 7ma. ed. (octubre 1998).

RÜPING, Hinrich: "Beendigung der Tat und Beginn der Verjährung", Goltdammer's Archiv 1985, p. 437 y ss.

SCHUMANN, Heribert: "Fortgesetzte Tat, Verjährungsbeginn und Art. 103 Abs. 2 GG", Strafverteidiger 1992, p. 392 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd: Comentarios a la resolución del Tribunal Estadual de Hamburgo, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), pp. 143- 146.

STACKELBERG, Curt Freiherr von: "Verjährung und Verwirkung des Rechts auf Strafverfolgung", en Libro Homenaje a Paul Bockelmann, Múnich, 1979, pp. 758-769.

STREE, Walter/STERNBERG-LIEBEN, Detlev: Comentarios al art. 78 del C. P. alemán (la prescripción), en: Schönke/Schröder, "Strafgesetzbuch. Kommentar", 26ta. ed., Múnich, 2001, pp. 1019-1025.

TRÖNDLE, Herbert/FISCHER, Thomas: "Strafgesetzbuch und Nebengesetze", 51ra. ed., Múnich, 2003, pp. 678-686.

VALLE RIESTRA, Javier: "Irretroactividad nociva de normas procesales, penales y penitenciarias y la claudicación del Tribunal Constitucional", en Actualidad Jurídica (Gaceta Jurídica) 123, febrero 2004, p. 9 y ss.

Diez años de Derecho penal económico peruano: un balance[*]

Cuando en 1991 comenzó a regir el nuevo Código Penal peruano, una de las grandes novedades en la parte especial fue la introducción del Título IX: los "Delitos contra el orden económico". Según el propio legislador, con ello se buscaba proteger el ordenamiento económico establecido en la Constitución Política para garantizar el bienestar general y reprimir la delincuencia económica[1]. Esta decisión penal buscaba armonizar también con una nueva legislación administrativa que, tras largos años de desvaríos, intentaba por fin cumplir con los mandatos constitucionales referidos a la economía de mercado, previstos claramente en la Constitución de 1979, y también posteriormente en la de 1993.

Ahora bien, el CP peruano de 1991 tuvo como inspiración ciertamente el modelo económico de la Constitución de 1979. Y también es cierto que este texto constitucional, a diferencia de la Constitución de 1993 preveía una mayor actividad del Estado en la economía con finalidades sociales (economía social de mercado). Pero no por ello puede decirse que los tipos penales del CP, ni tampoco la protección administrativa que surgió desde 1991 con los Decretos Legislativos 691, 701, 716, 822 y 823; D. L. 26122 y otros, estaban destinados a proteger una economía altamente intervenida por el Estado, contraviniendo los postulados de la economía libre[2].

Los tipos penales guardan relación con la protección administrativa del funcionamiento de importantes mecanismos de la economía (social) de mercado como la libre competencia, la leal competencia, el sistema crediticio, el sistema tributario, etc. Es decir, refuerza la protección de instrumentos vitales para el funcionamiento de cualquier sistema económico de libre mercado. Y

---

[*] Publicado en la Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 11 (2002), pp. 21-76.

[1] Cfr. Exposición de Motivos, en la parte denominada "Contenido", subcapítulo: "Innovaciones propuestas en la parte especial", N° 7.

[2] Esto lo afirma radicalmente Enrique GHERSI en "¡Abajo el Código Penal!", revista Themis, nº 32, 1995, Lima, p. 113 y ss., 114.

eso no quiere decir intervencionismo, pues cualquier sistema económico debe tener un marco legal que por lo menos garantice la subsistencia de sus instituciones. También países de economía de mercado como los EEUU, Alemania o España prevén la protección administrativa y penal de estas instituciones.

Por cierto que es decisión del legislador la forma legal cómo debe configurarse esta protección. Así puede decidir que ella sea solamente administrativa o que también entre a tallar el Derecho penal. Y en este último caso, decidirá hasta qué punto debe darse la intervención penal en función de si busca un mayor o menor refuerzo penal. Por ejemplo, en los EEUU desde finales del siglo XIX, se decidió proteger la libre competencia a través de la Sherman Act, pero la concreción de la protección penal ha variado según la concepción dominante jurídica y económica de los gobiernos de turno[3].

El problema del CP peruano, entonces, no ha sido la decisión político-criminal de proteger bienes jurídicos económicos. El problema ha estado más bien, por un lado, en la configuración misma de los tipos penales; y por otro lado, en la implementación práctica de esta protección. A esto hay que añadir las distorsiones provenientes de problemas políticos hasta ahora no resueltos que afectan no sólo la administración de justicia, sino también al origen mismo de las normas penales y administrativas. Y por último, también podría mencionarse la falta de protección autónoma de algunas instituciones importantes de la economía moderna como el "sistema de seguros" y el "sistema de subvenciones".

A continuación, analizaré los dos primeros problemas y, en la conclusión, me dedicaré al tercero. El último aspecto señalado se refiere a una decisión político-criminal del legislador, que si bien es discutible, tampoco deja de ser legítima; por su escasa trascendencia práctica en la actualidad (las áreas de seguros y subvenciones están poco desarrolladas en nuestro medio) no se analizará, pero hay que advertir que su futura protección penal adecuada será necesaria e inevitable, tal como ya ha ocurrido en otros países.

En el segundo análisis no parto de una definición formal de los delitos económicos. Precisamente una de las principales debilidades del Código Penal reside en su falta de sistemática. El Título IX de la parte especial solamente contiene algunos delitos económicos; los demás están dispersos en el mismo Código Penal o en leyes especiales. Así, ya los delitos analizados contra los derechos de autor y contra la propiedad industrial se sitúan fuera del Título IX, y los principales delitos tributarios están en una ley especial. Por eso, aparte de estos, también habría que incluir en el análisis a otros delitos económicos

---

[3] Ver al respecto, con una exposición de la influencia de las diferentes teorías económicas, particularmente de las Escuelas de Harvard y de Chicago, en la protección de la libre competencia en los EEUU en ABANTO VÁSQUEZ, c. más ref., "Derecho de la libre competencia", p. 261 y ss.

como los (auténticos) delitos contra el "sistema crediticio" de los arts. 244 a 251, los delitos de "administración empresarial desleal" (art. 198) y los delitos contra el "medio ambiente" (arts. 304 y ss.). El marco expositivo no es suficiente para estudiar otros delitos económicos con la seriedad debida.

Por último, debo advertir que, dada la magnitud y el objetivo de la tarea (fomentar el Derecho penal económico nacional), restringiré la sustentación de mi revisión a las publicaciones recientes realizadas en el territorio nacional, recurriendo en lo indispensable a conocidos trabajos de autores extranjeros.

I. Cuestiones y tendencias generales

1.1. Técnicas de tipificación y el principio de certeza o taxatividad

Es conocida la dificultad que tiene el legislador penal al momento de tipificar las conductas que constituyen delitos económicos; estas 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 para 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. En el Derecho penal económico, se sugiere 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 "remisiones interpretativas". En uno y otro caso es inevitable el recurso a conceptos normativos, pero usualmente se trata de "elementos normativos determinados", debido a que su contenido se encuentra precisado en las leyes (penales o extrapenales) o puede deducirse de ellas[4]. P. ej. "obra" de los arts. 216 y ss. (D. Leg. 822); "patente", "diseño o modelo industrial", "marca", de los arts. 222 y ss. (D. Leg. 823); "posición dominante en el mercado", "prácticas y acuerdos restrictivos" del art. 232 (D. Leg. 701); "licitación pública" o "concurso público de precios" del art. 241 (Ley 26689); "institución bancaria, financiera u otra que opere con fondos públicos" de los arts. 244, 245, 247 (Leyes 26689, 26702), etc. Es precisamente en los "elementos normativos indeterminados", es decir, en aquellos donde no existe un sustento legal para su interpretación por el juez, donde es realmente grave la falta de taxatividad que puede surgir.

Ahora bien, en el caso de la "ley penal en blanco" donde el tipo penal, además de contener elementos normativos, tiene un vacío no esencial, pero para cuyo "llenado" se remite a una norma complementaria extrapenal, se plantea

---

[4] Sobre los "elementos normativos determinados" y los "indeterminados" ver recientemente en URQUIZO OLAECHEA, "El principio de legalidad", p. 81 y ss.

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 doctrina penal mayoritaria suele aceptar esta técnica cuando la ley penal contiene 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 habría posibilidad de una mayor precisión[5].

En el ámbito peruano, son pocos los auténticos casos de "ley penal en blanco", pero tampoco se constata una inobservancia de estos requisitos mínimos. P. ej., en el caso de los delitos contra la libre competencia, la conducta delictiva debe referirse clara y expresamente a "atentados contra la competencia", en armonía con los conocimientos aportados por el "Derecho de la libre competencia" o "Derecho Antitrust". De esta manera resultará que deben preverse en el tipo penal solamente las conductas que impliquen "colusión" o "abuso de posición dominante en el mercado". Por cierto que aquí también puede discutirse el problema del "error" que se presenta tanto cuando el sujeto alega ignorar la existencia de la norma complementaria como cuando su desconocimiento se refiere solamente a un elemento de esta, pero este tema ya ha sido tratado en otra parte y no corresponde profundizar más en él por ser más bien un problema de dogmática penal[6].

En el caso de los tipos penales incompletos con meras "remisiones interpretativas", tampoco se puede decir que haya una mayor precisión. P. ej. en la "publicidad engañosa" (art. 238), si bien el tipo penal está completo, el problema se plantea más bien en cuanto a la comprensión que pueda tener un ciudadano promedio de elementos como "afirmación falsa", "medio publicitario", "idoneidad para engañar", etc. Ahora bien, ciertamente tampoco aquí el verdadero destinatario de la norma es cualquier individuo (aunque el tipo penal esté construido como un "delito común"), pues las actividades publicitarias a las que se refiere el tipo penal son realizadas por sujetos en el marco de las actividades del mercado con conocimientos especializados. Y en ese círculo de potenciales autores, sí es posible admitir la "intersubjetividad" en cuanto a la comprensión del sentido de los elementos típicos. Más bien aquí se ha advertido que es otro el

---

[5] Al respecto ver en TIEDEMANN, citando jurisprudencia alemana y exigiendo, además, una interpretación restrictiva de las leyes penales en blanco, en "Temas ...", p. 67 y ss., 72 y s.; PEÑA CABRERA, "Tratado...", p. 181; VILLAVICENCIO TERREROS, "Lecciones ...", p. 61; ABANTO VÁSQUEZ, "El principio de certeza...", p. 13 y ss., p. 24 y s. [en esta compilación: p. 165 y ss., 174 y s.]

[6] Ver, postulando la tesis del "error de tipo" en ambos casos, c. más ref., ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 129 y ss.; también, extensamente, TIEDEMANN, "Temas...", p. 92 y ss., 114 y ss.; *ídem*, "Derecho penal y nuevas...", p.38.

peligro: la posibilidad de la "división de la norma", es decir, de un distinto entendimiento de los conceptos por parte de la administración y de la justicia penal[7].

En resumen, puede afirmarse que el legislador nacional no ha pecado tanto en el aspecto de "taxatividad" de la ley penal cuando ha tipificado los delitos económicos. El problema parece ser el contrario al que la doctrina penal internacional teme: la balanza no solamente no se inclina a favor de la "taxatividad", sino incluso hacia la desprotección de los bienes jurídicos, llegando a presentar características de un Derecho penal meramente simbólico cuando se trata de los delitos económicos. En efecto, tal como se verá más adelante con más detalle, las normas complementarias suelen descriminalizar a través de la inclusión de más elementos típicos difíciles de probar o del condicionamiento de la persecución penal a la denuncia previa de la administración o a alguna forma de determinación del carácter delictivo por esta[8].

Pero además, también puede advertirse que el legislador penal peruano, cuando se trata de delitos económicos, va en contra de la tendencia general que busca una mayor protección de los bienes jurídicos utilizando la técnica del "delito de peligro" y eliminando elementos subjetivos innecesarios en los tipos penales[9]. Si bien se ha criticado una violación del "principio de lesividad" (art. IV, Título Preliminar CP) a la técnica del "peligro abstracto", dicha crítica no tiene nada que objetar a la técnica del "peligro concreto" o de la "idoneidad", entendidos como peligro realmente creado por la conducta típica para determinados objetos[10] o la verificación de una peligrosidad de la conducta para causar un peligro concreto[11].

---

[7] Problema advertido inicialmente por Tiedemann en "Kartellrechtsverstöße und Strafrecht", p. 168; también *ídem*, "Temas...", p. 90; ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones", p. 113 y s.

[8] Esta constatación ya la había hecho antes en "El principio de certeza", p. 29, 32 y ss. En el campo de los delitos ambientales, CARO CORIA parece afirmar lo mismo cuando, criticando la mala técnica legislativa (ley penal en blanco más elementos normativos en el tipo básico del art. 304, la doble remisión a normas extrapenales del art. 307 y el 307A, etc.) así como otras incongruencias (exigencia de resultados lesivos), resume diciendo que la accesoriedad administrativa implementada en estos delitos no satisfacen el principio de certeza y finalmente "... no ofrecen las garantías necesarias para una intervención penal eficaz en el sector ambiental", ver "Derecho penal del ambiente", p. 373 y ss., 377, 524 y s.

[9] Sobre esta problemática, ver ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 114 y ss.

[10] Según la terminología que manejo, no se trata del "peligro concreto" (o de la "lesión") de los "bienes jurídicos", pues no se puede exigir a estos un menoscabo en términos naturalísticos, sino una mera "afección" en términos normativos (en ello coincido con Jakobs). Los "objetos" del bien jurídico son aquellos intereses que "representan" a los bienes jurídicos en el campo concreto de las relaciones sociales: la vida de un individuo, sus bienes, su honor, el patrimonio de una empresa, etc. La "afección del bien jurídico", en el sentido de "negación de su vigencia" (y no de la norma), se produce cuando el individuo "lesiona" o "pone en peligro" los objetos. De manera similar parece proceder también CARO CORIA, rechazando el concepto de "bienes jurídicos intermedios", cit., p. 512 y ss. Sin embargo, finalmente parece defender una diferencia básica entre "bienes jurídicos colectivo" y "bienes jurídicos individuales", que haría diferente su respectiva afección, aunque finalmente acepta la tesis (que yo también defiendo) de que, en contra de la interpretación tradicional, en los primeros muchos tipos penales no son de peligro abstracto, sino de peligro concreto e incluso de lesión; ver p. 517 y ss., 523.

[11] Ver al respecto ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 120 y s.

El legislador penal peruano no ha recurrido a "tipos de idoneidad" para tipificar los delitos económicos, sino ha preferido (en muchos casos innecesariamente) la técnica del "peligro concreto" e incluso de la "lesión". Por ejemplo, se exige peligro concreto en vez de mera "aptitud" en el delito de "fraude crediticio" (art. 247: "obtención" del crédito, en vez de "solicitud"), la producción de retiros masivos de depósitos, en vez de la mera aptitud en el delito de "pánico financiero", (art. 249), la obtención de beneficios o evitación de perjuicios económicos, en vez de mera "aptitud", en el "abuso de información privilegiada" (art. 251-A), la causación en vez de "aptitud" en la "contaminación ambiental" (art. 304). Y se incluye elementos subjetivos innecesarios en el delito de "abuso de poder económico" (art. 232: intención de restringir la competencia).

1.2. Tímida represión penal en los tipos penales. Irresponsabilidad penal de la empresa

Es evidente que el legislador penal, ya desde la vigencia del Código Penal, no intentó perseguir seriamente los delitos económicos. Ello se observa en la penalidad prevista para todos los delitos del Título IX. En la mayoría de los casos, el máximo de la pena no pasa de una privación de libertad de 3 años; en algunos casos (como en la "publicidad engañosa"), la pena solamente es una multa, incluso en el supuesto agravado. La situación no es muy diferente en el caso de los demás delitos económicos situados en otros lugares del Código Penal o en leyes especiales; p. ej. los delitos contra la ecología (arts. 304 y ss.). Pero además la penalidad tan baja favorece la aplicación de la prescripción de la acción y conlleva la aplicación de medidas excarcelatorias previstas en la parte general del Código Penal bajo la idea de la "falta de necesidad de pena": exención de la pena (art. 68), reserva del fallo condenatorio (art. 62 y ss.) y "suspensión de la ejecución de la pena" (art. 57 y ss.)[12].

Por otro lado, en la doctrina penal, se ha reconocido hace tiempo que las sanciones penales deben tener en cuenta las características peculiares del delincuente económico y del delito económico. Y no solamente eso, también debe replantearse la función de la pena en el caso de estos delitos. Si bien la "prevención general" destaca aquí claramente, no debe renunciarse a la "prevención especial", siempre que esta sea entendida de manera distinta a la tradicional. En ese sentido, es positivo que el Código Penal haya introducido, de

---

[12] Esta observación ya la había hecho en otra parte y desde entonces la situación no ha cambiado para nada en cuanto a los delitos económicos, mientras que para los delitos "violentos" (delitos contra la vida, la libertad y el patrimonio) el legislador nacional ha actuado de manera tan sobrerrepresiva que casi todos ellos contienen ahora supuestos agravados con penas que llegan hasta la cadena perpetua; ver "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 203.

manera general, nuevas penas sustitutorias de la privación de la libertad, entre las que destaca la prestación de servicios comunitarios (art. 34) y un sistema de conversiones de las penas (arts. 52 y ss.). No obstante, haría falta prever otras penas o "consecuencias accesorias" de manera específica para los delitos económicos que han demostrado ser muy eficaces en el ámbito de la criminalidad económica; p. ej. la "publicidad de las sentencias"[13].

Esta última recomendación nos lleva a un tema donde también ha resultado insuficiente el Código Penal vigente. Teniendo en cuenta un grave vacío constatado por la doctrina cuando los delitos (especialmente los económicos) son cometidos en el marco del desenvolvimiento de empresas, el legislador nacional introdujo la regla del "actuar por otro" (art. 27), las "consecuencias accesorias" para las personas jurídicas (art. 105) y el "decomiso de ganancias" (art. 102). El problema es efectivamente serio: mientras que el Derecho penal se encuentra limitado por el tradicional principio "societas delinquere non potest" y el principio de legalidad, en el campo empresarial, muchas conductas delictivas son realizadas en el marco de las empresas o para favorecerlas. Y como en estos casos se ha constatado que a veces los elementos exigidos por los tipos penales recaen precisamente en la empresa y no en las personas naturales que ejecutaron los hechos, en aplicación estricta de los principios enunciados, tendría que existir impunidad cuando no se llegara a individualizar la conducta típica. Este problema frecuentemente constatado en la práctica judicial ha llevado a reanimar la discusión sobre la punibilidad de las personas jurídicas que incluso ha sido prevista expresamente en el art. 14 del "Corpus Iuris" de la Unión Europea[14].

Ahora bien, una de las causas para que esta situación se produzca radica en el mismo tipo penal cuando exige una determinada cualidad en el autor ("delitos especiales"). Pero este problema puede presentarse de manera general cuando la cualidad recaiga en cualquier persona natural o jurídica. En atención a este otro problema más general fue elaborada la regla del "actuar por otro" (art. 27), es decir, para solucionar el problema de atipicidad en los delitos "especiales". Pero, como se ve, el art. 27 presenta una primera insuficiencia grave: presupone que la "representada" solamente sea una persona jurídica y no cualquier otra persona individual. Pero también tiene el vacío de referirse solamente a "representantes individuales" con un "vínculo legal" con la perso-

---

[13] Ver ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 208 y ss.

[14] Acerca del estado actual de la discusión, entre la innumerable cantidad de publicaciones; ver TIEDEMANN, "Responsabilidad de personas jurídicas...", p.783 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal..." p. 235 y ss., 239 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", p. 155 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, "Derecho penal económico, parte general", p. 229 y ss.; HEINE, "La responsabilidad penal de las empresas...", p. 19 y ss.; Gracia Martín, "La cuestión de la responsabilidad ...", p. 469 y ss., 485 y ss.

na jurídica, pues no solamente se reconoce implícitamente la irresponsabilidad penal directa de las personas jurídicas[15], sino también, entre las personas naturales, se deja de lado a los llamados "representantes fácticos" que actúen sin representatividad formal a favor de la persona jurídica[16].

Pero aparte de estos problemas derivados de una mala técnica legislativa en el art. 27 CP, tampoco puede decirse que este instrumento sea suficiente para cubrir el vacío dejado por la irresponsabilidad penal de personas jurídicas, pues ni implica una regla de imputación de responsabilidad penal propia para estas, ni puede resultar aplicable en delitos que presuponen elementos subjetivos adicionales en el autor (motivos egoístas) que el ejecutor individual no posee, cuando este resulte impune por otros motivos (p. ej. error de tipo), cuando el representante mismo sea una persona jurídica, etc.[17].

Además se ha constatado que en la práctica se hace un uso erróneo de esta cláusula. Así se suele practicar una "responsabilidad objetiva" cuando se hace responder penalmente, sin más, al gerente de una empresa por el solo hecho de serlo, sin verificar si existió una conducta de este que reunía los demás requisitos exigidos por el tipo penal respectivo[18]. Pero también exige un recurso innecesario a esta cláusula cuando se la invoca siempre que se cometan delitos en el marco de la actividad de empresas. No tiene por qué ser así cuando el tipo penal es "común" ni cuando, pese a ser un delito "especial", la cualidad exigida por el tipo penal recae en la persona natural cuya conducta se está precisamente analizando[19].

Las "consecuencias accesorias" sí han sido pensadas para llenar el vacío de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, pero muestra serios

---

[15] Observación de HURTADO POZO, "Personas jurídicas y responsabilidad penal", Anuario de Derecho penal 96, Lima, 1997, p. 149. Por cierto que la lectura que puede darse al art. 27, de conformidad con el origen de esta figura, debería con más exactitud afirmar la neutralidad del legislador en cuanto a la situación de las personas jurídicas; ver MEINI, propugnando una modificación legal del art. 27, "Responsabilidad penal...", p. 207, col. der. Lo que ha hecho el legislador es evitar la impunidad derivada de la comisión de delitos especiales por sujetos que no reúnen la cualidad típica, pero se olvidó que la cualidad no solamente puede recaer en personas jurídicas, sino también (según el tipo delictivo) en personas naturales.

[16] Igualmente ver c. ref. ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones", 1997, p. 146 y ss. De manera extensa sobre los distintos casos de "administración fáctica" y "administrador de hecho" (por ineficacia formal del nombramiento, falta de nombramiento o una mezcla de ambos) en el ámbito empresarial, sus consecuencias en el Derecho penal económico y, en especial, en relación con la cláusula del "actuar por otro" española que, pese a referirse expresamente a este supuesto, no parece abarcar todos los casos, véase GARCÍA CAVERO, "La responsabilidad penal..., p.109 y ss., 161 y ss.

[17] Ver c. más ref. Gracia Martín, "La responsabilidad penal del directivo...", p. 99 y s.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, p. 979 y ss. ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", 1997, p. 149 y s.

[18] El peligro de esta mala interpretación ya había sido advertido por MEINI, p. 207, col. der.

[19] Así acertadamente GARCÍA CAVERO, quien admite la necesidad de aplicar el art. 27 en el caso del delito de "contabilidad paralela" (art. 199), pues aquí la obligación de llevar la contabilidad mayormente recaerá en la persona jurídica, mientras que la conducta típica será realizada por personas naturales; ver "Algunos apuntes..., p. 32 y ss.

vacíos. Por un lado, no se ha previsto un criterio guía para la aplicación de estas medidas, pues estas no deberían ser impuestas de manera arbitraria. Así el legislador español dice expresamente en el art. 129, último párrafo, que estas medidas estarán orientadas a prevenir la continuidad de la actividad delictiva y sus efectos. Éste debe ser también el fundamento de la imposición de estas medidas por el juez penal peruano.

Además de esto, se constata una insuficiencia mayor debido a la dependencia de la imposición de estas medidas de la responsabilidad individual. Y es que el legislador no ha determinado claramente que estas medidas puedan ser impuestas directamente y de manera autónoma a las personas jurídicas; si bien según el texto legal su imposición siempre estará vinculada a la verificación de la comisión de un "hecho punible", no es cierto que se refiera aquí en el sentido dogmático penal de un hecho meramente típico y antijurídico que no necesite la comprobación previa de una responsabilidad individual[20]. Y es que, más allá del término "hecho punible" utilizado en el art. 105, en todo el capítulo, el legislador presupone la comisión de una "infracción penal" por un individuo en el marco de las actividades de personas jurídicas, a la cual asocia una serie de consecuencias jurídicas, además de las previstas en el art. 105. Es más, ¿cómo podría afirmarse en el artículo 105, sin una determinación previa de una responsabilidad individual, que se hubiera "utilizado" la organización empresarial para "favorecer o encubrir" el "hecho punible"? Resulta más bien lógica la interpretación de que la "consecuencia accesoria" tiene que ser "accesoria" (el término también aboga por esto) de una responsabilidad individual previa (al igual que el decomiso de instrumentos y efectos del delito y del decomiso de las ganancias) por un delito cometido[21]. Esto concuerda por lo demás con el ordenamiento procesal, pues aquí no es ni siquiera posible abrir un proceso penal cuando no se ha "individualizado" el delito (art. 77 CPP). Esto último precisamente hace palpable el enorme vacío todavía existente: una "irresponsabilidad organizada" llevará siempre no solamente a la impunidad de las personas individuales, sino también a la inaplicación de consecuencias accesorias contra las personas jurídicas. Por ello, sugerí hace algún tiempo

---

[20] Así, CASTILLO ALVA, p. 375 y ss., 377.

[21] Así, ya antes, ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", 1997, p. 158; HURTADO POZO, "Personas jurídicas...", p. 152. Por si fuera poco, el propio legislador en la exposición de motivos se refiere a consecuencias accesorias contra personas jurídicas "cuando el delito fuera perpetrado por personas naturales..."; ver Exposición de motivos, bajo "Consecuencias accesorias". El legislador no siempre es exacto en el uso de los conceptos. Así, p. ej., en el capítulo referido a las "medidas de seguridad", a veces habla correctamente de "hechos" cometidos por el agente, pero a veces se refiere directamente (y de manera imprecisa) a "delitos" que pueda cometer el inimputable (arts 74, segundo párrafo). En el Derecho penal español, modelo del peruano en este punto, también es indiscutible la accesoriedad de la "consecuencia accesoria" en relación con una pena a un individuo; ver por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, "Derecho penal económico. P. G.", p. 233.

una solución intermedia y transitoria similar a la alemana: que se introduzca una cláusula en el Código Penal que permita aplicar sanciones directamente a las personas jurídicas bajo la imputación de "organización defectuosa" (infracción del deber de organización para impedir que sus miembros cometan delitos aprovechándose de ella)[22].

Finalmente tampoco el "decomiso de las ganancias" (art. 104 CP) ha sido configurado de manera afortunada. El legislador ha cometido una confusión conceptual. El "decomiso de las ganancias" está pensado como medida destinada a privar al delincuente (persona natural o jurídica) del aliciente que supone la ganancia económica obtenida gracias al delito, independientemente del reproche del injusto de su conducta o de la obligación de reparar el daño causado. La indemnización puede resultar menor que el beneficio económico ilícito obtenido por la empresa, e incluso esto puede haber sido incluido dentro de un análisis previo de "costos y beneficios" (típico del ámbito empresarial)[23]. Luego, el legislador se queda muy corto al vincular el decomiso a un monto que garantice el pago de la reparación civil, y al preverla solamente contra las personas jurídicas[24].

1.3. Descriminalización fáctica a través de la intervención administrativa

Más allá de la llamada "accesoriedad administrativa", conocida también en el Derecho penal extranjero[25], y que plantea problemas similares a los ya tratados arriba en el punto 1.1, el legislador peruano ha tendido a relativizar la persecución de los delitos económicos mediante la inclusión, en las distintas disposiciones administrativas (incluso a veces de manera superpuesta e indis-

---

[22] Se sugería incluir esta cláusula en el capítulo referido a las "faltas" (obviamente, con las modificaciones pertinentes) hasta que se cree un Derecho contravencional, si bien tampoco se ve nada que impida la previsión de esta cláusula directamente en la parte general; ver 1997, p. 162 y s. De manera similar en cuanto a los criterios de imputación y postulando una responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, HURTADO POZO, "Personas jurídicas...", p. 156 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, recomendando una imputación de "comisión por omisión" para las empresas, cit., p. 995 y s. Sugiere la posibilidad de lege lata de sancionar directamente a las personas jurídicas a través del art. 105 para sancionarlas penalmente, CASTILLO ALVA, 349 y ss. 377. En contra de la futura responsabilidad penal de las personas jurídicas, MEINI, postulando una exclusiva responsabilidad administrativa, p. 199 y ss., 205 col. der. y s.; FEIJÓO SÁNCHEZ, de acuerdo con el sistema vigente en España (similar al peruano) y considerando que en el campo penal las personas jurídicas solamente deben ser tratadas como instrumentos u objetos peligrosos, mas no como sujetos de imputación, p. 271 y ss., 276.

[23] HURTADO POZO, "Personas jurídicas...", p. 151.

[24] Igual crítica en FEIJÓO SÁNCHEZ, p. 277.

[25] El tema de la "accesoriedad administrativa" se ha analizado sobre todo para el caso de los "delitos ambientales" o ecológicos y se refiere a la influencia de la definición que la administración haga a determinados elementos previstos en los mismos tipos penales, sea posibilitando una "causa de justificación", un elemento típico adicional e incluso la definición misma del injusto penal. El caso más claro es el de la "autorización" dada por el órgano administrativo. Al respecto ver TIEDEMANN, "Derecho penal y nuevas...", p. 218 y ss., y en "Temas...", p. 159 y ss.; CARO CORIA, p. 372 y ss.

criminada), de cláusulas "disimuladas" que impiden o condicionan la persecución penal de oficio por los órganos de justicia penal. Este procedimiento que denominé, de manera general, "actuación administrativa previa"[26], y que en muchos casos puede resultar equivalente a los "requisitos de procedibilidad" del Derecho procesal penal, ha sido constatado de diferente manera en el Derecho penal económico peruano. Así, tal vinculación puede darse adoptando las siguientes formas:

a) Necesidad de una previa denuncia penal por el órgano administrativo; p. ej. en el caso de los principales delitos tributarios (art. 7, D. Leg. 813); o en el "abuso de poder económico" (art. 232 CP concordado con el art. 19, D. Leg. 701).

b) Necesidad de un "informe técnico" del órgano administrativo como requisito indispensable para el "inicio" de la persecución penal de tal manera que sin el cumplimiento de esto el proceso deviene en nulo. P. ej. en los delitos contra la propiedad industrial (3ra. disposición complementaria, D. Leg. 823); delitos mal llamados "contra el sistema crediticio" (en realidad "delitos de quiebra") de los arts. 209 y ss. CP (9na. disp. final Ley 27146); en los delitos ecológicos (art. 1, Ley 26631); en una serie de delitos realizados en el marco de la lucha competitiva y con contenido de competencia desleal (aunque algunos propiamente no lo sean) como la violación del secreto profesional (art. 165), apropiación indebida (art. 190), publicidad engañosa (art. 238), fraude comercial (art. 239), actos de competencia desleal (art. 240), y otros que ya tienen cláusulas similares en la ley especial (delitos contra los derechos de autor y la propiedad industrial) (art. 32, D. L. 26122).

c) Necesidad del "informe técnico" dentro del proceso penal, antes de la acusación fiscal. P. ej. en el caso de los delitos contra los derechos de autor (1ra. disposición final, D. Leg. 822); delitos financieros (e incluso otros cometidos por funcionarios de empresas bancarias y aseguradoras) (4ta. disp. final y transitoria, Ley 26702).

Aparte de la implementación defectuosa de estos informes técnicos en la práctica[27], no deja de ser discutible esta "técnica" por dos razones. Por un lado, porque en muchos casos implica cambiar la "decisión político-criminal" del legislador penal y, por otro, porque atentan contra el principio de "lega-

---

[26] Ver ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 192 y ss.

[27] Los informes del INDECOPI, p. ej., suelen ser meros documentos formales, con un texto modelo, completado por algunos datos del caso particular que en poco ayudan a los fiscales y jueces en la determinación del carácter penal de las conductas.

lidad procesal" (art. 159, numerales 1 y 5, Const. 1993): la exclusividad en el inicio de los procesos penales debe recaer, en principio, en el Ministerio Público. Las pocas excepciones previstas en la misma ley penal deben estar reservadas a las "víctimas" del delito y no a la administración[28]. Por cierto que el peculiar sistema judicial peruano permite ya ahora una solución a través del llamado "control difuso" de la constitucionalidad de las leyes por los jueces (art. 138, segundo párrafo Const. 1993): mediante una cuidadosa inaplicación de las leyes administrativas que condicionan *totalmente* la persecución penal de los delitos tributarios y de abuso de poder económico. En el caso de los demás requisitos, estos deberán ser observados como subsanables en el proceso penal e incluso prescindibles, según el caso, en aplicación del art. 298 CPP.

Y es que con la sujeción de la justicia penal a la denuncia (y definición previa) de la administración, se produce una distorsión de la finalidad preventiva adoptada en la ley penal.[29]. Pero aquí también está en juego algo más que principios estrictos del Derecho penal, pues existe un atentado contra la "reserva" de la ley penal, con las consecuencias para el sistema democrático. Sobre esto volveré al final de mi exposición.

Por cierto que esto no quiere decir que deba rechazarse toda vinculación entre la persecución penal y el Derecho administrativo. Es innegable que debe existir una mejor coordinación entre el Derecho penal y Derecho administrativo sancionador para evitar problemas de duplicidad de sanciones ("ne bis in idem"), "división de la norma" (distinta interpretación de los conceptos por el juez penal y la autoridad administrativa) y para mejorar el efecto preventivo-general de las normas. Esta necesaria vinculación entre el Derecho penal y el administrativo se basa por cierto en el previo reconocimiento de una mera diferencia cuantitativa entre la infracción administrativa y la penal: en ambos casos, se trata de atentados contra bienes jurídicos que, como respuesta, llevan a restricciones de derechos individuales de los infractores, impuestas por un órgano con ejercicio legítimo del ius puniendi[30]. Cuando se decide reforzar la

---

[28] Un correcto proceder es seguido en el caso de los mal llamados "atentados contra el sistema crediticio" (delitos de quiebra) de los arts. 209 y ss. CP. Aquí se trata de delitos de persecución por acción privada del perjudicado o el INDECOPI, cuando el primero no denuncia a INDECOPI (art. 213 CP); y se exige el informe técnico previo al ejercicio de la acción penal (9na. disp. final, Ley 27146).

[29] Ver ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 194 y s.; parte especial, 2000, p. 71, 496 y ss.

[30] Tal diferencia cuantitativa deriva de la misma protección que ambas disciplinas jurídicas otorgan al bien jurídico, pero eso no quiere decir que también sea meramente "cuantitativa" la diferencia entre la "sanción administrativa" y la "sanción penal". Aquí sí hay una diferencia con un contenido cualitativo: el "reproche ético-social" de la sanción penal (no es lo mismo ser considerado "delincuente" que "infractor administrativo", tanto por el mayor recorte de libertades que importa la pena, como también de la tradicional percepción de ella por parte de los ciudadanos); ver c. más ref. ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 77, "Derecho de la libre competencia",

protección administrativa mediante una "protección penal", esta deberá dirigirse a los casos más graves (principios de mínima intervención y de fragmentariedad) y no deberá vincularse a una evaluación previa, y menos aún a una decisión previa de la administración.

De lege ferenda, aparte de una mejor configuración de la intervención administrativa en el proceso penal (mejor técnica en los informes administrativos, citación de un técnico administrativo como perito, etc.), también deben modificarse algunos tipos penales para destacar más la distinción entre ilícito administrativo e ilícito penal. Esto se analiza por separado para cada grupo de delitos en la parte especial[31].

Adicionalmente se recomienda, para algunos casos, prever la técnica de las "cuantías". P. ej. en el caso del abuso de poder económico, la cuantía debería estar en el propio tipo penal y ser más precisa que el mero enunciado de "graves consecuencias para el interés económico general" (art. 19, D. Leg. 701, mod. D. Leg. 807); en los delitos; en el caso de los delitos tributarios no se ha previsto una cuantía mínima para el tipo atenuado (art. 3, D. Leg. 813)[32].

1.4. Configuración de la protección administrativa previa

Es evidente que una adecuada protección del funcionamiento de los mecanismos económicos solamente puede ser otorgada a través de un eficaz y autónomo aparato administrativo. En este radica la tarea primordial de proteger bienes jurídicos económicos. Pero, mientras más importante se considere la vigencia del bien jurídico, se tenderá más a una adicional protección legal mediante el Derecho penal. Como la protección primaria es realizada por la administración, ello nos lleva necesariamente a tratar, aunque sea de manera breve, la organización de la protección administrativa en la protección de los bienes jurídicos económicos.

En el Perú, ella se encuentra dispersa en una serie de instituciones sectoriales como el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), la Superintendencia Nacional Tributaria (SUNAT), la Superin-

---

1997, p. 81. Dada la diferencia meramente cuantitativa entre ambas infracciones, para respetar el principio de última ratio y de fragmentariedad, la protección penal solamente puede darse contra las conductas más graves que deben determinarse en cada caso particular según determinados criterios (jerarquía del bien jurídico, dañosidad social, etc.); ver así ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones", p. 70 y ss. Es por eso correcta la afirmación de que el Derecho penal, en cuanto Derecho penal económico, solamente actúa como refuerzo de la protección ya dada anteriormente por el Derecho administrativo; en este sentido también, MEINI, p. 204 y s., CARO CORIA, p. 109. En contra de la diferencia meramente cuantitativa entre ambas infracciones, GARCÍA CAVERO, "Consideraciones ...", p. 229 y ss., 230 y s.

(31) Ver también al respecto "Derecho penal económico. Consideraciones", p. 186 y ss., esp. 188 y s.

(32) Propuestas que ya he realizado en "Derecho penal económico. Parte especial", p. 65 y ss., 70, p. 474, 496.

tendencia de Banca y Seguros (SBS), etc.; cada una de ellas con sus respectivas leyes. En muchos aspectos, estas normas administrativas reflejan los últimos avances de la doctrina especializada, pero todas ellas descuidan un aspecto sustantivo: la previsión del respeto de principios penales en el caso de la imposición de sanciones. La doctrina extranjera ya ha admitido la vigencia de los principios del Derecho penal, en cuanto el Derecho administrativo, más allá del cumplimiento de sus tareas cotidianas, ejerza el ius puniendi; es decir, cuando, ante infracciones de los sujetos, imponga recortes de libertades en forma de sanciones.

Para lograr esto se necesita, ciertamente, un cuerpo de leyes único para todo el Derecho administrativo sancionador (con los consiguientes cambios en las normas sectoriales y la eliminación de las faltas del Código Penal) que prevea principios generales y tipos legales de las infracciones; un "Código de contravenciones". Entre otros principios, este texto legal debería reconocer los siguientes:

a) Vigencia del principio de legalidad, con todas sus consecuencias (taxatividad, prohibición de la analogía, irretroactividad, prohibición del Derecho consuetudinario).

b) Respeto del principio de "reserva de la ley penal". Las disposiciones administrativas no deben contradecir la decisión político-criminal expresada en la ley penal; solamente deben complementarla, cuando esta lo permita. Así, si los tipos penales no prevén la persecución penal por denuncia privada, la norma administrativa no debe incluirla, como tampoco debe añadir cuantías o requisitos de procedibilidad.

c) Reconocimiento de la vigencia del principio "ne bis in idem" entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador[33].

d) Reconocimiento del principio de culpabilidad y de proporcionalidad.

e) Vigencia de los demás principios del Derecho penal en el ámbito del Derecho administrativo sancionador.

f) Establecer un sistema unificado de sanciones y medidas que sirva de referencia a los sectores administrativos.

Algunos de estos principios ya habían sido reconocidos en la jurisprudencia del INDECOPI, tal como demostré en otro lugar[34]. Pero esto era a

---

[33] En esta necesidad coincide últimamente la doctrina nacional; ver GARCÍA CAVERO, "Consideraciones", p. 237 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", 2000, p. 192, 498 y ss.; también "Derecho penal económico", 1997, p. 185 y s.; CARO CORIA, p. 123 y ss.; MEINI, p. 206, col. izq.; URQUIZO OLAECHEA, p. 134 y ss.

[34] Ver "La protección penal de la competencia", p. 143 y ss., 153, col. der. y s. También la doctrina penal nacional se ha manifestado poco a poco en este sentido; ver MEINI, p. 204.

todas luces insuficiente. Por eso hay que saludar la publicación reciente (el 11-04-2001) de la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley 27444), en la cual se introducen notables avances en relación con la concepción de la administración pública en un Estado de Derecho. En lo que atañe a nuestra materia, no solamente se reconocen una serie de principios del procedimiento administrativo (art. IV del Título Preliminar) y la responsabilidad de la administración pública y de su personal (Título V), sino también todo un capítulo referido al Derecho administrativo sancionador (Capítulo II), el cual contiene una serie de "principios de la potestad sancionadora". Entre estos se han reconocido la legalidad, tipicidad, irretroactividad, etc. No se ha reconocido de manera expresa el "principio de culpabilidad", sino un "principio de causalidad" que parece aludir más bien a la "responsabilidad objetiva" (art. 230, numeral 8). En cambio, sí se ha reconocido expresamente la vigencia del principio de "ne bis in idem" entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, pero no se ha reglamentado el cumplimiento efectivo de este principio en la práctica. En efecto, no solamente se trata de reconocer este principio, sino también expresar cuál debe ser el procedimiento a seguir según el momento en que se constate la existencia de la posibilidad de una persecución en la otra vía. P. ej., si la infracción ya sancionada resulta tener un contenido de injusto penal grave, el juez penal debería estar facultado para imponer una sanción penal, descontando de ella lo ya sancionado administrativamente. Si se interpretara el principio de "ne bis in idem" a raja tabla, podría abrirse una puerta de escape a la impunidad penal de hechos graves gracias a la sanción administrativa previa "oportuna" de la conducta.

Pero, además del importante avance que implica esta nueva ley (que entrará en vigencia recién a mediados de octubre), también serían necesarias otras medidas en la organización del Derecho administrativo sancionador. Así, también aquí debe garantizarse de alguna manera la independencia en el funcionamiento de las instituciones administrativas para que estas se dediquen a la verdadera y efectiva protección de los bienes jurídicos y no sean instrumentalizadas con fines políticos. Y también es indispensable su descentralización para cubrir el resto de las regiones del país de manera similar a como lo hace la justicia penal ordinaria. Esto deberá implicar también una reorganización de los procesos de contradicción de las decisiones administrativas en la vía judicial.

1.5. Implementación de la persecución penal

No se puede terminar esta parte sin tocar una tradicional carencia del aparato de justicia penal: la falta de capacitación y especialización de los órganos encargados de la represión penal.

En los últimos años, se ha avanzado algo en cuanto a esto; se han creado Fiscalías y Juzgados especializados en delitos tributarios y delitos económicos, además de haberse destacado a un sector de la Policía para coordinar con los primeros en la persecución de estos delitos (sobre todo los tributarios y los referidos a la propiedad intelectual).

Pero estas acciones no son suficientes. Por un lado, se sitúan dentro de una organización deficiente que no prevé una especialización del ejercicio de la función judicial, ni una auténtica policía judicial autónoma y técnicamente capaz. Por otro lado, tampoco las Fiscalías y los Juzgados especializados cuentan con el apoyo técnico adecuado. Aquí se ve ya que una mejora de la protección penal brindada por el Derecho penal económico no es indiferente de una reforma profunda del sistema penal peruano.

II. Protección penal específica de bienes jurídicos económicos

En este apretado marco expositivo, no es posible un análisis completo de todos los delitos económicos. En adelante, destacaré solamente los más representativos y señalaré sus insuficiencias.

2.1. Protección de la libre competencia

El reconocimiento de la "competencia económica" como instrumento básico de la economía de mercado y como bien necesitado de protección legal ha sido un gran acierto del legislador nacional; ya la doctrina extranjera había determinado la importancia económica (bienestar general) y política (máximo desarrollo posible de la libertad individual) que trae consigo el correcto funcionamiento de este sistema[35]. El refuerzo de la protección del bien jurídico "competencia" a través del Derecho penal era necesario por tratarse de un bien jurídico tan importante atacado por conductas graves[36].

Las sociedades modernas que han optado por una economía de mercado como base de su organización económica y política, tienen que reconocer la existencia de un interés, un bien común protegible llamado "competencia" y que contiene aspectos referidos a la "libertad" de los agentes económicos y a la "lealtad" que debe regir en las actividades concurrenciales desarrolladas por estos. Y para garantizar la vigencia de estas instituciones tiene que existir cuando menos una protección administrativa. En el caso de la libre compe-

---

[35] GEERDS, p. 39; TIEDEMANN, "Kartellrechtsverstöße...", p. 104; más ref. en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 27.

[36] TIEDEMANN, "Kartellrechtsverstöβe...", p. 174 y s.; BOTTKE, p. 1 y ss., 55 y s.; MOLINA BLÁZQUEZ, p. 357 y ss.; c. más ref. en ABANTO, "Derecho de la libre competencia", p. 37 y ss.,

tencia, es evidente que (y la experiencia así lo ha demostrado) un mercado inicialmente competitivo tiende, por distintas razones, a la concentración y al abuso de poder de los más fuertes. Es absurdo considerar que los agentes económicos deben ser dejados a su libre arbitrio en el juego de la oferta y la demanda. Ningún país con economía de mercado lo hace, pues es evidente que se necesita algún tipo de control administrativo para la vigencia de la libre competencia en amplios sectores de la economía (salvo los llamados "ámbitos de excepción"). Una economía excesivamente planificada tiende a favorecer a pocos grupos económicos vinculados con el poder y desalienta la mejora de calidad de los productos y servicios ofrecidos en el mercado, pero también una economía de mercado sin reglas legales lleva a la anarquía, y finalmente al abuso impune de los más poderosos[37].

Tampoco puede criticarse al legislador peruano el uso de la técnica de la ley penal en blanco para los delitos contra la libre competencia[38], pues, por un lado, se trata de una materia compleja cuya concreción puede hacerse en una ley especializada, pero también porque el tipo penal mismo respeta el principio de legalidad dando una descripción genérica de los dos grupos de conductas punibles y del tipo subjetivo. Lo que sí podría reprocharse es la inexactitud de los conceptos del art. 232 CP[39]. Así se refiere a un "abuso del poder monopólico u oligopólico" y a "prácticas y acuerdos restrictivos", cuando la terminología correcta es "abuso de posición dominante en el mercado" y "prácticas colusorias o acuerdos de cártel". La remisión a la ley de la materia salva de alguna manera esta confusa terminología, pues el D. Leg. 701 sí se refiere a estos dos grupos de ilícitos en sus arts. 5 y 6[40], y los vincula con el tipo penal en el art. 19, precisando los casos concretos a los que se refiere el tipo penal: negativa abusiva de contratar, discriminación abusiva, imposición abusiva de contratos de atadura, fijación concertada de precios, etc.

---

[37] En este sentido, no es acertada la crítica de GHERSI cuando se atentaría contra la propiedad y la libertad de contratación; cit., p. 117. En cuanto a los conceptos básicos que justifican la protección legal (y eventualmente penal) de la libre competencia, véase, c. más ref. ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho de la libre competencia", p. 26 y ss. (finalidad de la protección), p. 37 y ss. (sanción penal de las prácticas restrictivas de la competencia), p. 110 y ss. (ámbitos de excepción), etc.

[38] Crítica de GHERSI, p. 117, col. izq.

[39] *Artículo 232º: "El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36º, incisos 2 y 4."*

[40] La ley administrativa comete a su vez una imprecisión cuando, en contra de la doctrina y legislación extranjeras, llama "prácticas restrictivas de la competencia" a las "prácticas colusorias" en el art. 6. El primer término tiene un carácter mucho más genérico y engloba al segundo.

Más graves resultan los defectos de la norma complementaria (D. Leg. 701, modificado por el D. Leg. 807) pues:

a) Prevé en el art. 19 dos elementos típicos como el "dolo" (entendido como "dolo especial") y "grave perjuicio para el interés económico general" como requisitos adicionales para la persecución penal. Aunque el "dolo especial" puede ser considerado redundante, pues ya el tipo penal mismo exige que la conducta tenga "el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia", el otro elemento no estaba previsto en el texto penal. Por cierto que esto puede ser considerado como un elemento cuantitativo equivalente a una "condición objetiva de punibilidad", pero su falta de precisión, no solamente resta certeza al tipo, sino también dificulta (si no incluso imposibilita) la persecución penal[41]. De lege ferenda sería preferible una cuantía auténtica, como condición objetiva de punibilidad.

b) Permite la persecución penal sólo después de una "denuncia previa" del órgano administrativo (art. 19 D. Leg. 701 in fine). Esto atenta claramente contra el principio de "legalidad procesal", pues la acción penal para la persecución de los delitos solamente recae en el Ministerio Público. Los casos en que esta persecución penal esté "mediatizada" (no es posible directamente) deben estar contenidos en la "ley" (art. 1 CPP). Pero obviamente, si la decisión político-criminal de considerar una conducta como delito debe ser tomada por el legislador penal; y también los casos de "denuncia privada" (del particular o de la administración) como requisito previo para que el Ministerio Público pueda iniciar la acción penal deben estar previstos en el mismo Código Penal, tal como ocurre en el caso de otros delitos como la "competencia desleal" (art. 240). Que sea la administración la que decida cuándo puede perseguirse penalmente un delito de "abuso de poder económico", es aberrante e inconstitucional[42]. Como ya se dijo más arriba, haciendo uso de sus potestades de "control difuso", los jueces deberían a pesar de todo iniciar la acción penal por estos delitos en los casos más graves, aunque de lege ferenda sería preferible eliminar este negativo aspecto de la norma complementaria y solamente prever que la administración tenga el deber de denunciar penalmente los casos que reúnan los elementos exigidos por el tipo penal.

c) Por razones de fragmentariedad puede resultar discutible la persecución de tantos supuestos típicos. Además, la previsión, por la vía de la ley pe-

---

[41] Ya anteriormente he propuesto la salida de interpretar este elemento en el sentido de una "idoneidad" de las conductas típicas para producir "graves consecuencias para el interés económico general"; ver "Derecho penal económico. Parte especial", p. 66 y s.

[42] C. más ref. ver ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 71

nal en blanco, de un supuesto típico de cártel punible ("el establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas") se superpone con un tipo penal ya previsto anteriormente en el art. 241, numeral 3 ("concertación entre sí para alterar el precio en un remate público, una licitación pública o un concurso público de precios"). Entender que el supuesto del art. 232, por ser posterior, ha derogado al del art. 241 atentaría contra la especialidad que supone este último tipo penal, además de dificultar la persecución penal por las razones ya esgrimidas en el punto anterior. Un esfuerzo interpretativo puede ciertamente trazar alguna delimitación entre ambas figuras típicas[43], pero de lege ferenda sería preferible modificar la norma complementaria y eliminar la remisión de esta figura al art. 232.

Otra manifestación de la "libre competencia" que necesita protección legal se da también en los procesos de competencia para contratar con el Estado. En este caso, no solamente se protege un proceso de competencia concreto (durante una subasta, un concurso público o una licitación pública), sino también los intereses de la propia administración pública. Por eso se suele hablar aquí de un bien jurídico tutelado sui géneris conocido como "la pureza del proceso de subastas y concursos"[44].

Este nuevo tipo penal peruano cubrió un gran vacío de la legislación penal peruana, pues las conductas fraudulentas de este tipo siempre han causado graves distorsiones en la economía, pese a lo cual, el CP de 1924 no previó su persecución penal. Por cierto que algunos casos podían (y pueden aún) ser abarcados por otros tipos penales. Así, la amenaza ejercida para no participar en una subasta, concurso o licitación (numeral 2) es también un supuesto de coacciones (art. 151), pero va más allá de este, pues reprime ya la "tentativa" (el "intento") como delito consumado.

Lo que sí es criticable del art. 241, aparte de su superposición con el art. 232 que ya se mencionó, está dado por sus vacíos. Por un lado, en el primer supuesto, debería ser más precisa la acción típica, pues no solamente debe reprimirse al que solicita o acepta sobornos "para no tomar parte" en concursos, licitaciones o remates públicos, sino también a quien, ya está participando o que incluso ya ha ganado la buena pro. Este último caso podría ser incluso

---

[43] Así he propugnado anteriormente que el art. 241, numeral 3, podría referirse solamente a las concertaciones referidas *directamente* a los "precios" ofrecidos en concursos, subastas y licitaciones públicas, dejando como "abuso de poder económico" las demás concertaciones, así influyan indirectamente en los precios; ver ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 95 y s.

[44] Ver más referencias en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 80 y s.

una modalidad independiente, es decir, desvincularse de un soborno, pues en la práctica se ha comprobado el retiro fraudulento de una adjudicación ya obtenida[45].

Además de esto podría preverse un tipo penal específico dirigido a los funcionarios públicos que favorecen a postores en épocas previas incluso a la misma convocatoria[46].

Finalmente, pese a la posible solución interpretativa ya señalada en otro lugar[47], es preferible una mejor técnica legal que delimite claramente la responsabilidad penal del funcionario público por estos delitos y por el conocido delito contra la administración pública de "fraude funcional" (llamado también "colusión ilegal") del art. 384 CP.

2.2. Protección de la leal competencia

La institución de la "competencia", como libre juego de la oferta y la demanda, tiene una importancia indiscutible en un sistema de economía de mercado. En el Derecho extrapenal se reconoce además que esta competencia tiene dos aspectos: el de la "libertad", entendido como *derecho a* y *deber de* competir, y el de la "lealtad", es decir, un deber relacionado con la forma como debe realizarse la competencia. Luego, pueden existir formas y métodos prohibidos por constituir "competencia desleal" en contra de los demás competidores y de los consumidores. Y también contra esto debe existir una protección de la institución.

Después de una larga evolución histórica, se ha llegado a formar un área autónoma del Derecho encargada de la protección legal del "bien jurídico", entendido como un interés que involucra a todos los sectores interesados y no solamente a los competidores directos[48]. En efecto, actualmente ha quedado claro que la protección de la "leal competencia" no solamente interesa a las empresas competidoras, sino también a los consumidores, por lo cual lo que se protege, en primer lugar, pasa a obtener carácter público: se quiere preser-

---

[45] C. más ref. ver ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 78 y s.

[46] Al respecto ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 79.

[47] Según mi interpretación, el tipo penal del art. 384 solamente sería aplicable cuando el funcionario público actúa en el contrato mismo con el ganador del concurso o licitación o en etapas posteriores de modificaciones, ajustes y ejecución del contrato; en cambio, el funcionario público puede ser autor del segundo supuesto del art. 241 o partícipe del tercer supuesto; ver esta propuesta anteriormente en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 90, 93 y s.

[48] Ver un amplio análisis histórico en OTTO, con especial referencia al caso alemán, comentarios previos al art. 4 UWG, n. marg. 1 y ss., en Jacobs/Lindacher/Teplitzky, "UWG Großkommentar"; KRESALJA, p. 16 y ss., 27 y ss. respectivamente; BULLARD/PATRÓN, p. 435 y ss.

var un mercado competitivo ("modelo social") en beneficio de todos, sin que ello impida que en los tipos legales destaque más la protección de uno u otro interés involucrado[49].

La importancia del bien jurídico no es suficiente, por cierto, para decidirse de lege ferenda por la criminalización de las conductas desleales; deberá tenerse en cuenta el "*merecimiento de pena*" de ellas para, siguiendo el principio de "ultima ratio" criminalizar las más graves[50]. Usualmente se afirma que reúnen esta característica la "publicidad engañosa" (debido a su potencialidad para atentar también contra los intereses de los consumidores) y la "denigración comercial". La legislación y doctrina comparadas también se refieren al "espionaje industrial" y a la "revelación de secretos". El "merecimiento de pena" no es igual para todas las conductas desleales; dependerá no solamente de los intereses involucrados (usualmente es más grave cuando también se involucran los intereses de los consumidores que cuando solamente se trata de los intereses de los competidores), sino también de las necesidades del país en el cual se realizan las conductas (no es lo mismo una sociedad industrializada que una en vías de desarrollo).

El legislador penal peruano ha escogido solamente dos supuestos[51]: la *explotación de la reputación ajena* (numeral 1 del art. 240 CP, equivalente al art. 14 del D. L. 26122) y los *actos de denigración* (numeral 2, equivalente al art. 11 del D. L. 26122). También se ha previsto por separado, como atentado contra la leal competencia (y no como atentado contra los consumidores como en el actual art. 282 CP español) el delito de "publicidad engañosa" en el art. 238[52]. En cambio, los casos más graves, según la legislación y doctrina comparadas de

---

[49] MOLINA BLÁZQUEZ, "Protección jurídica...", p. 50 y ss.; KRESALJA, "Comentarios...", p. 19 y s.; BULLARD/PATRÓN, p. 436 y ss., esp. p. 437, col. derecha y 450; c. más ref. ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 99 y s.

[50] Al respecto ver MOLINA BLÁZQUEZ, "La criminalización de la competencia...", p. 230 y ss. y más adelante, notas 83 a 86. Pero hay doctrina en contra; p. ej. EBERT-WEIDENFELLER duda de la necesidad de que la "lealtad" necesite protección en el marco de la "competencia", pues, a diferencia de la "libre competencia", aquí solamente se trataría de proteger un equilibro de intereses de los participantes en el mercado; n. marg. 8, p. 6.

[51] *Artículo 240º: "Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa el que, en beneficio propio o de terceros:*

1. *Se aprovecha indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro.*
2. *Realiza actividades, revela o divulga informaciones que perjudiquen la reputación económica de una empresa, o que produzca descrédito injustificado de los productos o servicios ajenos.*

En los delitos previstos en este artículo sólo se procederá por acción privada."

[52] *Artículo 238º: "El que hace, por cualquier medio publicitario, afirmaciones falsas sobre la naturaleza, composición, virtudes o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados, capaces por sí mismas de inducir a error grave al consumidor, será reprimido con noventa a ciento ochenta días-multa."*

"Cuando se trate de publicidad de productos alimenticios, preservantes y aditivos alimentarios, medicamentos o artículos de primera necesidad o destinados al consumo infantil, la multa se aumentará en un cincuenta por ciento."

"revelación de secretos" y de "espionaje industrial", solo se quedan como ilícito administrativo en el Perú (art. 15 D. L. 26122)[53]. Una moderna tendencia prevé también la punibilidad de la "corrupción en el tráfico mercantil", tal como se prevé en Alemania en el art. 12 de la UWG (de manera similar al "cohecho")[54].

De los tipos vigentes solamente habría que criticar, aparte de los aspectos generales ya vistos anteriormente relacionados con la "intervención administrativa previa", la ausencia de una mejor distinción de los ilícitos administrativos. Así, en los actos de competencia desleal, interpretativamente debe exigirse una ausencia de "relación de competencia" entre los competidores en los supuestos punibles (requisito innecesario en los ilícitos administrativos). En caso contrario, se atentaría contra el principio de "mínima intervención" y se tendría que el primer supuesto se identifica plenamente con el ilícito administrativo de "explotación de la reputación comercial ajena" (art. 14, D. L. 26122). Solamente en el segundo supuesto típico ("denigración comercial") es posible una delimitación clara: el supuesto penal exige un "resultado típico" (desmedro de la reputación económica o producción de descrédito comercial), mientras que el tipo administrativo requiere solamente la idoneidad (art. 11 D. L. 26122). Además, los casos de "competencia desleal" del art. 240 no deberían depender de una denuncia privada, sino ser perseguibles de oficio[55].

En el caso de la "publicidad engañosa", tampoco existe una clara distinción entre el ilícito administrativo y el penal. Esta solamente es posible actualmente a través de la interpretación, según la cual la figura punible exigiría una "afirmación objetivamente falsa" (el ilícito administrativo admite también la "afirmación verdadera"), el empleo de un medio publicitario dirigido a un número indeterminado de personas (y no cualquier forma de publicidad comercial) y una idoneidad de esta para engañar a un "consumidor razonable" (el ilícito administrativo debería proteger de manera más amplia al "consumidor promedio")[56]. Por último, deberían agravarse las sanciones (actualmente solo de multa) e incluirse, como supuesto agravado, a la "publicidad subliminal".

Aparte de esta reestructuración de los tipos penales vigentes, el legislador nacional debería ponderar la necesidad de introducir nuevos tipos penales

---

[53] Antes de la reforma española, MOLINA BLÁZQUEZ consideraba p. ej. que, en razón del principio de "mínima intervención", deberían considerarse como delitos, al lado de la publicidad engañosa y la denigración del competidor, la violación de secretos empresariales y el espionaje industrial; 1993, p. 435 y s. En Alemania, se protegen desde hace mucho los secretos comerciales y empresariales en la UWG; ver al respecto MEYER/MÖHRENSCHLAGER, p. 34 y ss.

[54] Al respecto, entre otros, MEYER/MÖHRENSCHLAGER, p. 30 y ss.; RITTNER, p. 63 y ss.; TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht...", tomo 2, p. 39 y ss.

[55] Estas críticas ya las hice en "Derecho penal económico. Parte especial", p. 111 y ss., 120 y ss.

[56] Al respecto, c. ej. y más ref. ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 145 y ss.

contra la "revelación de secretos industriales y comerciales", y contra la "corrupción privada". Se hace necesario un breve análisis de ambas figuras para demostrar su gravedad y la necesidad de su represión penal.

a) La "revelación de secretos industriales y empresariales"

La gravedad de estos casos está suficientemente fundamentada en la legislación y doctrina comparadas. P. ej. en el CP español de 1995, aparte de la "publicidad engañosa" (art. 282), se reprime la "revelación de secretos" (art. 279) y el "espionaje industrial" (art. 278), ubicados dentro del grupo de "delitos relativos al mercado y a los consumidores"[57]. Por lo visto, el legislador español se ha atenido en este punto estrictamente al principio de mínima intervención y ha sancionado solamente las conductas que ha considerado como los más graves atentados contra el bien jurídico, en el entendido de que este sería "la capacidad competitiva de la empresa"[58]. Y esto lo hace de manera consecuente considerando las conductas como delitos perseguibles de oficio y bajo una sanción de 2 a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. Como defecto puede considerarse, sin embargo, la escasa vocación sistemática del legislador, criticada por la doctrina, al no prever un apartado específico para los delitos contra la "leal competencia"; donde también pudo haberse incluido un tipo delictivo de "difamación comercial" (similar al peruano de "denigración comercial") que sí se contemplaba en una serie de proyectos como el de 1992[59].

También en Alemania se prevén tipos penales contra el "espionaje industrial". Este es allá el término genérico ("Betriebsspionage"), previsto en el art. 17 de la ley contra la competencia desleal (UWG), el cual, en su versión actual, engloba tanto a la "revelación de secretos" como al "espionaje industrial" en sentido estricto[60]. Con este tipo penal, el legislador alemán solamente pro-

---

[57] La doctrina española distingue entre "secretos empresariales" y "secretos industriales". El primer concepto engloba al último, junto con los "secretos comerciales" y los secretos referentes a la organización interna y relaciones de la empresa. Ver al respecto MARTÍNEZ-BUJÁN, c. más ref., "Derecho penal económico. Parte especial", p. 70 y ss.; MORENO Y BRAVO, en Bacigalupo (director), "Curso...", p. 280 y ss.; MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, p. 118 y ss., 135 y ss.

[58] MARTÍNEZ-BUJÁN, c. más ref., "Derecho penal económico. Parte especial", p. 70.

[59] Así MARTÍNEZ-BUJÁN, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 68 y s.

[60] Artículo 17 UWG alemana [revelación de secretos del negocio o de la empresa]:
"(1) Se penará con privación de la libertad de hasta tres años o con multa a aquel que, como empleado, trabajador o aprendiz de un negocio, durante la vigencia de su relación de servicio, sin autorización, comunica a otro un secreto comercial o industrial que le ha sido confiado o le es accesible gracias a las relaciones del servicio, con finalidades de competencia, en provecho propio, para favorecer a un tercero o con la intención de perjudicar al titular del negocio."
"(2) También se penará a quien, con finalidades de competencia, en provecho propio, para favorecer a un tercero o con la intención de perjudicar al titular del negocio:
1. Se procura o asegura, sin autorización, un secreto del negocio o de la empresa mediante:
a) El empleo de medios técnicos,

tege el interés económico en preservar secretos de las empresas individuales debido al inmenso perjuicio económico causado por estas conductas[61]. Antes solamente se reprimía la "revelación de secretos", pero con la reforma de 1986 se incluyó en el segundo párrafo la modalidad del auténtico "espionaje industrial" (cometido por terceros ajenos a la empresa) no previsto al principio, y se consideró también como agravante que la conducta se dirija al aprovechamiento del secreto en el extranjero[62]. Además, la protección penal mediante la persecución del auxilio post-delictual, es decir, la conducta de quien "recibe" secretos industriales ilegalmente obtenidos (art. 17, segundo párrafo, numeral 2 UWG). Esta idea de atacar también a la "demanda" ha merecido aplauso en la doctrina[63].

Tomando como modelo al CP español, el cual por cierto los entiende como delitos de "competencia desleal" y no como delitos contra la "propiedad industrial" como en Alemania, se pueden apreciar dos grupos distintos de conductas[64]:

- La *"revelación" de secretos de empresa* por quien está laboralmente vinculado a la empresa perjudicada o tenga un deber de reserva frente a ella (auditor, consultor, miembros de otra empresa con acceso al know-how de aquella). Si bien hay consenso en que quien labora para una empresa tiene un "deber de sigilo" en relación con los secretos de aquella, se discute la duración de ese deber después del cese en el puesto de trabajo. Se sugiere en la doctrina establecer un plazo de vigencia de dicho deber,

---

b) La fabricación de una reproducción corpórea del secreto o
c) La sustracción de una cosa en la cual se encuentra incorporado el secreto;

2. Aprovecha o comunica a alguien, sin autorización, un secreto comercial o industrial que ha conseguido a través de las comunicaciones descritas en el primer párrafo o mediante una acción propia o de terceros, según el numeral uno, o que se haya procurado o asegurado de cualquier otra manera."

"(3) La tentativa es punible."

"(4) En casos especialmente graves, la pena será de privación de la libertad de hasta cinco años o multa. Se presenta generalmente un caso especialmente grave cuando el autor, al momento de comunicar sabe que el secreto será aprovechado en el extranjero, o cuando él mismo lo aprovecha en el extranjero".

(61) Ya en 1972, según estimaciones cautelosas, se calculaba que el daño anual llegaba a los mil millones de marcos (unos 600 millones de dólares), si bien el espionaje industrial se refería mayormente al proveniente del bloque económico oriental; ver TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht", p. 41 y s.

(62) Tiedemann denunciaba ya en 1976 la existencia de este vacío, "Wirtschaftsstrafrecht", p. 42.

(63) LAMPE, p. 374; MOLINA BLÁZQUEZ, p. 424.

(64) Ver sobre los tipos penales españoles que se explican resumidamente a continuación, c. más ref., TERRADILLOS, "Derecho penal de la empresa", p. 169 y s.; MUÑOZ CONDE, "Derecho penal, parte especial", Valencia, 1996, p. 438 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 69 y ss.; MORENO Y BRAVO, en Bacigalupo: "Curso...", p. 280 y ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ en Bajo Fernández (director), "Manual de Derecho penal", p. 533 y ss.; VALLE MUÑIZ, en Quintero, "Comentarios...", p. 1255 y ss.; ampliamente MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, p. 118 y ss. Sobre el Proyecto español que preveía también estas figuras de 1992, MOLINA BLÁZQUEZ, p. 283 y ss.

o ligar el injusto de la develación al hecho de que implique competencia desleal (p. ej. si se revela el secreto precisamente a una empresa competidora en el mercado)[65].

La acción típica de "revelar", "develar" o "descubrir" no necesita que se dirija a un extenso o indeterminado número de personas; para que se consume el delito basta con que se ponga en conocimiento de otro el secreto, sin necesidad incluso de que este lo haya entendido inmediatamente (pero debe existir la posibilidad de que lo haga), pues en ese caso ya se produjo el desvalor del acto (violación del deber de sigilo) y el desvalor del resultado (peligro para la capacidad competitiva de la empresa no basada en la mayor eficiencia del competidor)[66]. Estas conductas están previstas en el art. 279 CP español.

Adicionalmente se suele sancionar el "*aprovechamiento*" indebido del secreto cedido en principio legalmente (art. 280 CP español). P. ej. cuando se excede de la autorización dada por el titular, o incluso el aprovechamiento de secretos obtenidos ilegalmente por terceros, sin haber el primero participado en este último acto. También se puede pensar en una modalidad atenuada cuando el sujeto activo (ex trabajador) aprovecha el secreto para sí mismo sin entrar en competencia con la empresa titular del secreto, pues aquí la capacidad competitiva de la empresa se ve menos perjudicada[67].

En ambos casos, se suele exigir el ánimo de lucro o la intención de perjudicar al titular, a fin de limitar la persecución penal a los casos más graves[68].

- El "*espionaje industrial*". En este caso se trata de una conducta especialmente peligrosa mediante la cual se busca específicamente descubrir secretos industriales de una empresa utilizando terceros ajenos a la empresa ("espías"). La conducta puede consistir en el apoderamiento de documentos, datos informáticos, etc., mediante cualquier medio (grabación de sonido, archivo electromagnético de datos, imágenes, etc.). La conducta típica se consuma con el peligro (idóneo) de la conducta dirigida a descubrir el secreto. Obviamente, la conducta puede realizar también otros tipos penales comunes (daños, violación de domicilio). Esta modalidad está prevista en el art. 278 CP español.

---

[65] TERRADILLOS BASOCO, "Derecho penal de la empresa", p. 171.

[66] TERRADILLOS BASOCO, "Derecho penal de la empresa", p. 172.

[67] TERRADILLOS BASOCO, "Derecho penal de la empresa", p. 173, refiriéndose al art. 274, segundo párrafo del Anteproyecto español de CP de 1994.

[68] Esto es recomendado también por MOLINA BLÁZQUEZ, 1993, p. 422.

Se discute si estos delitos deben ser perseguibles siempre de oficio o necesitan primero la denuncia privada. También aquí rige lo expuesto para los delitos de competencia desleal, pues el perjudicado puede sufrir más daños aun con la difusión pública a través de un proceso penal y preferir, más bien, la vía civil para resarcirse del daño sufrido[69].

El objeto del ilícito es el "secreto industrial", "secreto comercial" o el "know-how". Para abarcar todos estos objetos se prefiere hablar ampliamente de "secreto empresarial", el cual comprendería todo conocimiento sobre ideas, procesos y procedimientos de fabricación y comercialización de productos o servicios, así como los conocimientos necesarios para hacer uso de estos, que deban permanecer ocultos para otorgar al titular un valor competitivo. Para definir el contenido de "secreto industrial o comercial", la tendencia dominante combina el interés del titular de la empresa en mantener en secreto algún hecho no evidente, relacionado con una industria o negocio ("teoría de la voluntad"), con el interés de mantener en reserva justos intereses económicos ("teoría de los intereses")[70]; p. ej. listas de clientes, libros de muestras, balances anuales, modelos, cálculos de precios, contratos ya firmados o que están por firmarse, listado de agentes de venta, etc.

En general, entonces, el "secreto industrial" no necesita estar registrado para merecer protección legal, pero sí se requiere lo que sigue[71]: 1) que contenga conocimientos relacionados con la empresa perjudicada, 2) que sea conocido solamente por un reducido número de personas, 3) que su mantenimiento en secreto deba ser expresa o presuntamente deseado por la dirección empresarial, y 4) que exista un interés económico para mantener el secreto.

Por lo demás, no se ha resuelto hasta ahora la contradicción existente entre el interés público de perseguir estas conductas y el interés de las víctimas en evitar que, a través del proceso, se revele ampliamente el secreto protegido[72]. Tampoco se ha resuelto el creciente interés en proteger la "leal competencia" dentro de un mercado mundial y globalizado. La protección no solamente debería brindarse a empresas nacionales, sino también a las extranjeras.

Precisamente uno de los casos más espectaculares de los últimos tiempos ha revelado las deficiencias de los tipos penales alemanes (y también de los

---

[69] En este sentido, MOLINA BLÁZQUEZ, p. 424.

[70] Así, TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht", p. 42 y s.

[71] LAMPE, p. 369. Además, para la protección penal del "secreto industrial" o "know how" en Alemania ver ampliamente, c. ej. TIEDEMANN, "Temas...", p. 313 y ss.

[72] TIEDEMANN señala precisamente que esto habría llevado a la poca utilidad práctica del tipo penal, "Lecciones...", p. 45.

españoles). En el caso "Iñaki López"[73], se trató de un alto funcionario de una transnacional norteamericana (General Motors), cuya empresa filial en Alemania fabrica automóviles con la marca "Opel", que fue contratado por su competidora en el mercado de producción de automóviles (Volkswagen AG), y al cual GM primero acusó de haberse llevado consigo (y facilitado a su nueva empleadora) valiosísima información interna sobre proyectos futuros de la empresa que favorecerían a su nueva empleadora en su lucha competitiva con "Opel"; el perjuicio económico habría sido millonario. La impunidad se hizo evidente debido al carácter "nacional" de la protección de la propiedad industrial en Alemania (que es característica de todos los países, incluyendo al Perú): el tipo penal de "revelación de secretos" (art. 17, primer párrafo, UWG) no se había cumplido dado que los secretos industriales "sustraídos" no eran de una empresa situada en territorio nacional, ni tampoco el autor tenía la calidad de empleado de la empresa afectada "Opel" (era empleado de la empresa matriz). Y tampoco pudo aplicarse el tipo penal de "espionaje industrial" contra "Opel" (art. 17, segundo párrafo, UWG), ya que no podía decirse que el autor haya sido un "tercero ajeno a la empresa" en el momento que cometió los hechos, además de que existían dudas sobre el "carácter indebido" de la sustracción del material. Por último, no resultaba aplicable el tipo penal de "apropiación ilícita" (Unterschlagung, art. 246 StGB), pues por un lado es discutible en Alemania que sea punible la "apropiación" de bienes de empresas situadas en el extranjero; y, por otro lado, tampoco en el caso concreto era demostrable el "apoderamiento" de bienes corporales, pues se trataba de fotocopias y copias en disquetes.

En el Perú, los "*secretos industriales*" solamente están protegidos de manera administrativa, pero siempre y cuando, su titular haya adoptado medidas razonables para mantener el secreto (art. 116, lit. c, D. Leg. 823), y conste en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas o elementos similares (art. 120, D. Leg. 823).

b) La "corrupción" de funcionarios privados

Con la reforma alemana de 1997 y el Corpus Juris europeo de 1996, se ha iniciado una tendencia en Europa para introducir tipos penales contra los actos de "corrupción" cometidos por particulares en el marco de la actividad empresarial. Por eso, el art. 12 UWG alemana (ahora trasladado al art. 299 StGB) reprimía desde hace varios años los actos de corrupción de funcionarios privados y particulares, haciendo un paralelo con el cohecho pasivo y activo de funcionarios públicos.

---

[73] Sobre este caso, ver la entrevista a KLAUS TIEDEMANN, en "Wirtschaftswoche", N° 47, 14-11-1996, p. 74, cuyo análisis del caso es el que a continuación se expone.

Pero eso no es suficiente cuando se trata de proteger además de la competencia, el normal funcionamiento de la administración pública y de los poderes del Estado. Por eso, ya desde 1977 está vigente en los EEUU, la "Foreign Corrupt Practices Act" que persigue penalmente en territorio nacional, entre otras conductas, los actos de corrupción de funcionarios llevados a cabo por ciudadanos norteamericanos incluso en el extranjero; y también se dirige esta figura contra la corrupción de funcionarios, políticos o candidatos políticos en el extranjero; es más, incluso se persigue a extranjeros que hayan cometido estas conductas en el extranjero en el marco de actividades competitivas de empresas norteamericanas (principio de los "efectos en el mercado nacional")[74].

Entre otros instrumentos de Derecho internacional público, también la "Convención Interamericana contra la corrupción" de 29-03-1996, además de ocuparse de la corrupción nacional se refiere también a la "corrupción internacional" en su artículo VII. El Estado Peruano se ha comprometido a luchar contra la "corrupción transnacional" al ratificar esta Convención el 24 de marzo de 1997. Sin embargo, hasta ahora ha incumplido con introducir los tipos penales pertinentes en el Código Penal. Por cierto que la Convención no prevé, en cambio, un tipo legal de "corrupción de funcionarios privados", sino solamente la corrupción de funcionarios públicos por nacionales, residentes extranjeros y empresas domiciliadas en el país, relacionada con actividades de naturaleza comercial o económica[75]. Salta a la vista que esta tipificación es menos completa que la norteamericana, pues por un lado se refiere solamente a actividades económicas y no así a las políticas (que indirectamente pueden tener por trasfondo un interés económico), y excluye los sobornos cometidos por extranjeros no domiciliados y los sobornos de nacionales o extranjeros, cometidos en el extranjero, pero con efectos para la competitividad en el mercado peruano.

Como se suele señalar, la dañosidad de este tipo de corrupción estriba en sus implicancias político-sociales, pues no es raro que las empresas transnacionales elaboren su estrategia previendo partidas especiales para actividades corruptoras y se aprovechen de su poder para presionar y chantajear a la cla-

---

[74] Al respecto ver ampliamente TIEDEMANN, "Delinquenzverhalten...", p. 32 y ss.; igualmente en "Poder económico y delito", p. 62 y ss.

[75] Artículo VIII de la Convención: "Soborno transnacional: Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial...".

se política de los países huéspedes[76]. Además, como se ha reconocido, aquí no solamente se afecta al país del funcionario corrupto, sino también al país de quien realiza el acto de corrupción, pues su industria pierde confianza internacional, con la consiguiente afección del sistema competitivo nacional[77]. Especialmente escandalosa fue la situación en Alemania hasta antes de la reforma, pues incluso el Derecho tributario permitía deducir tributariamente a empresas nacionales que actuaran en el extranjero, aquellos "gastos" hechos en actividades corruptoras en el exterior. Puesto que los países menos desarrollados se encuentran presionados por el deseo de atraer capitales, usualmente no reprimen penalmente estas prácticas.

2.4. Protección de los "intereses de los consumidores"

A diferencia de los delitos contra bienes jurídicos individuales como la integridad corporal o el patrimonio, en el marco de las actividades económicas del mercado, los agentes económicos pueden afectar también a los individuos como "consumidores", pero no en el sentido individual, sino colectivo, pues lo que está en juego es su derecho a gozar de los beneficios obtenidos de la lucha competitiva libre y leal, o por las regulaciones establecidas por el Estado en su favor[78]. Ahora bien, estos intereses pueden referirse a intereses económicos, pero también a los que están relacionados con la "salud pública" de los consumidores. Aunque la doctrina suele separar a ambos grupos como delitos autónomos, para algunos, el término "intereses de los consumidores" debe englobar a los dos como delitos económicos[79].

En el CP peruano se pueden observar varios defectos en relación con estos delitos.

En primer lugar, la falta de sistemática, pues conforme a lo anteriormente mencionado, estos delitos debieron formar parte de un subgrupo de delitos económicos, en el cual se ubiquen tanto los que atentan contra los intereses económicos como los que lo hacen contra la salud de los consumidores, con reglas especiales para estos delitos e incluso con nuevas figuras punibles como

---

[76] También ROJAS VARGAS, p. 325.

[77] Ver TIEDEMANN, "Poder económico y delito", p. 65.

[78] Comp. también GONZÁLEZ RUS, p. 345; TERRADILLOS BASOCO, "Derecho penal de la empresa" p. 180; *ídem*, "Protección penal..."; MUÑOZ CONDE, p. 441; MARTÍNEZ-BUJÁN, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 67 e *ídem* en "La protección de los consumidores...", distinguiendo entre "intereses difusos" e "intereses sociales generales", p. 268 y ss.; ACOSTA ESTÉVEZ, p. 472 y s. Ya antes MARTÍNEZ PÉREZ, acogiendo la doctrina italiana de Sgubbi, "Los delitos relativos ...", p. 339 y ss. En el Perú, siguiendo la doctrina española también PRADO SALDARRIAGA, "Todo sobre el Código penal", tomo I, p. 249; ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 199 y ss.

[79] Así la precisa distinción hecha por MARTÍNEZ PÉREZ, "Los delitos relativos", p. 340.

p. ej. la novedosa figura de la "facturación fraudulenta a través de aparatos automáticos" del art. 283 CP español.

En segundo lugar, aquí el legislador nacional se ha apartado de su correcta tendencia de vincular el Derecho penal y el administrativo. Así, el concepto de "consumidor" manejado por él no es el mismo que el del Derecho administrativo. En este no se considera "consumidor" a cualquier adquirente de productos o servicios en el mercado, sino solamente al que constituye un "*consumidor final*", es decir, "las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios" (art. 3, lit. a) D. Leg. 716). Esta aclaración lleva a que no puedan ser considerados "consumidores" quienes "adquieren, utilizan o disfrutan de un bien o servicio para fines propios de su actividad como tales"[80]. Es decir, se descarta la característica de "consumidor" (y tampoco habría atentado contra los derechos de los consumidores) en quien no "consume" los bienes o servicios adquiridos para sí mismo, sino que los destina, a su vez, dentro de la escala productiva o distributiva del mercado, a la producción de otros bienes o a la prestación de otros servicios. Ahora bien, esto no quiere decir que una empresa o un comerciante nunca puedan ser considerados "consumidores finales"; todo dependerá del destino que den a los bienes o servicios adquiridos. Así, si una empresa contrata servicios de alimentos para sus empleados, o si contrata servicio de jardinería para su local; o también si un comerciante compra pasajes de avión para trasladarse a algún lugar del país; en todos estos casos podríamos decir que nos encontramos ante "consumidores finales", por más que las transacciones realizadas redunden de manera indirecta también en su propia actividad empresarial.

La diferencia es entonces clara: en los delitos contra el "orden económico", la interpretación no podría tomar en cuenta a un "consumidor" entendido de manera individual, sino a "los consumidores" como "colectividad"[81]. Los casos de "ataque individual" vistos por la administración se asemejan más bien a los delitos tradicionales contra el patrimonio, especialmente la "estafa".

De todos modos, hubiera sido preferible incluir en el Código Penal una regla que aclare el concepto de "consumidor" presupuesto para efectos penales.

De lege lata, en los únicos tipos delictivos que atentan contra los intereses *económicos* de los consumidores en el Título IX del CP ["acaparamiento" (art.

---

[80] Así en la Res. 101-96-TDC (Cheenyi vs. Konica), segunda disposición resolutiva, segundo párrafo, pub. en "El Peruano" de 01-01-1997, p. 145643. El caso versaba sobre la adquisición con garantía de un laboratorio fotográfico a la denunciada, la cual no habría reparado la máquina impresora convenientemente, además de otros incumplimientos contractuales.

[81] Ya TERRADILLOS BASOCO destacaba que los tipos penales referidos al "consumidor" no pueden asumir el concepto administrativo, pues en el Derecho penal rige el "principio de realidad" según el cual son sujetos pasivos los descritos en los propios tipos penales; "Protección penal...", p. 16.

233), "especulación" (art. 234), "adulteración" (art. 235) y "fraude comercial" (art. 239)][82] se observa que la conducta delictiva no ataca directamente el interés de los consumidores, sino mayormente alguna regulación económica previamente establecida, como excepción a la regla general de la libre competencia, para garantizar el bienestar de los consumidores. En estos casos, en contraposición con los delitos contra la competencia (institución que también existe para beneficiar a los consumidores), podría hablarse de delitos contra las ***regulaciones económicas especiales*** o contra un ***equilibrio de mercado*** y no directamente de delitos contra los consumidores[83], pues muchos tipos penales no suelen exigir ni siquiera peligro concreto de desabastecimiento o de perjuicio económico en contra de ellos[84]. Más bien, los tipos penales, por

---

[82] Artículo 233º: *"El que acapara o de cualquier manera sustrae del comercio bienes de consumo o producción con el fin de alterar los precios, provocar escasez u obtener lucro indebido en perjuicio de la colectividad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con noventa a ciento ochenta días-multa".*

"Si se trata de bienes de primera necesidad, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa".

Artículo 234º: *"El productor, fabricante o comerciante que pone en venta productos considerados oficialmente de primera necesidad a precios superiores a los fijados por la autoridad competente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con noventa a ciento ochenta días-multa".*

"El que injustificadamente vende bienes o presta servicios a precio superior al que consta en las etiquetas, rótulos, letreros o listas elaboradas por el propio vendedor o prestador de servicios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año y con noventa a ciento ochenta días-multa".

"El que vende bienes que, por unidades tiene cierto peso o medida, cuando dichos bienes sean inferiores a estos pesos o medidas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año y con noventa a ciento ochenta días-multa".

Artículo 235º: *"El que altera o modifica la calidad, cantidad, peso o medida de artículos considerados oficialmente de primera necesidad, en perjuicio del consumidor, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con noventa a ciento ochenta días-multa".*

Artículo 236º: *"Si los delitos previstos en este capítulo se cometen en época de conmoción o calamidad públicas, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa".*

Artículo 239º: *"El que vende bienes o presta servicios, cuya calidad o cantidad son diferentes a los ofertados o a los consignados en los rótulos, etiquetas, letreros o listas elaboradas por la propia empresa vendedora o prestadora de servicios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con sesenta a ciento veinte días-multa."*

"El que vende bienes cuya fecha de vencimiento ha caducado, será reprimido con la misma pena".

[83] En el sentido de un delito contra los consumidores se manifiesta la doctrina española, siguiendo la clasificación establecida en el CP de 1995. Ver BACIGALUPO, "Curso ...", p. 290 y s.; también Martínez-Buján, "Derecho penal económico, parte especial", p. 116, quien sin embargo advierte la estrecha relación entre estos delitos y los de la libertad de competencia o libre mercado; ya antes MARTÍNEZ PÉREZ, "Consideraciones..." p. 67; *ídem*, "Los delitos relativos...", p. 336 y s. En cambio, establecen en principio correctamente la vinculación de estos tipos penales con el mecanismo de la competencia, Moreno Cánoves/Ruiz Marco, quienes se refieren a lo directamente atacado como "el equilibrio relativo entre la oferta y la demanda" y mediatamente al mercado y a los consumidores, p. 149 y s.; y también QUERALT, para quien se trata de un caso agravado específico de atentados contra la libertad de precios, "Derecho penal español, parte especial", Barcelona, 1996, p. 591, 593. En Argentina, lo ha entendido así prácticamente toda la doctrina; AFTALIÓN, p. 137; VERA BARROS, p. 18 y s.; MALAMUD GOTI, p. 22 y s., 42 y ss. Y también en Colombia, SANDOVAL HUERTAS, destacando un supuesto trasfondo ideológico de estas regulaciones del mercado protegidas (garantizar la mínima reproducción de las fuerzas de trabajo); ver p. 152 y s.

[84] El carácter formal de estos ilícitos también ha sido entendido así en la doctrina argentina. Ya AFTALIÓN afirmaba, refiriéndose al "agiotaje", que se trata de "una infracción a ciertas regulaciones o reglamentaciones económicas a las que el Estado, para reforzarlas, les ha conectado sanciones penales"; p. 137.

su propia naturaleza, exigen implícitamente alguna forma de regulación de precios, calidades, cantidades, etc., o, por lo menos, una "idoneidad" de la conducta para afectar el abastecimiento.

En realidad, estas figuras penales no son de aplicación principal en una "economía de mercado", sino son más bien propias de una economía planificada, donde la distribución y los precios de los productos son fijados, de manera excepcional, verticalmente por el Estado. En una economía de mercado, sin embargo, donde los precios de los productos son dejados al libre juego de la oferta y la demanda, el abastecimiento de los productos no tiene por qué verse perjudicado. Si alguien quisiera acaparar productos para influir en el precio o producir desabastecimiento, tendría que adquirir no solamente los productos de todas las marcas locales, sino también las de los productores extranjeros. Eso sería económicamente improductivo, a no ser que vaya acompañado de medidas que impidan el abastecimiento del mercado a través de otras empresas. Pero con esto ya estamos ante un ilícito (y delito, probablemente) contra la libre competencia[85]. Luego, por más intención que tenga el sujeto activo de desabastecer el mercado, alterar los precios u obtener ganancias indebidas, las conductas de acaparamiento o de especulación serán inidóneas dentro de una economía de mercado en condiciones normales de funcionamiento, y por lo tanto en ese marco impunes[86]. En cambio, en épocas de crisis, guerra o calamidades públicas (terremoto, maremoto, guerra civil), se tienen que dar usualmente regulaciones de mercado a fin de evitar el caos. Es aquí donde es posible que se produzcan las conductas típicas de acaparamiento y especulación, y que estas adquieran idoneidad para desabastecer el mercado. Y esto no atenta contra el bien jurídico tutelado, incluso si se entiende que este consiste exclusivamente en el "interés de los consumidores"[87].

---

[85] Por eso, observa acertadamente MARTÍNEZ-BUJÁN que el delito de "detracción de materias primas o productos de primera necesidad" del art. 281 del nuevo CP español también puede ser cometido a través de una "concertación" o de un "abuso de posición dominante en el mercado"; ver p. e., p. 116. Pero esta no es la esencia del delito estudiado, pues para dichas conductas, la legislación penal peruana ya prevé un tipo penal específico: el "abuso de poder económico" (art. 232 CP).

[86] Resulta ilustrativa la crítica acertada de AFTALIÓN que solamente puedo suscribir: "En el plano de las posibilidades, cabe admitir que la política económica del Estado sea liberal o intervencionista o una combinación ponderada de ambas tesis. Pero lo que es irrazonable es que con relación a una determinada actividad o mercadería el Estado sustente a la vez una política liberal –al no fijarle precios ni márgenes– e intervencionista –al hacer posible su incriminación a título de agio–. Se opone a ello el elemental principio lógico de contradicción, según el cual una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo", p. 145; también MALAMUD GOTI, p. 22. Ya en los años 80, TIEDEMANN criticaba la tendencia latinoamericana de prever estos tipos penales, pese a su incongruencia con un sistema de economía de mercado y explicaba cómo en Alemania, tipos penales similares introducidos poco después de la Segunda Guerra Mundial (1949) han sido derogados en 1954 cuando la economía de mercado comenzó a reemplazar a la economía planificada; ver "Poder económico y delito", p. 22. Las infracciones sancionadas por la continuamente modificada "Ley de derecho penal económico" de 1954 prevé sobre todo contravenciones administrativas (arts. 3 a 5 WiStG). Ver también PEDRAZZI, p. 293 y s.

[87] Así la crítica de MARTÍNEZ-BUJÁN a la tendencia aquí defendida y representada en Italia por Pedrazzi, en "La protección penal", p. 282; también antes MARTÍNEZ PÉREZ, "Los delitos relativos", p. 379 y s.

Ahora bien, pese a esta realidad, se produce una dificultad interpretativa. Como el art. 236 CP peruano agrava la pena cuando los hechos se hubieran cometido en caso de "*conmoción o calamidad públicas*", los tipos básicos deberán referirse a hechos producidos contra regulaciones económicas generales *en épocas de crisis económicas y políticas no causadas por fenómenos naturales* (conmoción o calamidad pública)[88]. Así deben ser entendidos también los casos de "especulación" que se refieren, sin establecer cuantía alguna, a ventas de bienes por encima de precios fijados en el mismo producto, o por debajo del peso o medida o cantidades fijados en el mismo bien o en sus envases o embalajes (art. 234, segundo a cuarto párrafos), pues en caso contrario se estaría ocupando al Derecho penal en casos de "minucia" que ni siquiera tendrían idoneidad para atentar contra el bien jurídico (p. ej. el bodeguero que oculta un par de sacos de arroz para crear una escasez artificial y exigir un precio mayor). En épocas de normalidad tendría que existir un despliegue de enorme poder económico, basado en una especie de "posición de dominio" del sujeto activo[89] para que su conducta atente de verdad contra los intereses de los consumidores; pero ya se dijo que estos casos son abarcados por las normas y el tipo penal referidos a la "libre competencia".

No se quiere decir con esto que las figuras de "acaparamiento", "especulación" y "adulteración" deban ser eliminadas del CP. Su presencia siempre será necesaria para épocas en que se produzcan regulaciones estatales del mercado, o para aquellos sectores del mercado que, incluso en épocas normales, tienen una regulación ("áreas de excepción"). Pero los tipos penales deberían ser estructurados mencionando estas características.

Finalmente, también la tipificación de cada una de las conductas merece observaciones críticas[90]:

> En el delito de acaparamiento, podría incluirse una "cuantía mínima" como condición objetiva de punibilidad para restringir la persecución penal a los casos verdaderamente graves y debería aclararse el significado de los "bienes de primera necesidad" del supuesto agravado.
>
> En el delito de especulación habría que distinguir dos grupos. El primer párrafo se refiere a un atentado contra la regulación de precios (agiotaje); y los demás párrafos, a la veracidad de la calidad o cantidad de los pro-

---

[88] Ver una argumentación más extensa, c. más ref. en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 204 y ss.

[89] Así interpreta MALAMUD GOTI, los tipos penales sobre control de precios y protección del consumidor, ver cit., p. 42 y ss.

[90] Al respecto, ver ya mi análisis previo en "Derecho penal económico. Parte especial", p. 210 y ss.

ductos o servicios ofrecidos. En el agiotaje, se exige una cualidad en los sujetos activos (productor, fabricante o comerciante) y la preexistencia de "precios oficiales" y de listas oficiales de "productos de primera necesidad". Para guardar coherencia con el tipo de "acaparamiento", pudo haberse precisado (dando algunos criterios) cuáles son estos productos, sin excluir los que además sean definidos por la propia ley. Además, pudo haberse previsto expresamente el caso de agiotaje cometido en épocas normales en "ámbitos de excepción"; p. ej. a través de los servicios de telefonía, suministro de luz y de agua. Los demás supuestos son realmente dudosa necesidad, pues se asemejan mucho a supuestos de "estafa" de baja cuantía, producida en la venta de productos o servicios en el mercado.

En el delito de "adulteración" de productos, hay también un atentado contra una regulación previa de la calidad, la cantidad o el peso de los bienes de primera necesidad mencionados en una lista oficial. Al respecto rige la observación ya hecha sobre la necesidad de una lista oficial de los bienes de primera necesidad. Tampoco es necesaria la técnica del "delito especial" (autores del delito: "productor", "fabricante" o "comerciante"), lo cual genera más bien problemas de autoría y participación.

Por último, en el "fraude comercial", al parecer se protege no solamente al "consumidor final", sino a cualquier consumidor (incluso empresas productoras). También es positivo que se refiera directamente a un autor del delito en relación con productos de una empresa vendedora o prestadora de servicios, para la cual trabaja (sin exigir vínculo formal de representación como en el art. 27 CP). Por lo demás, debe observarse que muchos de sus supuestos ya están contenidos en los de la "especulación" (tercer y cuarto párrafos) y en la "adulteración" de productos, si bien la diferencia parece estar en cuanto al sujeto pasivo de aquellos (el consumidor final). Pero por razones de mínima lesividad, como ya se dijo, los supuestos similares del delito de "especulación" deberían ser eliminados.

2.4. Protección de los derechos de autor

Uno de los problemas más acuciantes del Derecho penal económico peruano es la falta de una efectiva protección de los "derechos de autor". Lo paradójico es que se suela afirmar que nuestra legislación administrativa y penal están dentro de las más modernas del mundo.

Pero, por lo menos en el campo penal, esta afirmación no resiste a un análisis crítico del Código Penal[91]. En primer lugar, llama la atención el *desor-*

[91] Ver anteriormente ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 275 y ss.

den sistemático del legislador peruano. Al principio, se separan claramente los ilícitos en "actos de extralimitación" de una licencia concedida por el autor de una obra (art. 216)[92] de los "actos sin autorización alguna" (art. 217)[93]. Pero después ya no se puede seguir el criterio del legislador, pues no se sabe si se está ante tipos agravados, atenuados o autónomos. Así en los arts. 218 y 220 se tienen auténticas circunstancias agravantes ("ánimo de lucro" y "pertenencia a una organización delictiva" y calidad de "funcionario público") mezcladas con supuestos autónomos e incluso de dudosa lesividad al bien jurídico "derechos de autor", como la "realización indebida de actividades de entidades de gestión colectiva" (art. 220, lit. b)[94]. Y el artículo 219 prevé como un su-

---

[92] *Artículo 216º CP peruano: "Será reprimido con pena privativa de libertad de uno a tres años y de diez a sesenta días-multa, a quien estando autorizado para publicar una obra, lo hiciere en una de las formas siguientes:*

- *a. Sin mencionar en los ejemplares el nombre del autor, traductor, adaptador, compilador o arreglador.*
- *b. Estampe el nombre con adiciones o supresiones que afecte la reputación del autor como tal o, en su caso, del traductor, adaptador, compilador o arreglador.*
- *c. Publique la obra con abreviaturas, adiciones, supresiones, o cualquier otra modificación, sin el consentimiento del titular del derecho.*
- *d. Publique separadamente varias obras, cuando la autorización se haya conferido para publicarlas en conjunto; o las publique en conjunto cuando solamente se le haya autorizado la publicación de ellas en forma separada.*

[93] *Artículo 217º CP peruano: "Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años y con treinta a noventa días-multa, el que con respecto a una obra, una interpretación o ejecución artística, un fonograma o una emisión o transmisión de radiodifusión, o una grabación audiovisual o una imagen fotográfica expresada en cualquier forma, realiza alguno de los siguientes actos, sin la autorización previa y escrita del autor o titular de los derechos:*

- *a. La modifique total o parcialmente,*
- *b. La reproduzca total o parcialmente por cualquier medio o procedimiento*
- *c. La distribuya mediante venta, alquiler o préstamo público.*
- *d. La comunique o difunda públicamente por cualquiera de los medios o procedimientos reservados al titular del respectivo derecho.*
- *e. La reproduzca, distribuya o comunique en mayor número que el autorizado por escrito.*

[94] *Artículo 218º CP peruano: "La pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años y sesenta a ciento veinte días-multa cuando:*

- *a. Se dé a conocer a cualquier persona una obra inédita o no divulgada, que haya recibido en confianza del titular del derecho de autor o de alguien en su nombre, sin el consentimiento del titular.*
- *b. La reproducción, distribución o comunicación pública se realiza con fines de comercialización o alterando o suprimiendo el nombre o seudónimo del autor, productor o titular de los derechos.*
- *c. Conociendo el origen ilícito de la copia o reproducción, la distribuya al público por cualquier medio, la almacene, oculte, introduzca en el país o la saca de éste.*
- *d. Se fabrique, ensamble, importe, modifique, venda, alquile, ofrezca para la venta o alquiler, o ponga de cualquier otra manera en circulación, dispositivos, sistemas, esquemas o equipos capaces de soslayar otro dispositivo destinado a impedir o restringir la realización de copias de obras o a menoscabar la calidad de las copias realizadas, o capaces de permitir o fomentar la recepción de un programa codificado, radiodifundido o comunicado en otra forma al público, por aquellos que no estén autorizados para ello.*
- *e. Se inscriba en el Registro del Derecho de Autor la obra, interpretación, producción o emisión ajenas, o cualquier otro tipo de bienes intelectuales como si fueran propios o como de persona distinta del verdadero titular de los derechos.*

Artículo 220º CP peruano: Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y noventa a trescientos sesenta y cinco días-multa:

puesto independiente el delito de "plagio"[95]. Una sistemática más correcta debería identificar claramente los tipos básicos y construir a partir de ellos los supuestos agravados y atenuados. Para lo primero podría tomarse como paralelo la clasificación administrativa referida al "aspecto" del derecho de autor o derecho conexo que se afecta: el aspecto moral (derecho de paternidad, de integridad, etc.) o el aspecto patrimonial (explotación económica).

En segundo lugar, se nota una clara tendencia en el CP peruano a la *sobrerrepresión* manifestada principalmente en los supuestos del art. 216. Por un lado, los actos de *extralimitación de una autorización* sobre derechos de autor, donde el ataque se dirige contra derechos morales distintos del "derecho de paternidad" de la obra, no reúnen suficiente lesividad como para merecer sanción penal[96]. Estos supuestos solamente deberían ser perseguidos administrativamente o deberían, en todo caso, ser modificados introduciendo circunstancias especiales que denoten un mayor injusto: ánimo de lucro, daño especial, habitualidad, etc.

En tercer lugar, es criticable la extraordinaria *amplitud de los tipos penales* peruanos. La protección penal que se brinda al bien jurídico "propiedad intelectual" es, desde la perspectiva de la conducta típica, casi tan grande como la que se da a bienes jurídicos tan importantes como p. ej. la libertad individual (delito de coacciones) o la vida humana dependiente (el delito de aborto, que en el Perú siempre debe ser doloso). Por cierto que en la interpretación de los tipos penales deben integrarse interpretativamente las limitaciones a los dere-

---

a. *Quien se atribuya falsamente la calidad de titular originario o derivado de cualquiera de los derechos protegidos en la legislación del derecho de autor y derechos conexos y, con esa indebida atribución, obtenga que la autoridad competente suspenda el acto de comunicación, reproducción o distribución de la obra, interpretación, producción, emisión o de cualquier otro de los bienes intelectuales protegidos.*
b. *Quien realice actividades propias de una entidad de gestión colectiva de derecho de autor o derechos conexos, sin contar con la autorización debida de la autoridad administrativa competente.*
c. *El que presente declaraciones falsas en cuanto certificaciones de ingresos, asistencia del público, repertorio utilizado, identificación de los autores, autorización supuestamente obtenida, número de ejemplares producidos, vendidos o distribuidos gratuitamente o toda otra adulteración de datos susceptible de causar perjuicio a cualquiera de los titulares del derecho de autor o conexos.*
d. *Si el agente que comete el delito integra una organización destinada a perpetrar los ilícitos previstos en el presente capítulo.*
e. *Si el agente que comete cualquiera de los delitos previstos en el presente capítulo posee la calidad de funcionario o servidor público.*

[95] *Artículo 219º CP peruano: "Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años y sesenta a ciento ochenta días-multa, el que con respecto a una obra, la difunda como propia, en todo o en parte, copiándola o reproduciéndola textualmente, o tratando de disimular la copia mediante ciertas alteraciones, atribuyéndose o atribuyendo a otro la autoría o titularidad ajena".*

[96] Así FERRÉ OLIVÉ, "Delitos contra los derechos de autor", p. 99, nota 21, pero con base en los tipos penales españoles del anterior y del actual Código Penal no parecen dejar dudas sobre la decisión político-criminal del legislador de excluir dichas conductas del campo de lo punible.

chos de explotación previstas en la norma administrativa, lo cual resta alcances a los tipos penales, pues permite en algunos casos que los sujetos actúen sin autorización del autor o del titular (arts. 23, 41 y ss. D. Leg. 822); p. ej. cuando ha caducado el derecho de explotación 70 años después del fallecimiento del autor (art. 52 D. Leg. 822).

Pero aún así los tipos son demasiado amplios. Si se hubiera atendido a la jerarquía del bien jurídico, a los principios de mínima intervención, de fragmentariedad y proporcionalidad, se debió haber restringido los tipos básicos a las conductas más graves como las intencionales (dolo directo) y las realizadas con "ánimo de lucro"; para la agravación, podría pensarse en la "especial trascendencia económica" de las copias ilícitas (su valor o número) y el daño grave al autor (patrimonial y/o moral) autor[97].

La amplitud de los tipos penales permite en cambio comprender los casos de comercialización ilegal de obras difundidas por internet. En efecto, los tipos penales no dependen del modo como se obtiene la obra o interpretación, ni en qué *corpus mechanicum* se asienta esta (CD, casete, papel, etc.). Las nuevas tendencias amenazantes provenientes del internet, si bien implican en buena medida una "democratización" saludable de la información, no pueden considerarse como delincuencia de bagatela, sobre todo cuando favorece y es aprovechada por grupos altamente organizados y equipados, y cuando se convierte en costumbre en el ámbito empresarial[98]. La protección artesanal de los derechos de autor surgidos en la segunda mitad del siglo XIX no preveía todas las nuevas posibilidades de afectación a los intereses patrimoniales (mayores ahora que antes) de los titulares; por eso, precisamente, las conductas delictivas en la actualidad son motivadas fundamentalmente por el "ánimo de lucro" y no por el deseo de democratizar la sociedad[99]. Esta finalidad puede ser lograda también por la vía legal, sin tener que afectar los derechos de los legítimos titulares.

Lo que sí debe quedar claro es que, al igual que en los casos usuales, la obtención de obras e interpretaciones de la red para usos privados no encaja en los tipos penales y también resulta dudoso que sea un ilícito administrativo en el caso del usuario que "baja" canciones de la red. Sí constituye ilícito penal o

---

[97] Véase sobre este y otros criterios de agravación en el CP español antiguo, cuya indeterminación provocó algunas discusiones, GONZÁLEZ RUS, p. 285; BUSCH, p. 226 y ss.; LATORRE, p. 168 y ss.; MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, p. 70 y ss.; QUERALT, "Derecho penal español", p. 423 y ss.

[98] BUSCH, 1995, p. 33 y s. El perjuicio causado a fabricantes y distribuidores de software en Alemania durante 1992 se calcula entre uno y dos millones de marcos (aproximadamente de 700,000 a 1,4 millones de dólares), y en España en unos 2,9 billones de pesetas (unos 2 millones de dólares); ver p. 33.

[99] Así GIMBERNAT, "Consideraciones...", p. 353.

administrativo comercializar la música bajada de internet a terceros. Este fenómeno se está extendiendo rápidamente en nuestro país. Se está buscando alguna forma de control internacional de estas transacciones, pues al fin y al cabo permiten un gran daño a los derechos de explotación del titular (p. ej. en formato MP3 un solo CD puede contener hasta 150 canciones bajadas de la red). Para ello sería necesario integrarse a los tratados de la ONPI sobre estos asuntos.

En cuarto lugar resulta criticable que el legislador peruano no haya incluido como *supuesto de agravación* o como tipo independiente la "piratería" (reproducción sin autorización) realizada por *grupos organizados*. Según investigaciones realizadas por la Asociación Protectora de los Derechos Fonográficos del Perú (APDIF-Perú), la piratería de casetes y CD's musicales sería manejada por cinco o seis grandes grupos, que congrega personas de una elevada preparación intelectual y que "aprovechándose de personas de escasos recursos económicos, los utilizan para distribuir y comercializar este tipo de producto"[100].

En quinto lugar, también en el *aspecto sancionatorio* el CP peruano carece de imaginación. Una medida muy alabada precisamente en contra de este tipo de delitos es la "publicación de la sentencia" a pedido del agraviado y a costa del condenado. La razón de ser de esta medida está en la información a terceros, sobre todo cuando se atenta contra el aspecto moral del derecho de autor respectivo, y en el verdadero carácter de sanción que tendría esta medida[101].

Un "vacío" serio es la ausencia de una regulación expresa en el Código Penal sobre cómo debe calcularse la *responsabilidad civil* para este tipo de delitos. No solamente se trata del perjuicio ocasionado, sino también de los beneficios obtenidos con el delito al explotar derechos de autor sin pagar lo que le corresponde al titular. Debió haberse previsto que, para estos casos, debería recurrirse a lo dispuesto en la legislación extrapenal (art. 193 y 194, D. Leg. 822).

Lo mismo puede decirse de toda una serie de "*medidas cautelares y accesorias*" previstas en esta legislación (arts. 176 y ss., D. Leg. 822), pues el art. 221 CP resulta insuficiente. Solamente en cuanto a la incautación y entrega de ejemplares lícitos, se establece la posibilidad de que estos sean entregados al perjudicado, sin que ello exima del pago de la indemnización correspondiente (art. 221). No obstante, este artículo no está completo, pues se olvida de otros delitos contra los derechos de autor, donde no se reproducen ejemplares

---

[100] Ver en "A la caza de los informales", en "Unidos por la música", suplemento contratado, "El Comercio", diario peruano, 16-12-2000, p. 6, col. der.

[101] GONZÁLEZ RUS, p. 288 y s.; la considera solamente una medida cautelar sui generis próxima a la reparación civil BUSCH, c. más ref., p. 241. QUINTERO OLIVARES considera que también se debería otorgar la facultad de solicitar esta medida al absuelto; ver en "Comentarios ...", p. 1229 y s.

ilícitos (o sea, obras escritas), sino cualquier otra obra (casetes, discos, etc.) o donde el ilícito no constituya en la reproducción de objetos, pero donde el sujeto activo sí obtiene ganancias ilícitas. Para estos casos no queda más remedio que acudir a las reglas generales sobre decomiso de ganancias (art. 104), el cual tiene la desventaja de referirse solamente a ganancias de personas jurídicas y de vincular el decomiso al pago de la reparación civil.

Finalmente, más que un vacío debe considerarse como defecto del Derecho penal peruano el reconocimiento implícito de la ***doble sanción*** (penal y administrativa) para los atentados contra los derechos de autor expresado en el art. 173 del D. Leg. 822. En efecto, al decirse que la investigación administrativa es independiente de la penal y de la civil, se puede llegar a sancionar a la misma persona dos veces por el mismo ilícito cometido. Se ha desaprovechado la oportunidad de vincular al Derecho administrativo con el Derecho penal a través de una regulación expresa de fórmulas procesales para evitar violar el principio *"ne bis in idem"*, tal ya se ha visto al analizar los aspectos generales.

De todos los grupos de ilícitos penales contra los "derechos de autor", preocupa notablemente el aumento de la llamada *"piratería"*. Con ella se refiere a todo tipo de reproducción ilícita de obras o interpretaciones, sin autorización del autor o del titular. Es decir, visto sistemáticamente solamente se trata de un pequeño grupo de ilícitos. No obstante, su frecuencia es alarmante a nivel mundial. Y no solamente se "piratean" obras literarias y musicales (mediante casetes y discos compactos), sino también videos y sobre todo programas de computación (software) y hasta elementos de la propiedad industrial[102]. Según los últimos datos, el daño estimado al Fisco peruano en 1999 es de 40 millones de dólares y el 90 por ciento del mercado musical es dominado por "piratas"[103]. En cuanto a las obras literarias, se calcula que el 75 por ciento de los libros vendidos proviene de reproducciones ilícitas. La situación ha empeorado tanto que últimamente se ha estimado que ahora por cada libro legalmente vendido se venden seis de edición pirata, y que anualmente se piratean tres mil títulos de todo tipo, lo cual habría llevado además a una dramática reducción de las librerías: en todo el país apenas quedarían 40 librerías[104].

No solamente se trata de un problema legal, pues el D. Leg. 822 es uno de los más radicales que existen, dado que protege los derechos autor de manera

---

[102] Para el caso de las marcas se ha estimado que el 80 por ciento de las prendas de vestir que se comercializan en el sector informal peruano, se refiere a marcas falsificadas. Y cuatro de cada cinco prendas comercializadas en el mercado nacional utilizan marcas falsificadas. Ver "El Expreso" de 15-11-2000, p. 5.

[103] Datos aparecidos en el artículo "A la piratería dile no" de "El Comercio" de 20-09-99, p. a13.

[104] Datos citados por BRYCE ECHENIQUE en "La propiedad que no se ve", revista "Somos", Nº 729, diario "El Comercio" de 25-11-2000, p. 74.

casi desmedida y draconiana[105]. Tampoco se trata tanto de la ineficacia en la persecución penal por parte de las autoridades o incluso de su complicidad con los piratas de gran escala. Incluso las campañas contra la piratería que se emprenden de tiempo en tiempo no logran desterrarla por completo, que retrocede un poco; apenas esta campaña pierde constancia (y ello es inevitable debido a su elevado costo), nuevamente prolifera la venta de obras (sobre todo libros y CD's musicales) en todo el país.

Ciertamente, en la protección de la propiedad intelectual juega un papel importante la "decisión política" del Estado para incentivar la protección de los derechos de autor; p. ej. dotando de infraestructura idónea a los órganos de persecución penal u organizándolos mejor, pero es innegable, por un lado, que la tecnología facilita la reproducción ilegal de las creaciones y que, no raras veces, los mismos productores legales, debido a su inflexibilidad, permiten a un "pirata" flexible en cuanto precio, calidad, cantidad y otras características del producto. P. ej. en el caso de los productores de fonogramas, dado que solamente pueden explotar éxitos musicales de productores determinados y, a veces, en una cantidad restringida, se ven limitados cuando quieren ofrecer su producto; el pirata utiliza indistintamente éxitos de uno u otro productor y ofrece un producto más atractivo al cliente[106].

Y también existe un problema de "educación", pues el "mercado" constituido por los consumidores potenciales de productos piratas no suelen mostrar casi ninguna inhibición, salvo la que es motivada por las consecuencias legales represivas, al momento de preferir la adquisición de productos pirateados en vez de comprar productos lícitos[107].

Pero esta concepción perfectamente concebible en un país desarrollado se estrella con la realidad de un subdesarrollado. Si a un padre de familia, con un sueldo mensual que en la mayoría de los casos de la clase media (la inmensa mayoría de peruanos de las clases menos favorecidas ni siquiera podrían pagar el precio de los productos pirateados) no supera los 300 dólares mensuales,

---

[105] También esta imagen es la que se proyecta a la comunidad; ver BRYCE ECHENIQUE, quien denuncia más bien como causa del problema la inoperancia de las autoridades y de su supuesta complicidad con las grandes mafias de la piratería, p. 75.

[106] Así lo reconoce también el asesor legal del Comité de Productores de Fonogramas y Videogramas del Perú (COPERF), en "La Piratería empobrece al artista" (entrevista), en "Unidos por la música", suplemento contratado de "El Comercio", de 16-12-2000, p. 3.

[107] El Indecopi parece entender que el problema fundamental es "educativo" y está realizando un programa de capacitación docente en todo el país, así como una campaña dirigida a los niños para inculcarles el respeto a la propiedad intelectual; ver "Evitar la ilegalidad es responsabilidad de todos", en "Unidos por la música", suplemento contratado de "El Comercio", 16-12-2000, p. 2.

tendría que pagar unos 20 o 30 dólares por un libro o CD legales, y se le ofrece una reproducción pirateada de calidad similar por un precio 5 o 6 veces inferior, constituye prácticamente pedir un acto de heroísmo exigir de él que siempre prefiera al primero. Si el acceso a la cultura es un bien o incluso un derecho fundamental, ¿cómo se le puede negar a quien incluso está dispuesto a pagar una suma por una copia pirata que, comparativamente, sería incluso superior a la que paga un alemán o un español por una obra legal en su país?

Lo absurdo de la argumentación tradicional en nuestros países para combatir exitosamente la piratería resalta todavía más cuando se observa que el propio sistema de economía de mercado, donde se protegen aparentemente los "derechos de autor", también permite la fabricación y comercialización de aparatos para la reproducción indiscriminada de obras. Si a esto se agregan los elevados derechos de autor exigidos, los bajos ingresos de los consumidores en países como los nuestros y las propias exigencias de una sociedad altamente competitiva que premia al más capaz y "productivo" (sin importar en principio cómo llegó a ello), sería hipócrita pretender solamente recurrir al Derecho penal para solucionar un conflicto de carácter evidentemente estructural; así como el origen del problema es fundamentalmente económico, la solución también debe ser dada por esa vía. El problema claramente deja de ser meramente ético, moral o jurídico. Su trasfondo es a todas luces sobre todo económico.

Por eso, las propuestas y respuestas meramente penales no tienen ni tendrán nunca perspectivas de éxito. Cuando se argumenta en el Perú que las penas son demasiado leves (de 2 a 4 años de prisión), pues permitirían el empleo de la suspensión condicional de la condena (uno de cuyos requisitos es que la pena impuesta no supere los 4 años de prisión) y que por ello habría que elevarlas[108], se olvida que la mayoría de los tipos de delitos contra los derechos de autor prevé máximos de pena superiores a los 4 años: de 2 a 6 años en el art. 217, de 2 a 8 años en los arts. 218 y 219, y de 4 a 8 años en el art. 220 CP peruano. Además, la suspensión condicional de la condena, según el art. 57 CP no es obligatoria; es más, ni siquiera debería ser la regla general y solamente debería ser empleada cuando se fundamente que la medida tendrá positivos efectos preventivo-especiales. Precisamente en el caso de delincuentes económicos, la doctrina argumenta que una pena corta de privación de libertad tiene mejores efectos preventivos que en los demás delincuentes. Por cierto que, en toda esta argumentación, no hay que olvidar la realidad de las cárceles peruanas. Si ya la imposición (posible) de penas privativas de libertad inferiores a 4

[108] Se encasilla en esta única vía de solución la Asociación Protectora de los Derechos Fonográficos (APDIF-Perú), a través de su Director General; ver "A la caza de los informales", p. 6.

años implica un gravísimo perjuicio para el condenado, debido al lamentable estado de las prisiones peruanas, elevar el mínimo de pena más aún para negar toda posibilidad de aplicación de medidas sustitutivas de la prisión, causaría más perjuicios que los que busca solucionar.

Para el caso de las "fotocopias" de obras literarias o científicas, p. ej., se ha buscado una solución consistente en la creación de una compensación económica a los autores ("canon")[109]. Esta se impone a los fabricantes o importadores de equipos de reproducción, de tal manera que este sobrecosto de la reproducción compensa a los autores de las obras. Esa es la solución adoptada en el art. 25 de la Ley de propiedad intelectual española[110]. Y también se ha recomendado para el caso de los disquetes vacíos con la finalidad de compensar económicamente a los titulares de programas de ordenador[111]. Se sugiere que este "canon" se haga extensivo para toda actividad tendente a la reproducción de obras; p. ej. en el caso de casetes, discos compactos, disquetes y los respectivos aparatos reproductores.

2.5. Protección de la propiedad industrial

La "propiedad industrial" también ha sido considerada como un bien jurídico protegido de manera independiente en el CP peruano. Comparte con los "derechos de autor" el hecho de ser producto de la inventiva humana y su posibilidad de divulgación, pero se diferencia por su directa finalidad de aplicación comercial o industrial y su estrecha relación con la competitividad de las empresas[112].

La protección penal aparecía, entonces, como una decisión político-criminal de proteger más aún el sistema económico de economía de mercado a través de una protección penal, adicional a la administrativa, de elementos necesarios para la competitividad de las empresas como la "propiedad industrial". Pero en esta protección penal saltan a la vista *vacíos de protección penal*

---

[109] Sobre esta y otras propuestas en el ámbito europeo, ver GÓMEZ BENÍTEZ/QUINTERO OLIVARES, p. 58 y ss.

[110] Dice este art. 25 en lo esencial: "1. Los autores de obras públicas en forma de libro, fonograma o en cualquier otro soporte sonoro o visual, juntamente con los editores o productores de dichas obras y con los artistas, intérpretes o ejecutantes, cuyas actuaciones se hallen fijadas en las mismas, tendrán derecho a participar en una remuneración compensatoria por las reproducciones de tales obras efectuadas exclusivamente para uso personal por medio de aparatos técnicos no tipográficos." "2. Dicha remuneración se exigirá de los fabricantes o importadores de equipos y materiales destinados a su distribución comercial en España, que permitan la reproducción de obras para los fines señalados en el apartado anterior...".

[111] MEIER, p. 665, col. derecha.

[112] Más al respecto, c. más ref., en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 340 y ss., 345 y ss.

de la propiedad industrial. En comparación con otras legislaciones extranjeras[113], no es comprensible la decisión del legislador de considerar algunos elementos constitutivos de la propiedad industrial y no otros.

Los tipos penales peruanos se refieren solamente a "patentes de invención" (art. 222)[114], "diseño o modelo industrial" (arts. 223 y 224)[115], y "marcas" (art. 225)[116]. Como la técnica utilizada es la "remisión interpretativa", los conceptos de los tipos penales deben ser interpretados a la luz del Derecho extrapenal, en especial de la Ley sobre Propiedad Industrial (D. Leg. 823). Si se procede de esta manera se descubre un grave defecto conceptual: el CP se refiere obviamente a "diseño industrial" y "modelo industrial", pero en el Derecho extrapenal, el "modelo industrial" es una forma de "diseño industrial", conjuntamente con los "dibujos industriales". En cambio, es un elemento independiente de la propiedad industrial el "modelo de utilidad", al cual el legislador penal peruano no se ha referido expresamente[117].

Por otro lado, también se ha atentado contra una sistemática racional, pues no se deja entrever por qué se colocan bajo el mismo tipo y con la misma sanción penal conductas tan disímiles como por ejemplo la "reproducción" de diseños o modelos industriales y la "exposición para la venta" de imitaciones o copias ilegales de aquellos (art. 223°), o la reproducción y el uso de marcas imitadas o reproducidas ilegalmente con la puesta en venta o el depósito de productos que incluyan estas marcas (art. 225).

---

[113] En el CP español, aparte de proteger las patentes y modelos de utilidad (art. 273) y las marcas (art. 274), también las "denominaciones de origen" o "indicaciones geográficas" (art. 275) y las "patentes secretas" (art. 277). Al respecto ver ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 398 y ss.

[114] *Artículo 222°: "El que fabrica producto o usa un medio o proceso patentado de fabricación, sin estar autorizado por quien tiene derecho a hacerlo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, con sesenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, inciso 4".*

[115] *Artículo 223°: "El que, sin autorización, reproduce por cualquier medio, en todo o en parte, diseño o modelo industrial registrado por otro o vende o expone a la venta objeto que es imitación o copia del modelo legalmente registrado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, con sesenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, inciso 4".*

Artículo 224°: "El que usa en modelo o diseño industrial una expresión que lo acredite falsamente como titular del derecho o menciona en anuncio o medio publicitario como registrado diseño o modelo que no estuviera, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, con sesenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, inciso 4".

[116] *Artículo 225°: "El que reproduce, indebidamente, en todo o en parte, artículo industrial con marca registrada por otro o lo imita de modo que pueda inducir a error o confusión o el que, a sabiendas, usa marca reproducida o imitada o vende, expone a la venta o tiene en depósito productos con marca imitada o reproducida, en todo o en parte o productos que tengan marca de otro y no hayan sido fabricados por el agente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, con sesenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, inciso 4".*

[117] Ver con más detalle ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 364 y ss.

Una reforma debe empezar por identificar claramente los elementos de la propiedad industrial que se quieren proteger (patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales y marcas). Luego, al igual que para el grupo de delitos anteriormente analizado, una tipificación separada de conductas que atenten contra aspectos morales (actos de usurpación) y aspectos patrimoniales (actos de explotación indebida). Pero además deben distinguirse claramente los supuestos básicos de los agravados y atenuados. Tienen que distinguirse y reprimirse con mayor severidad los actos de producción de los bienes, de los actos de comercialización, así como de aquellos que suponen una mera complicidad (el depósito, el traslado de los bienes, etc.). Por otro lado, debe afirmarse la necesidad de una tipificación autónoma de estas últimas conductas, pese a que objetivamente puedan parecer meros actos de complicidad, pues dejar que rijan para ellas las reglas de "autoría y participación" resultaría insuficiente por razones de "accesoriedad limitada" (si p. ej., como frecuentemente sucede en el caso de la "piratería organizada", solamente se descubre la conducta cómplice, mas no se determina una conducta punible del autor).

La *penalidad* prevista en el CP peruano para los delitos contra la propiedad industrial parece suficientemente adecuada. El máximo de 4 años de pena privativa de libertad no es exagerado, si se tiene en cuenta que la parte especial del CP peruano permite al juez adoptar una serie de medidas alternativas a la prisión e incluso a la condena. No obstante, se echan de menos medidas accesorias especiales para este tipo de delitos. Si bien en lo referente al "decomiso" todavía pueden aplicarse las reglas de la parte general (art. 104), podría haberse facultado al juez para entregar los bienes materia del delito al titular perjudicado o imputarlos como parte de la reparación civil.

La *publicidad de la sentencia* también podría ser introducida, siempre que la parte perjudicada no se oponga a ello (p. ej. para no dañar su prestigio)[118]; este vacío es tanto más grave, porque la ley administrativa no contempla la publicidad de las resoluciones o que sí se concede en casos de competencia desleal y publicidad engañosa como "rectificación publicitaria".

Por otro lado, tampoco se entiende la mayor o menor gravedad de las conductas típicas, pues prácticamente todas son sancionadas con la misma pena: privación de la libertad no menor de uno (salvo en el caso de usurpación de patentes, en que el minimum es de 2 años) ni mayor de cuatro años, 60 a 365 días multa e inhabilitación. Por el contrario, deberían preverse ***tipos agravados*** en función de la mayor peligrosidad o perjuicio de la conducta típica; p. ej. si se trata de marcas de productos relacionados con la vida y la salud de las

[118] Esto también lo propone TERRADILLOS BASOCO, "Derecho penal de la empresa", p. 162.

personas (marcas de pastillas de frenos para automóviles, de extinguidores de incendios, de productos farmacéuticos, etc.), o si la reproducción, comercialización, etc., se hace a gran escala.

Actualmente se observa que hay una ***protección penal indiscriminada***, pues no importaría la cuantía, ni la gravedad de la conducta. P. ej. es igualmente reprimible penalmente el vendedor ambulante que vende algunos cuantos productos de marca falsificada, que aquel fabricante que reproduce y distribuye gran cantidad de productos falsificados. Para estos casos, debería preverse alguna medida descriminalizadora en función de una "mínima culpabilidad" o de una "colaboración eficaz" en la persecución de los autores principales. Esto sería tanto más sustentable si se tipificara la conducta del "vendedor ambulante" en un tipo penal autónomo como tipo atenuado.

Lo que sí es positivo es que no se haya incluido la *denuncia privada* previa como condición objetiva de perseguibilidad de los delitos. Y ello es evidentemente necesario por cuanto no es solamente el interés individual del titular el que está en juego, sino también el de los consumidores y del mercado en general[119]. Ahora bien, tampoco deja de tener razón la afirmación en el sentido de que, como el principal afectado e interesado en la persecución penal es el titular de la propiedad industrial, por razones de mínima intervención, el Derecho penal debería abstenerse cuando el titular prefiere la solución civil y administrativa[120]. Como penalmente no puede hablarse aquí propiamente de un "consentimiento" como causa de justificación, dado que ha sido dado con posterioridad al ilícito y solamente lo ha otorgado uno de los sectores involucrados en el bien jurídico, la solución a esta vía podría estar en una "causa de levantamiento de pena" o en una renuncia a la persecución penal por razones de "necesidad de pena". El primer supuesto no está previsto expresamente en nuestra legislación penal, pero para el segundo existe en el art. 2 CPP peruano la institución del "principio de oportunidad" para casos de bagatela en los cuales el "mínimo de pena" no supere los 2 años de privación de libertad (previo pago de la reparación civil). Esta solución es perfectamente aplicable a los delitos menos graves contra la propiedad industrial en donde el titular resulte plenamente resarcido.

Por otro lado, como en la legislación peruana hay ***ausencia de una delimitación*** precisa entre la persecución penal y la administrativa[121], en la prác-

---

[119] También, en este sentido, criticando el proyecto español de CP de 1994, TERRADILLOS BASOCO, "Derecho penal de la empresa", p. 162.

[120] En este sentido, MOLINA BLÁZQUEZ, p. 409 y s.

[121] También adolece de este defecto la protección penal española; ver la crítica de VALLE MUÑIZ, en Quintero (director), "Comentarios...", p. 1233.

tica no se sabe cuándo el Indecopi puede proceder a denunciar penalmente por hechos investigados por ellos. En resumidas cuentas, está en manos del propio afectado la decisión sobre la denuncia penal o la negociación con los implicados. Urge por ello una inclusión en los tipos penales de un criterio de delimitación, el cual podría consistir p. ej. en una determinada cuantía.

2.6. Protección del sistema tributario

La primera observación a la legislación penal tributaria peruana tiene que dirigirse a la ubicación de los tipos penales fuera del Código Penal. Así, los principales delitos tributarios son descritos en una ley especial, el D. Leg. 813: la defraudación tributaria (arts. 1 y 2)[122], un tipo atenuado (art. 3)[123], supuestos agravados (art. 4)[124] y omisiones fraudulentas de otras obligaciones tributarias (art. 5)[125]. En el Código Penal, solamente quedan tipos de menor importancia referidos a la realización de actividades industriales y comerciales de forma clandestina con desconocimiento total o parcial de las autoridades

---

[122] *Artículo 1º: "El que, en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años".*

Artículo 2º: "Son modalidades de defraudación tributaria reprimidas con la pena del artículo anterior:

a) Ocultar, total o parcialmente, bienes, ingresos, rentas, o consignar pasivos total o parcialmente falsos, para anular o reducir el tributo a pagar.

b) No entregar al acreedor tributario el monto de las retenciones o percepciones de tributos que se hubieren efectuado, dentro del plazo que para hacerlo fijen las leyes y reglamentos pertinentes".

[123] *Artículo 3º: "El que mediante la realización de las conductas descritas en los artículos 1 y 2 del presente Decreto Legislativo deja de pagar los tributos a su cargo durante un ejercicio gravable, tratándose de tributos de liquidación anual, o durante un período de doce (12) meses, tratándose de tributos de liquidación mensual, por un monto que no exceda de cinco (5) unidades impositivas tributarias vigentes al inicio del ejercicio o del último mes del período, según sea el caso, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.*

Tratándose de tributos cuya liquidación no sea anual ni mensual, también será de aplicación lo dispuesto en el presente artículo".

[124] *Artículo 4º: "La defraudación tributaria será reprimida con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años cuando:*

a) Se obtenga exoneraciones o inafectaciones, reintegros, saldos a favor, crédito fiscal, compensaciones, devoluciones, beneficios o incentivos tributarios, simulando la existencia de hechos que permitan gozar de los mismos.

b) Se simule o provoque estados de insolvencia patrimonial que imposibiliten el cobro de tributos una vez iniciado el procedimiento de verificación y/o fiscalización".

[125] *Artículo 5º: "Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cinco años, el que estando obligado por las normas tributarias a llevar libros y registros contables:*

a) Incumpla totalmente dicha obligación.

b) No hubiera anotado actos, operaciones, ingresos en los libros y registros contables.

c) Realice anotaciones de cuentas, asientos, cantidades, nombres y datos falsos en los libros y registros contables.

d) Destruya u oculte total o parcialmente los libros y/o registros contables o los documentos relacionados con la tributación".

Artículo 6º: "En los delitos de defraudación tributaria la pena deberá incluir inhabilitación no menor de seis meses ni mayor de siete años para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria".

tributarias (arts. 271 y 272), cuya gravedad penal puede ser perfectamente discutible[126].

En cuanto a la configuración de la protección penal misma, también hay algunos vacíos. El más importante en la práctica peruana consiste en la falta de una expresión clara en los tipos penales sobre la necesidad del elemento "fraude" (en el sentido de maniobra de engaño idónea para conducir a un error a la Administración Tributaria) en todos tipos penales[127]. Así, las omisiones del art. 5, D. Leg. 813 (no llevar libros contables, no incluir datos en dichos libros, etc.), solamente serán punibles si incluyen un "dolo de defraudar", pues recién entonces constituirán un "peligro concreto" para los objetos del bien jurídico; no puede bastar con la mera "infracción formal". Aunque esto es plenamente superable a través de una correcta interpretación de los tipos, no es desdeñable el peligro de que el intérprete nacional, como tradicionalmente lo ha hecho, se limite estrictamente al texto legal sin preocuparse por analizarlo en su contexto.

Un vacío más evidente es la falta de tipificación del supuesto de "*disfrute indebido de beneficios fiscales*". El supuesto previsto por el supuesto agravado del art. 4 solamente se refiere al caso comisivo de que los beneficios fiscales sean *obtenidos* fraudulentamente, es decir, cuando el beneficiario, usando documentación o información falsas, obtiene un beneficio tributario que no le corresponde. El caso aquí discutido se produce más bien cuando el sujeto obtiene lícitamente un beneficio tributario cualquiera y, luego, pese a que, con conocimiento suyo, han variado los supuestos para el disfrute de estos beneficios, no comunica estos hechos a la administración tributaria y sigue obteniendo los beneficios tributarios. También la legislación penal tributaria española tenía este vacío, el cual recién fue llenado con el art. 349 del CP de 1995. Efectivamente, existe un deber del beneficiario de despejar errores sobre hechos (los errores jurídicos no son de su responsabilidad) que cometa la administración que le concede beneficios tributarios, sin importar que el sujeto se haya enriquecido o no[128].

En el campo de los "delitos contables", habría que pensar si la "*contabilidad paralela*" (art. 199), actualmente un delito de "fraude en la administración de personas jurídicas" en realidad no debería ser considerado como "delito tributario", pues la razón de ser de ella radica precisamente en aten-

---

[126] Así critica esta represión penal de la "informalidad", GHERSI, p. 119, col. izq.

[127] Al respecto, detalladamente y c. más ref., ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 422 y ss., 453 y ss.

[128] Sobre esto ver BACIGALUPO, "Curso...", p. 219, si bien critica que este tipo penal se superponga a la "estafa por omisión".

tados contra el sistema tributario. El injusto de esta conducta es similar al de los demás casos previstos en el art. 5 del D. Leg. 813; en la actualidad, el llevar contabilidad paralela con la intención de defraudar a la administración pública solamente podría ser entendido, en el mejor de los casos, como tentativa de defraudación tributaria (art. 1), pero mayormente resultará impune. También será impune en cuanto al art. 199, pues el "fraude" no puede ser entendido como que atenta contra la persona jurídica misma ni contra sus titulares. Si se planteara la reforma en el sentido aquí indicado, para casos en los cuales a través de la contabilidad paralela se busque perjudicar a terceros, deberán bastar los tipos comunes contra el patrimonio e incluso el tipo penal de "fraude en la administración de personas jurídicas" del art. 198. Como modelo puede servir el español, el cual contempla a la "contabilidad paralela" como delito contable contra la administración tributaria en el art. 310, lit. b).

A diferencia de la fuente española, la ley peruana no establece tampoco cuantías para excluir del Derecho penal los *casos de bagatela* y dejar su sanción al Derecho administrativo. Solamente hay una cuantía entre el tipo básico (arts. 1 y 2) y el atenuado (art. 3): hasta un monto que no exceda las 5 UIT es aplicable el tipo atenuado. Pero no se establece a partir de qué monto es aplicable el tipo atenuado, ni tampoco para los tipos omisivos del art. 5. A fin de no dispersar energías en la persecución de casos de bagatela, y también para respetar la "mínima intervención" del Derecho penal, debería introducirse una cuantía mínima[129] (medida en UIT o cuotas) ya en los tipos básicos. Se podría aprovechar la ocasión también para enmendar el vacío que supone no vincular expresamente las modalidades del art. 5 al tipo básico; también para dichos casos deberían regir las cuantías atenuantes y las (futuras) excluyentes de pena.

Constituye una decisión político-criminal del legislador considerar si también debe sancionarse penalmente el "*acortamiento de los tributos*" y otras conductas cometidas bajo "*imprudencia grave*", como sugiere la doctrina alemana para dar una mayor protección al bien jurídico ante el hecho constatado en la práctica de la impunidad basada en un actuar imprudente del obligado tributario[130].

También constituye una decisión de política criminal la creación de un tipo penal específico contra el "*fraude de subvenciones*". Una política neoliberal es usualmente enemiga de las "subvenciones", pero no puede desconocer que

---

[129] Sería interesante y más justo establecer las cuantías en función de la capacidad del sujeto: un mayor contribuyente podría eludir más matemáticamente, pero menos (en porcentajes) que un menor contribuyente. Entonces, el mayor injusto se tendría que medir, si se quiere proceder con justicia, en función de la "cuota" del tributo evadido; al respecto ver QUERALT, "Derecho penal español", p. 649.

[130] TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht", p. 124 y ss.

estas son un mecanismo de política económica muchas veces indispensable, al cual han recurrido y recurren países altamente industrializados enmarcados innegablemente dentro de la órbita de países con economía de mercado. Como ya se vio en el lugar correspondiente, los conceptos "beneficios o incentivos tributarios" del art. 4, lit. a) D. Leg. 813 podrían ciertamente interpretarse extensivamente para comprender muchos casos de fraude de subvenciones, pero sería preferible una tipificación especial como la que se observa en la legislación comparada. La falta de una previsión específica para el "fraude de subvenciones" o de "desgravaciones fiscales" puede originar problemas de legitimidad de los tipos penales en cuanto al principio de legalidad. A manera de ejemplo de tipificación del "fraude de subvenciones", puede mencionarse el art. 264 StGB alemán, el cual utiliza la técnica del "peligro abstracto" (basta con la declaración falsa, sin necesidad del "error" en el sujeto pasivo ni del otorgamiento de la subvención). Incluso se persigue penalmente casos de "imprudencia grave"[131].

La discusión española al respecto anterior a las modificaciones de la Ley Orgánica 2/1985 son ilustrativas al respecto: ya entonces se exigía un tipo penal específico para el "fraude de subvenciones" y se le diferenciaba del "disfrute indebido de beneficios fiscales", ya que en el segundo existiría previamente una relación crediticia entre la hacienda pública y el particular, ante lo cual se produciría una minoración de la cantidad a ingresar por el sujeto pasivo del tributo, mientras que en el primero no existe tal relación[132], además de que en la "subvención" existe una "realización de gasto público" de manera directa, mientras que en los beneficios fiscales no[133].

También constituye un vacío serio la falta de previsión específica de un tipo penal de "*fraudes contra la seguridad social*". Podría interpretarse que los aportes a la seguridad social equivalen a "tributos"; pero esto no deja de ser arbitrario por llevar a la analogía. Es cierto que el CT peruano ha encargado a la administración tributaria el cobro y la administración de estas contribuciones (norma II, último párrafo y décimo sétima disposición final del CT), pero esto no implica una igualdad de los conceptos (tampoco el CT los hubiera tenido que distinguir si ello fuera así). Por su naturaleza se trata de cosas distintas: el tributo recaudado tiene una finalidad pública, mientras que las contribuciones a la seguridad social no. Por otro lado, es indudable que el injusto de las defraudaciones a la seguridad social podría resultar grave; pero para su punición es indispensable la introducción de tipos penales específicos.

---

[131] Sobre la legislación penal española al respecto (antes del CP de 1995), ver TERRADILLOS BASOCO, "Derecho penal de la empresa", p. 226; RANCAÑO MARTÍN, en favor de la punición de la imprudencia temeraria; p. 92 y ss.

[132] Ver c. más ref. RANCAÑO MARTÍN, p. 67; MORALES PRATS, en Quintero (director), "Comentarios", p. 1433.

[133] LOZANO/ESTEVE, p. 86, 100 y s.

El *sujeto pasivo* del delito, en nuestro país, sigue siendo solamente la administración tributaria del poder central. Si en algún momento se implementara la descentralización en nuestro país y se formaran verdaderas *regiones* con administración, presupuesto y hasta cierto punto, legislación autónomas, no cabe duda de que también se tendría que dar protección legal y penal a las políticas tributarias que se implementen en dichas regiones. Por otro lado, a *nivel supranacional* (el Acuerdo de Cartagena) podría pensarse en obligar a los Estados miembros a incluir, dentro de su legislación penal, tipos que protejan la política común en materia tributaria o aduanera que estos adopten, tal como ocurre en los países de la Unión Europea.

Otro posible desarrollo es el de incluir *más supuestos agravados* o, mejor aún, ***rediseñar los supuestos de agravación***, teniendo en cuenta verdaderos casos de elevación del injusto. En España, por ejemplo, se reprime con mayor severidad el uso de interpósitas personas (testaferros) y los casos de "especial trascendencia y gravedad" por el importe del monto defraudado o por el empleo de una organización que afecte o pueda afectar a muchos obligados tributarios. Aunque el primer supuesto puede ser rechazado por su dudosa justificación en cuanto elevación del injusto, el segundo supuesto no deja de tener algún sentido: no es lo mismo defraudar por una cantidad mínima que por una millonaria, ni la defraudación de una sola persona que la de varios obligados a través de una organización. En España, se discute mucho sobre la interpretación de estos elementos de agravación[134], que efectivamente son confusos, pero no deja de ser comprensible la idea de sancionar con más pena, aquellas conductas que implican un mayor injusto. Por otro lado, los supuestos agravados deben contener mayores sanciones para los integrantes de *organizaciones* dedicadas a facilitar la defraudación fiscal.

En el campo de las *penas*, podrían darse también algunas modificaciones. Así, si se llega a solucionar el problema del "ne bis in idem" entre el ilícito administrativo tributario y el penal, nada tendría que impedir que se prevean penas de multa para delitos tributarios. Por otro lado, si se quisiera reforzar la finalidad preventivo-general, podría seguirse la recomendación doctrinaria de

---

[134] BACIGALUPO critica en especial el segundo supuesto de gravedad por suponer algo obvio: en una organización siempre hay varios obligados; ver "Curso...", p. 221 y s. Probablemente el legislador español ha querido expresar que se da la agravación cuando las maniobras fraudulentas son realizadas por una organización que se dedica precisamente a ello. La referencia a una pluralidad de obligados tributarios podría haber querido facilitar la prueba de la habitualidad de la organización en cuestión. De todos modos, la redacción parece referir erróneamente la agravación a quien se sirve de la organización y no a la organización misma; ver la crítica de QUERALT, "Derecho penal español", p. 649 y también en "Comentarios a la reforma penal del fraude fiscal", Revista Peruana de Ciencias Penales, Nº 6, 1998, p. 721. Ver también MARTÍNEZ-BUJÁN, "Derecho penal económico, parte especial", p. 345 y s.; MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, p. 461 y ss.

prever la "*publicidad de las sentencias*" para delitos económicos en general y la práctica española de este tipo para delitos tributarios en especial[135].

Finalmente, tal como ya se dijo en la primera parte del análisis, aquí también es criticable la dependencia absoluta de la persecución penal a las decisiones previas (e incontrolables) de la Administración Tributaria, tal como lo establece el art. 7 del D. Leg. 813 y el art. 192, tercer párrafo, del Código Tributario, así como la violación del principio "ne bis in idem"[136]. Pero también es criticable la figura de la "regularización tributaria" introducida en 1999 en el art. 189 del Código Tributario, no solamente por su confusa redacción, sino también por las distorsiones que causa en las finalidades de política criminal del legislador penal[137].

2.7. Protección de otros bienes jurídicos

La protección del "**sistema crediticio**" en el Título X de la parte especial ("delitos contra el orden financiero y monetario") constituyó una novedad del CP peruano. A partir de ahora, este importante instrumento de la economía pasaba a ser protegido directamente de manera penal[138]; es decir, no importa ya la verificación de un perjuicio económico inmediato para una institución bancaria, pues la afección se dirige al colectivo mediante conductas reprochables que distorsionan su funcionamiento. En los tipos se emplean ciertamente conceptos imprecisos como "persona vinculada a accionistas de la institución" en la "concentración crediticia" (art. 244), aprobación de créditos "por encima de los límites legales" (art. 244), "captación habitual" de créditos; pero estos elementos abiertos implican remisiones interpretativas que no impiden su interpretación empleando la legislación administrativa pertinente. No es pues acertada la crítica general a la existencia de estos elementos ni a la técnica de las remisiones interpretativas y de la "ley penal en blanco" (¡que en estos delitos, en realidad no se usa!) no es atinada[139]. Sobre esto hay que remitir a lo expresado anteriormente (1.1).

---

[135] Ver al respecto, como pena para delitos económicos en general, ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 208 y ss.; en cuanto a esta medida en los delitos tributarios ver, para el caso español, críticamente MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, p. 460.

[136] Al respecto, ver extensamente ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 489 y ss.

[137] Al respecto, ampliamente, c. más ref. ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 498 y ss., 508 y ss.

[138] Una interpretación acertada del nuevo bien jurídico protegido en el CP peruano es dada por MAZUELOS COELLO, Julio, ver "El derecho de crédito..." p. 214 y ss., 217; en cambio, criticando al CP por presuponer erróneamente una ausencia total de regulaciones legales de las actividades bancarias, GHERSI, p. 117, col. izq.

[139] GHERSI, p. 117, col. der., 118, col. izq.

En el caso del "**fraude en la administración de las personas jurídicas**" (art. 198 CP), equivalente a lo que en otras latitudes se conoce como "delito societario", se ha buscado proteger algo distinto del patrimonio de las empresas o de los socios: el correcto funcionamiento de las sociedades dentro del sistema económico[140]. Pero si bien la decisión político-criminal de introducir esta figura penal es loable, la configuración del tipo adolece de muchos defectos. En primer lugar, es criticable su exagerada taxatividad que impide comprender atentados de mucha gravedad como los expresamente previstos; por eso era preferible el modelo alemán (art. 266) o español (art. 295) de "administración desleal" que de manera más general señalan los elementos típicos del delito sin restringirse con una enumeración expresa de los casos típicos[141]. Además, algunos supuestos previstos expresamente por el legislador nacional no parecen reunir suficiente injusto como para constituir delito: las falsas comunicaciones sociales (numeral 2), la no comunicación de intereses incompatibles con la persona jurídica (numeral 6)[142].

Otro ejemplo interesante es el de los "**delitos contra el medio ambiente**". Independientemente de la cuestión de si estos delitos forman parte del Derecho penal económico o merecen autonomía, no puede más que considerarse acertada su inclusión en el Código Penal[143]. En la actualidad, nadie discute la necesidad de la preservación del medio ambiente, ni la gravedad de las conductas que lo afectan, tanto para los que insisten en la existencia de un bien jurídico autónomo "medio ambiente", como para los que lo vinculan con las necesidades humanas, económicas o no, de la presente y futuras generaciones[144].

Pero ha sido la configuración de los tipos penales, la que ha impedido su efectiva aplicación. La técnica de la ley penal en blanco utilizada por el legislador no es por sí misma errónea, sino la forma como esta ha sido utilizada. Por un lado, ha remitido a una confusa legislación administrativa existente, así como a actos administrativos de distinto tipo; lo cual hacía necesaria una mayor concreción de los tipos penales[145]. Esto no solamente no ha ocurrido, sino incluso el propio legislador ha "aportado" más confusión en la configura-

---

[140] Cfr. GARCÍA CAVERO, "Algunos apuntes...", p. 29 y ss.

[141] GARCÍA CAVERO, "Algunos apuntes...", p. 30.

[142] GARCÍA CAVERO, quien considera además al "uso indebido del patrimonio de la empresa", "Algunos apuntes...", p. 37 y s., 43.

[143] Distinto es el parecer de GHERSI, p. 118.

[144] Una amplia exposición sobre el bien jurídico en estos delitos puede encontrarse en: ESER, postulando una protección autónoma de objetos ambientales, en "Temas ...", p. 116 y ss., 131 y ss.; CARO CORIA, p. 245 y ss.; FIGUEROA NAVARRO, vinculando el bien jurídico a un derecho fundamental, p. 13 y ss.

[145] Ver la crítica de CARO CORIA, p. 372 y ss.

ción de los tipos. Así, p. ej., en el tipo básico del art. 304, exige conjuntamente tanto el "peligro concreto" como la "lesión", cuando se refiere a conductas contaminantes que "*causen o puedan causar* perjuicio o alteraciones en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos". Se equipara, por un lado, valorativamente el "peligro concreto" y la "lesión". Pero, por otro lado, también encierra el peligro de su inaplicación práctica: una interpretación tradicional de esta exigencia paralizaría la aplicación de los tipos penales, pues esta dependería de complejas pericias que demuestren la existencia de tal "peligro concreto" o lesión". Una interpretación correcta del tipo penal debería exigir solamente la "idoneidad" de la conducta para afectar los objetos ambientales[146].

En este grupo de delitos también es criticable la "*cláusula exoneratoria*" prevista en el art. 2 de la Ley 26631, pues, salvo en los casos de exceso de la autorización o ilegalidad de esta, impide totalmente la persecución penal de aquellos agentes contaminantes que estén "justificados" por "estudios de impacto ambiental" y "programas de adecuación y manejo ambiental", otorgados para ciertas actividades[147].

III. Conclusión y perspectivas

Como ya se ha visto más arriba, se necesitarán reformas urgentes de los propios tipos penales y de la organización de los órganos de persecución penal. Y en algunos, casos se necesitará algo más que de represión administrativa o penal. Como por ejemplo en los "delitos contra los derechos de autor", donde el problema va más allá de lo penal.

Si en un balance de diez años de vigencia de los tipos penales contra la criminalidad económica algo positivo puede rescatarse, esto es la experiencia misma. El efecto de "reproche ético-social" que importa el Derecho penal no debe haber pasado desapercibido a los destinatarios de la norma, aunque la práctica judicial haya sido tan deficiente. Así, pese a que a todas luces los derechos de autor y la propiedad industrial son burlados a diario por la "piratería" de libros, discos, productos y marcas, y la recaudación fiscal es bajísima debido a la elusión y evasión tributarias de forma masiva, es también innegable

---

[146] De manera similar, CARO CORIA, quien exige peligro concreto o lesión, pero referidos a los "objetos que cumplen función representativa del bien jurídico-penal"; es decir, cit., p. 387. Esta concepción es similar a la que yo defiendo, partiendo de la distinción entre "bienes jurídicos" (valores ideales) y "objetos del bien jurídico" (objetos concretos); en donde la "lesión" o el "peligro concreto" deben ser medidos en estos últimos; al respecto ver "Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas", p. 50 y ss.

[147] Críticamente también CARO CORIA, quien sugiere la derogación de esta cláusula para permitir que el juez valore libremente estas autorizaciones administrativas, al igual que en los demás supuestos de contaminación ambiental, ver cit., p. 383 y ss., 384.

que la conciencia de los ciudadanos sobre la dañosidad de estas conductas ya no es nula en comparación con la que existía hace diez años.

Pero una verdadera protección legal y penal del ordenamiento económico requiere no solamente la implementación de leyes y autoridades encargadas de aplicar las leyes, sino también de un marco constitucional y político que garanticen la independencia de estas autoridades. La experiencia peruana de los últimos diez años, coincidente con un gobierno muy cuestionado y que abiertamente dominó todas las instituciones y las usó para sus propios fines políticos y hasta para fines ilícitos, no permite otra conclusión.

Recién cuando esté garantizado un verdadero Estado de Derecho, limitando los excesos de poder del Ejecutivo, muchos de los actuales problemas centrales en la lucha contra la delincuencia económica ya no serán tales. Así, al respetarse verdaderamente el "principio de reserva de la ley penal" (previsión de delitos y penas única y exclusivamente en *leyes orgánicas* emanadas del Parlamento), no será posible, ya que el Ejecutivo cambie constantemente las leyes penales mediante Decretos Legislativos, algunos de los cuales incluso no tienen básicamente contenido penal. Tampoco será posible que la administración pública imposibilite la persecución penal "monopolizando" la investigación de los casos, (p. ej. delitos tributarios, delitos de abuso de poder económico), o a través del requisito de sus informes se anulen procesos penales ya iniciados (p. ej. delitos financieros, delitos contra la propiedad industrial)[148]. La constatación final es evidente: la existencia de un Derecho penal económico auténtico y eficiente depende de la existencia de un Derecho penal garantista, el cual a su vez depende de la vigencia de un verdadero Estado de Derecho.

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: "Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas", Lima, 1997; "Derecho de la libre competencia", Lima, 1997; "Comentarios a la 'Ley contra los delitos agravados'", Revista Cathedra, N° 3

[148] Sobre estos problemas "estructurales" del Derecho penal, he advertido últimamente en anteriores publicaciones: "Derecho penal económico", p. 111 y s.; "Comentarios ...", p. 117 in fine y s.; "El principio de certeza ...", p. 30 y s.; y "El transfuguismo político ...", p. . Pero mucho antes hubo juristas nacionales que advirtieron este problema: ALZAMORA VALDEZ, p. 241; HURTADO POZO, claramente en relación con las leyes penales, aunque en relación más bien con decretos leyes de gobiernos de facto; p. 144 y s.; RUBIO CORREA/BERNALES, advirtiendo el peligro de la "delegación de facultades legislativas" y la necesidad de controlarlas para que constituyan siempre una situación excepcional, ver p. 337,634 y ss. La consecuencia de esta auténtica falta de democracia ha sido, entre otros abusos, un continuo "Derecho penal autoritario" que la doctrina penal peruana siempre ha reprochado a los gobiernos de turno. Ver p. ej. los análisis del Derecho penal peruano entre 1924 y 1979 por HURTADO POZO, p. 65 y ss.; en el período 1968-1989 por PRADO SALDARRIAGA, "Derecho penal y política"; y para el período entre 1991 y 1996 también por este último autor en "Todo sobre el Código penal", tomo I, p. 311 y ss. De manera general, sobre el abuso del Poder Ejecutivo en el Perú y su incompatibilidad con un sistema democrático, ver: SOTO VALLENAS, p. 102 y ss.

(1998), pp. 113-118; "El principio de certeza en las leyes penales en blanco", Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 9 (2000), pp.13-34 [en esta compilación: p. 165-184]; "Derecho penal económico. Parte especial", Lima, 2000; "El transfuguismo político: ¿un delito de cohecho?", Revista Cathedra, N° 8 (2001), Universidad Nacional Mayor de San Marcos, pp. 79-94 [en esta compilación: p. 823-846].

ACOSTA ESTÉVEZ, José: "Algunas consideraciones en torno a la protección de los consumidores: fraudes alimenticios", Cuadernos de Política Criminal, 1991, Madrid, p. 469 y ss.

AFTALIÓN, Enrique: "Derecho penal económico", Buenos Aires, 1959.

ALZAMORA VALDEZ, Mario: "Introducción a la ciencia del Derecho", 7ma. ed., Lima, 1980.

BACIGALUPO, Enrique: "Curso de Derecho penal económico", Madrid, 1998.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (director): "Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos", Madrid, 1993.

BOTTKE, Wilfried: "Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublick Deutschland – Lösungen und Defizite", wistra 1991, p. 1 y ss.

BULLARD, Alfredo/ PATRÓN, Carlos: "El otro poder electoral: apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal", Revista "Themis", N° 39 (1999), PUCP, p. 65 y ss.

BUSCH, Christina: "La protección penal de los derechos de autor en España y Alemania", Barcelona, 1995.

CARO CORIA, Dino Carlos: "Derecho penal del ambiente", Lima, 1999.

CASTILLO ALVA, Luis: "Las medidas contra las personas jurídicas en el Código penal peruano", Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 10 (2000), pp. 349-403.

EBERT-WEIDENFELLER, Andreas: "Sanktionen gegen unlauteren Wettbewerb", en: Achenbach/Wannemacher: "Beraterhandbuch", tercera parte (Derecho penal económico), primer envío, 1998.

ESER, Albin: "Temas de Derecho penal y procesal penal", Lima, 1999.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿un medio eficaz de protección del medio ambiente?, Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 9 (2000), pp. 235-293.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos: "Delitos contra los derechos de autor", en: "Derecho penal y criminología", N° 54/55, 1995, Universidad Externado de Colombia, p. 91 y ss.

FIGUEROA NAVARRO, Aldo: "El ambiente como bien jurídico en la Constitución de 1993", Anuario de Derecho Penal 95 (1996), Lima, pp. 13-34.

GARCÍA CAVERO, Percy: "Algunos apuntes sobre el fraude en la administración de las personas jurídicas: la doble contabilidad y la administración fraudulenta", Gaceta Jurídica, tomo 62-B, 1999, p. 29 y ss.; "La responsabilidad del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación, Zaragoza, 1999, p. 109

y ss.; "Consideraciones críticas a la reforma penal de los delitos concursales", Revista Cathedra N° 5, p. 229 y ss., 230 y s.

GEERDS, Friedrich: "Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz", Bayreuth, 1990.

GHERSI, Enrique: "¡Abajo el Código penal!", Revista Themis, n° 32, 1995, Lima, p. 113 y ss.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: "Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual", en: "Nuevas formas de delincuencia", Poder Judicial, número especial IX, Madrid, 1988, p. 351 y ss.

GÓMEZ BENÍTEZ, José/QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "Protección penal de los derechos de autor y conexos", Madrid, 1998.

GONZÁLEZ RUS: "Manual de Derecho penal. Parte especial II", Madrid, 1992.

GRACIA MARTIN, Luis: "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 4, 1994, pp. 469-511; "La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho penal español", en: "Hacia un Derecho penal económico europeo", Madrid, 1995, p. 81 y ss.

HEINE, Günther: "La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales", Anuario de Derecho penal 96, Lima, pp. 19-45.

HURTADO POZO, José: "Manual de Derecho penal. Parte general", Lima, 1979; "Personas jurídicas y responsabilidad penal", Anuario de Derecho penal 96, Lima, 1997, pp. 141-158.

KRESALJA, Baldo: "Comentarios al Decreto Ley 26122 sobre represión de la competencia desleal", Revista Derecho, N° 47, PUCP, p. 13 y ss.

LAMPE, Ernst-Joachim: "La protección jurídico-penal de la competencia económica en el Anteproyecto de Código penal de 1983", en: Barbero Santos (editor), "Delitos socioeconómicos", Madrid, 1985, p. 363 y ss.

LATORRE, Virgilio: "Protección penal del derecho de autor", Valencia, 1994.

LOZANO, Juan/ESTEVE, Simón: "La tutela penal de la función financiera de gasto público: el fraude de subvenciones y el disfrute ilícito de beneficios fiscales", en: "Estudios jurídicos en memoria del profesor José Ramón Casabó Ruiz", segundo volumen, Valencia, 1997, p. 86 y ss.

MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos: "Derecho penal económico, parte general", Valencia, 1998; "Derecho penal económico. Parte especial", Valencia, 1999.

MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos: "Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa", Cuadernos de Política Criminal, N° 22, 1984, p. 59 y ss.; "Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el proyecto de Código penal de 1992", en: "Estudios penales y criminológicos", 1993, Universidad Santiago de Compostela, p. 327 y ss.

MALAMUD GOTI, Jaime: "Derecho penal de la competencia", Buenos Aires, 1984.

MAZUELOS COELLO, Julio: "El derecho de crédito como objeto de protección penal", revista Derecho y Sociedad, N° 11 (1996), Lima, p. 214 y ss.

MEIER, Bernd-Dieter: "Softwarepiraterie – eine Straftat?", JZ 1992, p. 657 y ss.

MEINI, Iván: "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y de sus órganos de gestión", Ius et Veritas, N° 13, 1996 p. 207 y ss.

MEYER, Klaus/MÖHRENSCHLAGER, Manfred: "Möglichkeiten des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts zur Bekämpfung untauteren Wettbewerbs", revista "Wirtschaft und Verwalgtung, 1982, Alemania, p. 21 y ss.

MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción: "Protección jurídica de la lealtad en la competencia", Madrid, 1993.

MORENO CÁNOVES, Antonio/RUIZ MARCO, Francisco: "Delitos socioeconómicos", Zaragoza, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco: "Derecho penal. Parte especial", Valencia, 1996.

OTTO, Harro: comentarios previos y comentarios al art. 4 UWG, en: Jacobs/Lindacher/Teplitzky, "UWG Großkommentar", Berlín-Nueva York, 1992.

PEDRAZZI, Cesare: "El bien jurídico tutelado en los delitos económicos", en: Barbero Santos (ed.), "La reforma penal: delitos socioeconómicos", Madrid, 1985, p. 279 y ss.

PEÑA CABRERA, Raúl: "Tratado de Derecho penal, parte especial III", Lima, 1994.

PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: "Derecho penal y política", Lima, 1990; "Todo sobre el Código penal", tomo I, Lima, 1996.

QUERALT, Joan: "Derecho penal español. Parte especial", Barcelona, 1996; "Comentarios a la reforma penal del fraude fiscal", Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 6, 1998, p. 717-733.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "Comentarios al Nuevo Código penal español", Pamplona, 1996.

RANCAÑO MARTÍN, María A.: "El delito de defraudación tributaria", Madrid, 1997.

RITTNER, Fritz: "Wettbewerbs- und Kartellrecht", Heidelberg, 1989.

ROJAS VARGAS, Fidel: "Delitos contra la administración pública", Lima, 1999.

RUBIO CORREA, Marcial/BERNALES, Enrique: "Constitución y sociedad política", Lima, 1983.

SANDOVAL HUERTAS, Emiro: "El acaparamiento y la especulación desde las perspectivas criminológica y juridicopenal", Nuevo Foro Penal, N° 32, 1986, Colombia, p. 151 y ss.

SOTO VALLENAS, Gastón: "La democracia y el control de poderes", Revista Cathedra, N° 2 (1998), pp. 102-107.

TERRADILLOS BASOCO, Juan: "Protección penal de los derechos del consumidor en España", en: "Derecho penal y Criminología", N° 35, 1988, Universidad Externado de Colombia, p. 13 y ss.; "Derecho penal de la empresa", Madrid, 1995.

TIEDEMANN, Klaus: "Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität", Hamburgo, 1976; "Kartellrechtsverstöße und Strafrecht", Colonia, 1976; "Delinquen-

zverhalten und Machtmißbrauch multinationaler Unternehmen", en: Tiedemann (coord.), "Multinationale Unternehmen und Strafrecht", Colonia, 1980, pp. 1-67; "Poder económico y delito", Barcelona, 1985; "Lecciones de Derecho penal económico", Barcelona, 1993; "Responsabilidad de personas jurídicas y empresas en Derecho comparado", Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 6, 1998, pp. 783-803; "Temas de Derecho penal económico y ambiental", Lima, 1999; "Derecho penal y nuevas formas de criminalidad", Lima, 2000.

URQUIZO OLAECHEA, José: "El principio de legalidad", Lima, 2000.

VERA BARROS, Oscar: "Los intereses económico-sociales y la ley penal" (acto académico), Córdoba (Argentina), 1960.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: "Lecciones de Derecho penal", Lima, 1990.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: "Modelos de imputación penal para sancionar la criminalidad de empresa en el CP español de 1995", Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 7-8, Lima, 1999, pp. 961-996.

Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: delitos contra la libre y leal competencia(*)

1. Introducción: conceptos previos

En la *parte general* del Derecho penal económico, la doctrina usualmente replantea el estudio de los conceptos y categorías del delito para hacer encajar en ellos las peculiaridades de los delitos económicos. Por regla general, se suele destacar entonces, entre otras características propias de los delitos económicos, las siguientes:

1. La estrecha vinculación que alcanza el Derecho penal con áreas jurídicas extrapenales debido al empleo, en la descripción de la conducta delictiva de la parte especial, de conceptos utilizados en un campo previo al Derecho penal: el Derecho de la libre competencia, el Derecho contra la competencia desleal, el Derecho de la publicidad, el Derecho bancario, el Derecho tributario, el Derecho comercial, etc.
2. En consecuencia, los tipos de los delitos económicos estarán repletos de elementos normativos que generan problemas tanto de técnica legislativa (leyes en blanco) como de interpretación (fisión o división de la norma).
3. A pesar de todo, se suele afirmar el "merecimiento de pena" y la "necesidad de pena" de muchos ilícitos económicos, en contra de lo afirmado por posturas minimalistas que pretenden remitir gran parte o toda la protección legal contra estas conductas a una mera protección administrativa. Estudios criminológicos demuestran una y otra vez la dañosidad social (medida no sólo en términos económicos) de los delitos económicos.
4. Pero debido al principio de "fragmentariedad", también se recomienda limitar la intervención penal sólo a las figuras más graves, y dejar la tarea

---

(*) El artículo fue terminado a principios de 2009 y publicado por primera vez a principios de 2010 en Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo, "Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial", Madrid, ed. Colex, pp. 139-175. También se publicó en: Preda del Puerto, Ricardo (coord.), „Apuntes de Derecho penal económico II", ICED, Asunción (Paraguay), 2013, p. 101-155.

de protección de los bienes jurídicos afectados, en la mayor parte de los casos, al Derecho administrativo sancionador (o al Derecho contravencional en Alemania).

Estas observaciones constituyen el resultado de las experiencias que la doctrina y la jurisprudencia penales han podido tener hasta ahora con la delincuencia económica, experiencias que han motivado también reinterpretaciones teóricas y hasta cambios legislativos en el área penal. Para entender el porqué de estas reflexiones y continuar con la exposición sobre temas de la parte especial, es preciso retrotraer el análisis a una etapa previa al Derecho penal donde pueda establecerse la vinculación entre lo económico y lo jurídico. Recién entonces se hará más claro por qué se ha llegado a las conclusiones-pautas arriba señaladas y por qué es preciso que no sean soslayadas al momento de analizar el fenómeno de la delincuencia económica y extraer conclusiones de lege lata o de lege ferenda.

1.1. Los ilícitos económicos desde una perspectiva extrapenal

Luego, para determinar la vinculación de lo económico con lo jurídico-penal, tiene que partirse primero de la constatación evidente de que todo tipo de economía se construye sobre la base de una determinada sociedad. Y esta se organiza sobre una Constitución que contiene los principios inspiradores del ordenamiento jurídico, el cual va a regular los distintos campos en los que entran en interacción los miembros de la sociedad, sea como individuos, sea como colectivos, sea entre ellos mismos, o entre ellos y el Estado. Luego, el ordenamiento legislativo de cada país, incluyendo al Derecho penal, deberá ser reflejo de tal base política y económica fijada de antemano en la Constitución.

Si esta Constitución estableciera una economía planificada, es evidente que las normas legales jerárquicamente inferiores deberían tender a garantizar la vigencia de tal tipo de economía y hacer posible su funcionamiento, p. ej., protegiendo un sistema de planificación de la producción, de distribución organizada de bienes, de fijación de precios, etc. Y tal protección también podría incluir el "refuerzo penal", según la política que aplique el legislador: mientras más importante le parezca el interés afectado, mayor será la protección que querrá otorgarle mediante distintas medidas legales hasta llegar a la imposición de sanciones penales. Algo equivalente ocurrirá cuando la Constitución decidiere proteger una economía de mercado, como se verá a continuación con más detalle.

Cierto es que, independientemente del tipo de organización económica adoptada, siempre habrá coincidencias en la protección reforzada de algunos intereses básicos, sin los cuales ninguna sociedad organizada podría subsistir, tales como la vida, la integridad corporal, un mínimo de propiedad privada y

formas de organización básicas (la administración de justicia, la administración pública, la fe pública, etc.). Esta protección penal básica coincide con lo que se conoce tradicionalmente como "Derecho penal nuclear" o, mejor, el *núcleo del Derecho penal.*

Pero, más allá de esto, las diferencias serán notorias cuando se trate de intereses que atañen directamente a los mecanismos que permiten el funcionamiento del propio sistema económico.

Como se dijo antes, en una economía planificada se protegerá básicamente la "planificación", el "abastecimiento", los "precios regulados", etc.; en una economía de mercado, se protegerán más bien los *mecanismos de funcionamiento de la economía de mercado* que, según la teoría económica, indirectamente apuntan a incrementar el bienestar general: la libertad de competencia, la lealtad de competencia, el sistema crediticio, el sistema de subvenciones, el funcionamiento de la bolsa, etc. Junto a estos mecanismos también se protegerán las pocas pero necesarias áreas de intervención estatal, tales como el sistema tributario, el sistema de subvenciones y otras formas de regulación excepcional de la economía.

Por cierto que también existen diferencias dentro de un mismo sistema económico que llevan a una mayor o menor acentuación de la protección legal y penal de los intereses. Por ejemplo, en el caso de la economía de mercado, mientras en los Estados Unidos, bajo una tendencia muy liberal, desde finales del siglo XIX existe una amplia protección legislativa, incluyendo la penal, de la libre competencia; en Europa, de tendencia más proteccionista, tal regulación legal es relativamente reciente, pues recién surgió a nivel comunitario con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 1957, y a nivel nacional, es hasta ahora básicamente de carácter administrativo en los Estados miembros.

Entonces, ya aquí se observa que, desde esta perspectiva global, la *protección primaria* de los mecanismos de funcionamiento del sistema económico no viene dada por el Derecho penal, además de que la protección penal, al igual que la protección extrapenal (todas las demás áreas jurídicas), depende del sistema económico al cual está subordinado[1]. La conclusión básica y tras-

---

[1] Por eso se dice que la protección del Derecho penal (en sentido estricto) es mayoritariamente "accesoria" y casi siempre "inmanente al sistema"; ver TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht. AT", p. 1, n. marg. 2, p. 3, n. marg. 6; ACHENBACH, p. 561 y s., 565.; similar, HERNÁNDEZ BASUALTO, "Perspectivas...", p. 132 y ss. Los casos excepcionales de tipos "autónomos" (no accesorios al Derecho extrapenal) se referirían al "lavado de dinero" y algunos tipos tradicionales (estafa, coacciones, cohecho) cuando resulten aplicables en el ámbito empresarial; ver TIEDEMANN, ibídem, p. 2, n. marg. 4. Y los casos de delitos "neutrales" (no dependientes del sistema económico) serían los "delitos informáticos", "contra los derechos de autor" y de "abuso de tarjetas de crédito y otros medios de pago sin efectivo", ídem p. 3 y s., n. marg. 6. Esta "relativización" de la "accesoriedad" y de la "inmanencia al sistema" de los delitos económicos es discutible, pues depende del concepto de "delito económico" que se maneje.

cendental que tiene que extraerse de esta observación es que en el Derecho penal económico resultará indispensable *coordinar el análisis penal con el del Derecho extrapenal.*

El *área jurídica extrapenal* ha sido muy dinámica y ha tenido un gran desarrollo en las últimas décadas; a medida que se ha ido reconociendo la necesidad de proteger los mecanismos básicos de funcionamiento del sistema, se han ido dando leyes especiales encargadas de regular la actuación de los participantes del mercado en distintos sectores[2]. Así han surgido también sendas áreas jurídicas altamente especializadas y autónomas (que antes eran comprendidas bajo un "Derecho económico") tales como el Derecho de la libre competencia (o Derecho Antitrust), el Derecho de la leal competencia y de la publicidad, Derecho de la propiedad industrial, Derecho bancario, etc. En estas áreas jurídicas también se suele prever un capítulo destinado a las infracciones y sanciones que atenten contra el bien jurídico protegido.

Desde esta perspectiva, en la actualidad, la doctrina administrativa y penal entienden que esta parte sancionadora del Derecho extrapenal (llamado también de manera global "Derecho administrativo sancionador") formaría parte de un *Derecho penal en sentido amplio*. Las consecuencias de esto son muy importantes: si el Derecho administrativo sancionador también es, de alguna manera, un Derecho penal, debería respetar una serie de principios básicos provenientes de este último[3]: entre otros, el principio de culpabilidad para la aplicación de sanciones, o sea la exclusión de la responsabilidad objetiva, y el respeto del principio "ne bis in idem" cuando, además de una sanción administrativa existiera o fuera a aplicarse una sanción penal[4].

---

[2] Por eso se suele mencionar como "fuente" del Derecho penal económico al intervencionismo estatal en materia económica que surgió en Europa después de las dos grandes guerras mundiales; al respecto ver las refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 24 y ss.; HERNÁNDEZ BASUALTO, "Perspectivas...", p. 102.

[3] Ver al respecto, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 194 y s.; ídem "Derecho penal económico. Parte especial", p. 489 y ss.; igualmente en "Diez años...", p. 36 [en esta compilación: p. 616]. En Alemania se considera que las diferencias entre el Derecho penal en sentido estricto y el Derecho contravencional (Derecho penal en sentido amplio) serían, en principio, meramente "cuantitativas" y no cualitativas; ver ampliamente al respecto con más refs. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, p. 31 y s., n. marg. 60 y ss., p. 58 y s., n. marg. 131 y s.

[4] P. ej., en el Perú rige ya la "Ley del procedimiento administrativo general" (Ley 27444 de 21 de marzo de 2001), en la cual se introducen notables avances en relación con la concepción de la administración pública en un Estado de Derecho. Entre otras cosas, en esta ley se tiene todo un capítulo referido al Derecho administrativo sancionador (capítulo II), el cual contiene una serie de "principios de la potestad sancionadora". Entre estos se han reconocido la legalidad, tipicidad, irretroactividad, etc. No se ha reconocido de manera expresa el "principio de culpabilidad", sino un "principio de causalidad" que parece aludir más bien a la "responsabilidad objetiva" (art. 230, número 8). En cambio sí se ha reconocido expresamente la vigencia del principio de "ne bis in idem" entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, pero no se ha reglamentado el cumplimiento efectivo de este principio en la práctica. En efecto, no solamente se trata de reconocer este principio, sino también de expresar cuál debe ser el procedimiento a seguir según el momento en que se constate la existencia de la posibilidad de una persecución en la otra vía. P. ej., si la infracción ya sancionada resulta tener un contenido de injusto penal grave, el juez penal debería poder imponer una

Pero cuando, además de esta protección extrapenal previa (con una parte sancionadora), se pretendiere un refuerzo adicional mediante auténticos tipos penales, dentro del Código Penal o en las mismas leyes especiales, se tendrá que hablar de un *Derecho penal en sentido estricto*.

1.2. Los ilícitos económicos dentro del Derecho penal actual

Tras lo dicho anteriormente, no debería sorprender que poco a poco se produjera una "invasión" del Derecho penal con nuevos tipos penales. En principio, no hay nada de alarmante en ello; solamente se trata de la decisión legislativa de querer reforzar las áreas extrapenales relacionadas con el funcionamiento del sistema económico. Esto no es, por lo demás, algo nuevo, tal como lo demuestra la tradicional existencia, en casi todos los países, de un Derecho penal tributario y otras medidas de control estatal similares a las que se incluyen actualmente en el Derecho penal económico[5].

El refuerzo penal de mecanismos económicos muestra una tendencia creciente, pero en los últimos años esto ha coincidido con otro fenómeno. Más allá de lo meramente económico, las interrelaciones humanas se han vuelto cada vez más complejas. Así, en una sociedad de producción masificada, es posible que determinadas decisiones empresariales puedan tener graves consecuencias para la salud individual (responsabilidad por el producto). Y, debido a los recientes y crecientes avances tecnológicos, se puede ir más lejos en el uso de la libertad individual y causar más daños de los que se podía causar antes (p. ej. delitos ecológicos), o cometer actos imposibles de practicar antiguamente, pero que la actual tecnología ha posibilitado, aunque se trate de actos desvalorados socialmente (manipulación genética). Todos estos desarrollos han sido acogidos con desconfianza por un sector del Derecho penal tradicional, el cual los ha englobado dentro del concepto *Derecho penal del riesgo*[6]. Otro sector simplemente intenta aplicar (flexibilizar) el instrumental penal tradi-

---

sanción penal, descontando de ella lo ya sancionado administrativamente. Si se interpretara el principio de "ne bis in idem" a rajatabla, podría abrirse una puerta de escape a la impunidad penal de hechos graves gracias a la sanción administrativa previa "oportuna" de la conducta.

[5] Se pueden ubicar este tipo de medidas incluso en el Derecho romano; ver refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 25. Pero, una verdadera consciencia sobre la existencia del fenómeno "delincuencia económica" y el desarrollo moderno de un Derecho penal económico recién puede constatarse a partir de los estudios criminológicos del norteamericano Edwin Sutherland en los años 50 del siglo XX; ver refs. en ABANTO, ibídem, p. 25 y s.; HERNÁNDEZ BASUALTO, "Perspectivas...", p. 102. Y la base positiva del Derecho penal económico comienza a surgir de manera sistemática en Europa continental recién a partir de finales de los 60. Sobre esto último, ACHENBACH, con referencia al Derecho alemán, p. 562 y ss.

[6] KUHLEN critica el empleo confuso de este concepto que puede querer decir tanto el intento de contrarrestar "grandes riesgos" surgidos en los últimos años mediante un legítimo Derecho penal minimizador de riesgos para los bienes jurídicos, como también un mero Derecho penal simbólico o un Derecho penal de control amplio de conductas (tipos de peligro abstracto y protección de bienes jurídicos universales); ver p. 357 y ss.

cional para dar una explicación a estos fenómenos, separando la subespecialidad "Derecho penal económico" de otros fenómenos modernos. Más allá de la discusión de dogmática penal entre normativistas ontologistas (moderados) y normativistas radicales, el hecho es que existen intereses (bienes jurídicos) cuya protección penal se ha visto cada vez más acentuada en los últimos años. Pero el movimiento tampoco ha sido aquí lineal; en el área de la libre competencia (que fue precisamente la que tomó por base Edwin Sutherland en los años 50 del siglo XX para sus observaciones pioneras sobre el delincuente de cuello blanco), se observa también el movimiento contrario: el legislador "ordena" frecuentemente la retirada del Derecho penal (Estados Unidos, Perú, Chile, etc.). Solamente en caso de la "competencia desleal" se ha mantenido el reproche penal de manera más o menos constante (publicidad engañosa, revelación de secretos, etc.); es más últimamente esta área punible se ha visto enriquecida por la introducción, en muchas legislaciones, de tipos de "corrupción privada" (Alemania, Italia, por lo visto también próximamente en España).

A continuación, revisaremos brevemente estos dos grandes grupos de delitos vinculados directamente con el funcionamiento del sistema de economía de mercado. El primero se refiere a la protección de la libre competencia en general y de procesos específicos de competencia (subastas, concursos, licitaciones). El segundo atañe a la represión de determinados actos de competencia desleal: corrupción privada, revelación de secretos, espionaje industrial. Al mismo tiempo se va a verificar si el legislador, así como su doctrina y jurisprudencia, realmente aplican los conocimientos obtenidos por la ciencia penal después de un largo proceso de discusión durante décadas enteras. Para estos efectos se recurrirá también a un breve análisis comparado entre la legislación penal española y la alemana, por Europa continental, y la peruana y chilena por Sudamérica.

2. Delitos contra la libre competencia

2.1. Conceptos previos

Una *economía de mercado* (o social de mercado) descansa sobre la base de un mecanismo básico: el libre juego de la oferta y la demanda de bienes y servicios. Este mecanismo, según la teoría económica, debe ser protegido para que los "agentes económicos" (individuos y agrupaciones, consumidores y empresas), al actuar en el marco de las leyes, no solamente lo hagan dentro del máximo posible de libertades constitucionalmente reconocidas, sino, por sus resultados finales y aunque sin buscarlo conscientemente, lleven a un máximo de eficiencia económica para los ciudadanos (como consumidores finales) y para la sociedad en su conjunto. Este mecanismo es considerado entonces como un "bien" que debe ser protegido por la ley, debido a que encierra den-

tro de sí dos objetivos valiosos: el ejercicio de la libertad y ventajas económicas para todos (incremento de bienestar general). Pero, como ha demostrado la experiencia, tampoco en una economía de mercado se puede dejar todo al libre juego de la oferta y la demanda, si previamente no se dispone de reglas básicas que deben ser respetadas por todos los agentes económicos. Históricamente se ha visto que, por distintas razones, los mercados tienden a la concentración de empresas y al abuso de poder de los más fuertes. Se debe garantizar, por ello, la "libertad" de competir a todos los agentes económicos en aquellos sectores del mercado donde tal "libre competencia" sea posible y deseable (existen algunos "ámbitos de excepción", donde no es posible o deseable la vigencia de una libre competencia)[7].

Ahora bien, el término *libre competencia* no solamente abarca un aspecto de "libertad", o sea el derecho a actuar como "competidor" dentro del mercado, derecho que no debe ser restringido por otros. También incluye la forma como se puede y debe ejercer esta libertad, es decir, de una manera tal que no atente contra los buenos usos y costumbres que los competidores deben respetar en el mercado: esto se ha llamado *lealtad competitiva*. Fuera del Derecho penal, a partir de aquí han surgido dos áreas jurídicas diferenciadas: el "Derecho de la libre competencia", "Derecho de los cárteles" o "Derecho Antitrust", por un lado, y, por otro lado, el "Derecho de la lealtad competitiva" o "Derecho contra la competencia desleal".

A partir de cada una de estas áreas jurídicas, se han independizado además otras, según la acentuación que el legislador hubiese otorgado a un determinado interés. Por ejemplo, dentro de la libre competencia, no pocas veces el legislador ha considerado por separado la protección de la libertad de competir en el marco de las licitaciones públicas (incluso a través de la previsión de tipos penales) o, en el marco de la competencia desleal, la publicidad comercial puede tener una regulación legal separada. Por otro lado, cuando el legislador penal entra a reforzar la protección de cada uno de estos intereses, es posible que lo haga (sea por descoordinación con el área extrapenal, sea conscientemente como decisión político-criminal) desde una perspectiva distinta a la que se tiene en el Derecho extrapenal; así, una modalidad de competencia desleal, la "publicidad engañosa", ha tenido una protección penal a través de dos valoraciones distintas: como protección de la "lealtad competitiva misma" (y mediatamente del patrimonio de los agentes, de la salud y patrimonio de los consumidores, etc.), como en Alemania (art. 16 UWG) o Perú (el ya

---

[7] En cuanto a los conceptos básicos que justifican la protección legal (y eventualmente penal) de la libre competencia, véase, c. más ref. ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho de la libre competencia", Lima, 1998, especialmente, p. 26 y ss. (finalidad de la protección), p. 37 y ss. (sanción penal de las prácticas restrictivas de la competencia), p. 110 y ss. (ámbitos de excepción), etc.

derogado art. 239 del CP), o como protección del "interés de los consumidores" (en España, el art. 282 CP). Y la "libre competencia" puede ser protegida penalmente reprimiendo con pena las "prácticas colusorias" o los "abusos de posición dominante" más graves (para lo cual también los criterios de agravamiento pueden variar) como en el ya derogado art. 232 del CP peruano o buscar una protección penal desvinculada de la terminología extrapenal, como en el tipo de "maquinaciones" español.

2.2. Protección de la libre competencia

En lo referente a la *protección penal de la libre competencia*, se puede observar que el **legislador penal español** no ha seguido una línea coherente con los desarrollos del Derecho extrapenal[8]. Anteriormente los delitos eran abarcados dentro de la figura poco clara conocida como "maquinaciones para alterar el precio de las cosas" (arts. 540 y 541 CP anterior). El correspondiente artículo 284 vigente se ubica dentro del Capítulo XI, del Título XIII ("Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico"), en la sección 3 ("De los delitos relativos al mercado y a los consumidores"); la dogmática penal española considera este tipo penal como sucesor del antiguo tipo de "maquinaciones", aunque ahora ya no se emplee expresamente tal término[9]. En la versión modificada por la LO 15/2003 de 25 de noviembre del mismo año, solamente se ha elevado la pena alternativa de multa (antes de 6 a 18 meses; ahora de 12 a 24 meses).

La doctrina española consideraba y considera aún que el tipo de "maquinaciones" (en el actual art. 284 CP) protegería al *bien jurídico* "sistema de libre competencia", en tanto ésta conformare "las normas sobre fijación de precios que expresan una determinada política económica y de precios de la Administración pública" (precios libres del libre mercado)[10]. Los precios materia de la "maquinación" podrían ser de cualquier tipo (venta, alquiler, compra, etc.); de manera más precisa: se refieren a cualquier mercado sometido a la libre competencia y pueden referirse tanto a "productos" como a "servicios", aunque la ley lo diga de otra manera[11].

Se puede observar en el modelo español que el tipo penal no describe las propias *conductas* que atentan contra el bien jurídico, sino solamente las carac-

---

[8] La deficiente regulación penal ha propiciado una escasa aplicación práctica del tipo de "maquinaciones"; cfr. MUÑOZ CONDE, p. 503 y s; críticamente también QUERALT, p. 724. Más refs. sobre las críticas al modelo hispano y sus antecedentes ver en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico P. E.", p. 40 y ss.

[9] Ver MORENO y BRAVO en Bacigalupo: "Curso de Derecho penal económico", Madrid, 1998, p. 179 y ss.; QUINTERO OLIVARES, p. 1440; MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 107 y s.

[10] Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 108; MUÑOZ CONDE, p. 504, QUERALT, p. 724.

[11] Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 109.

terísticas de ataque al bien jurídico y la vía por la que este ataque va a ocurrir. Se sigue la tradición de construir el verbo rector a través del término "maquinación", mientras que, en el área extrapenal, se suele describir directamente los dos grandes grupos de conductas ilícitas: prácticas colusorias (o cárteles) y abusos de posición dominante en el mercado. Además, como el actual art. 284 no exige una cierta "gravedad" ni "idoneidad para afectar los precios del mercado", se ha criticado la falta de respeto al principio de "intervención mínima". Pero, en mi opinión, también y sobre todo debe criticarse la inobservancia del principio de taxatividad.

Consecuencia de esta inseguridad es que, interpretativamente, la doctrina tienda a limitar los alcances del tipo, exigiendo que la maquinación punible deba poner en peligro el funcionamiento del sistema[12]. Y también es consecuencia que la jurisprudencia y doctrina sigan tratando de englobar dentro del tipo de "maquinaciones", conductas que poco o nada tienen que ver con la libre competencia, sino con el patrimonio individual o con otros intereses (p. ej. el de los consumidores); así se suele discutir aún el caso de la "reventa de boletos" y las afirmaciones engañosas para la venta de inmuebles a un precio superior[13].

En la interpretación del término *maquinación*, la doctrina española entiende que se trataría de una "manipulación de precios" dentro del proceso de producción, comercialización o distribución que excluya la libre competencia y tienda de manera directa o indirecta a fijar precios[14]. No se dice, aunque se deduce de los ejemplos y jurisprudencia presentada, que solamente se trataría de casos de efectos "inmediatos". Por ello queda claro que con esta interpretación, solamente podrían considerarse dentro de la interpretación penal española las "prácticas colusorias horizontales", mas no los casos de "abuso de posición dominante en el mercado"; y en general no entrarían los casos que "solamente" consistirían en eliminar competidores (sin que se hubiera podido probar la incidencia inmediata en los precios).

Los *medios empleados* son variados y específicos (difundir noticias falsas, empleo de violencia, amenaza o engaño, utilización de información privilegiada). Es interesante que el tipo español incluya dentro de los medios al uso de "información privilegiada" con el objetivo de "alterar el precio", que resultaría de la libre competencia. Se trata, en realidad, de una modalidad autónoma que debería ubicarse, más bien como delito bursátil. El caso supuesto en el art. 284 es irreal: el "insider" no pretende alterar el precio de "valores bursátiles", sino

---

[12] MARTÍNEZ-BUJÁN, c. más refs., p. 111.

[13] Ver estos casos y otros citados por MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 110 y s.

[14] C. más refs. MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 111 y s.

aprovecharse de su conocimiento para comprar o vender con lucro a un precio favorable para él (o un tercero) en el momento indicado[15].

Hay consenso en la doctrina española en que se trataría de un delito de *consumación anticipada*, es decir, se reprimiría como consumación lo que consistiría en una tentativa ("intentar alterar"); por ese motivo no se necesitará la efectiva "alteración del precio", sino la idoneidad de la conducta para ello[16]. Pero eso no quiere decir que no sea posible la "tentativa", pues es posible iniciar el comienzo del ejercicio de "violencia", de la maniobra de "engaño", etc.[17]. La confusión se debe a la redacción del tipo, pues aparentemente describiría una tentativa. Pero eso no es así, si se tiene en cuenta que el "intento de alterar... mediante..." debería equipararse a una conducta anticompetitiva concreta. P. ej. la formación de un cártel de precios. Y en esta conducta anticompetitiva concreta (a la cual anteceden reuniones, deliberaciones, decisiones formales o no y, luego, la ejecución consistente en la alteración del precio) es plenamente posible la tentativa.

En el *tipo subjetivo*, siguiendo con la delitimitación de los alcances del tipo, se suele exigir dolo directo (intención)[18].

La reforma penal española no ha previsto cambios de perspectiva. Así, el *Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal (proyecto de 2007)*, en su artículo sexagésimo, había previsto el siguiente tenor para el nuevo art. 284[19]:

> "Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses a los que:
>
> 1.° Empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sea objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos.
>
> 2.° Difundieren noticias o rumores, por sí o a través de un medio de comunicación, sobre personas o empresas en que a sabiendas se ofrecieren datos económicos total o parcialmente

---

[15] Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, quien por ello no encuentra problemas concursales entre la modalidad del art. 284 y el delito de "abuso de información privilegiada" del art. 285; p. 115.

[16] Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 109, 112; QUERALT, p. 725; MUÑOZ CONDE, p. 507.

[17] Cfr. c. refs. sobre las dos posiciones, MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 112 y s.

[18] C. más refs. MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 112; MUÑOZ CONDE, p. p. 507.

[19] Proyecto de Ley Orgánica 121/000119 de 15 de enero de 2007, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie A, N° 119-1, p. 25.

falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero, obteniendo para sí o para tercero un beneficio económico superior a los 300.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad.

3.° Utilizando información privilegiada, realizaren transacciones o dieren órdenes de operación susceptible de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de valores o instrumentos financieros, o se aseguraren utilizando la misma información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos valores o instrumentos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales."

"En todo caso se impondrá la pena de inhabilitación de uno a dos años para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador."

Como se observa, se persiste aún en el modelo de la "maquinación", sin armonizar con el Derecho extrapenal, aunque el legislador penal manifieste en la exposición de motivos del Proyecto de 2007 su intención de proteger la "libre competencia" e incluso destaque la influencia de las normas extrapenales, en la interpretación, de los elementos normativos de los tipos penales[20]. Al haber fracasado el Proyecto del 2007 por la cercanía de las elecciones generales (que impidió la revisión y votación del proyecto), se ha vuelto a un nuevo "Anteproyecto de 14 de noviembre de 2008" (*Anteproyecto de 2008*). En la exposición de motivos de este Anteproyecto, se justifica la reforma solamente en cuanto a la introducción de las "estafas a los inversores" y la "difusión de noticias o rumo-

---

[20] La reforma estaría motivada por el cumplimiento de la Directiva 2003/6 de la Unión Europea referida a operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (p. 10). Pero, en lo material, la fundamentación (salvo por el arriba criticado modelo de la "maquinación") utiliza el instrumental teórico-penal tradicional. Así, se vincula la protección penal con el buen funcionamiento del mercado (bien jurídico): "... todas las acciones que se han de reprimir constituyen manifestaciones de abuso de ese derecho de acceso al mercado único de servicios financieros, que exige buen funcionamiento y la confianza del público en los valores y productos derivados". Y se continúa la fundamentación advirtiendo de los mayores peligros que surgen a través del empleo de determinados medios: "La manipulación del mercado a través de la información, por abuso o por deformación, es el mayor peligro para el desarrollo económico y para la confianza de los ciudadanos en el proyecto europeo. La evolución técnica y financiera supone mayores incentivos, medios y oportunidades, pero también facilita el abuso del mercado a través de los nuevos productos, las nuevas tecnologías, actividades transfronterizas cada vez más frecuentes, las transacciones electrónicas...". En principio también se acierta en respetar el "principio de fragmentariedad" al no volcar todo lo dispuesto en la Directiva al ámbito penal y se resalta la importancia de (los conceptos extrapenales) de la Directiva para la interpretación de los "elementos normativos" de los tipos penales: "Las decisiones que toma la mencionada Directiva en orden a la tutela del mercado son de diferente naturaleza y no todas han de traducirse en leyes penales, sino que su destino coherente ha de ser el derecho administrativo o mercantil. Otras habrán de limitarse, y no es poco, a determinar la interpretación del derecho penal positivo, en la medida en que afectarán directamente al contenido necesario de los llamados elementos normativos de los tipos...". Ver p. 9, columna derecha, p. 10 columna izquierda del Proyecto, en Boletín Oficial de las Cortes Generales, 15 de enero de 2007, serie A, número 119-1.

res sobre empresas" (p. 10 y s.), y también se utiliza la misma fundamentación anterior para el caso de la "corrupción privada" (ver más adelante).

La *protección administrativa* en España es mucho más exacta a la hora de describir los ilícitos. En la reforma más reciente de 2008 ha tenido algunos cambios, pero se puede decir, en general, que ha sido muy amplia y, por lo menos, siempre ha acertado con describir correctamente las conductas anticompetitivas en armonía con los conocimientos de las teorías económicas y de la tradición europea: "conductas colusorias", por un lado; y "abuso de posición dominante" en el mercado, por el otro. Así procede la actual Ley 15/2007 de 3 de julio de 2007, "Ley de defensa de la competencia"[21], en sus artículos 1 y 2, además de incluir también un control de "concentraciones económicas" (art. 7 y ss.). Las infracciones pueden ser leves, graves y muy graves (art. 62). Para considerar una infracción como "muy grave" (lo más cercano al ilícito penal), se manejan diferentes criterios de gravedad según el grupo de conducta anticompetitiva de que se trate (art. 62, N° 4): en la "conducta colusoria", la gravedad consiste en que el cártel se realice entre "empresas competidoras entre sí"; en el abuso de posición de dominio, que la empresa abusiva "opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos". Y también es considerada como modalidad muy grave el infringir "resoluciones, acuerdos o compromisos" tomados en cumplimiento de la ley, en general, tanto en el caso de conductas restrictivas como en lo referente al "control de concentraciones". La sanción para la "infracción muy grave" puede equivaler al 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (art. 63, N° 1, c) o, si ello no fuera posible, una multa de más de 10 millones de euros (art. 63, N° 3 c).

Ahora bien, mientras que la "Ley de represión de prácticas restrictivas de la competencia" de 1963 preveía todavía tipos penales y estaba configurada de tal manera que permitía, en este aspecto, armonizar el Derecho penal con el extrapenal, a partir de la Ley de 1989 (derogada por la actual), ya no hay remisión expresa a la ley penal. Ello ha llevado a que la doctrina entienda que en el Código Penal español ya no se reprimirían las "prácticas restrictivas de la competencia"[22]. No obstante, siguiendo los principios del Derecho penal económico, y tal como manifestaba la exposición de motivos del proyecto de 2007[23], podría discutirse si cabría interpretar que el legislador penal habría

---

[21] Ver BOE número 159, de 4 de julio de 2007, p. 28848 y ss.

[22] Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 107.

[23] Ver más arriba en la nota 20.

hecho "remisiones normativas" implícitas, es decir, si podrían encajar dentro del tipo de "maquinaciones" por lo menos las conductas anticompetitivas más graves (para lo cual habría que buscar criterios agravadores y diferenciadores de los ilícitos administrativos "muy graves"). Esto es algo que necesitaría un minucioso y profundo análisis sistemático de la ley penal y administrativa, algo que no es posible hacer en este lugar y que, hasta donde alcanzo a ver, tampoco ha sido aún realizado por la doctrina hispana.

El **legislador peruano** ha reconocido a la "libre competencia" (económica) como instrumento básico de la economía de mercado y como bien necesitado de una adicional protección legal. Con ello se ha hecho eco de la doctrina y parte de la legislación extranjeras que han destacado la importancia económica (bienestar general) y política (máximo desarrollo posible de la libertad individual) que conlleva el correcto funcionamiento del mecanismo de la libre competencia[24]; si bien ha omitido hasta ahora introducir un amplio "control de procesos de concentración económica" (salvo por algunos sectores específicos como el de la distribución de energía eléctrica).

Siguiendo las recomendaciones y experiencias extranjeras, el legislador penal peruano, desde el principio, ha reconocido la prioridad de la protección legal en el área administrativa y solamente ha incluido un refuerzo penal accesorio. Así el art. 232 CP ("abuso de poder económico")[25], bajo una terminología un poco confusa, hacía una remisión en bloque a la "ley de la materia" para la precisión de dos grupos de delitos: "abuso del poder monopólico u oligopólico" (es más exacto el término "abuso de poder dominante en el mercado") y "prácticas y acuerdos restrictivos" ("prácticas colusorias" o "acuerdos de cártel"). La ley de la materia era, en este caso, el Decreto Legislativo 701 (modificada después por el D. Leg. 807 de 18 de abril de 1996), el cual, en sus arts. 5 y 6 hacía un listado de los ilícitos administrativos, y en el art. 19 señalaba cuáles de aquellos podían ser materia de un proceso penal y bajo qué condiciones. Como resultado final de una interpretación coordinada entre el tipo penal y la ley administrativa se tenía que aquel englobaba la punibilidad de trece conductas distintas (3 de abuso de posición dominante y 9 de prácticas colusorias[26]): por un lado, la negativa injustificada de contratar, la discrimi-

---

[24] TIEDEMANN, "Kartellrechtsverstöße...", p. 104; c. más ref. en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 27; "Derecho de la libre competencia", p. 37 y ss.

[25] *Artículo 232º: "El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36º, incisos 2 y 4."*

[26] Ver un análisis más detallado en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 44 y ss.

nación abusiva, y la imposición abusiva de "cláusulas de atadura", cuando son cometidas por empresas con "poder de dominio"; y por otro, además de las tres conductas anteriores cometidas por empresas (sin poder de dominio) que actuaren "concertadamente" (como "cártel"), también la fijación concertada de precios, el reparto concertado del mercado, la concertación sobre la calidad de los productos, el reparto concertado de cuotas de producción, la limitación o control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones, y la concertación de ofertas o abstención para ofertar en licitaciones, concursos, remates o subastas públicas.

Pero en esto el legislador peruano había cometido una serie de faltas ilustrativas:

a) Había ido más allá de la mera "complementación" del tipo penal, pues, a través de la norma extrapenal, había agregado dos elementos más al tipo penal: un "dolo" (que para los penalistas solo podía ser entendido como un "dolo especial", pues el tipo penal ya era doloso) y un "grave perjuicio para el interés económico general" (que podría ser interpretado como una "cuantía" o como "idoneidad"). Ambos elementos restaban posibilidades de aplicación práctica al tipo penal[27].

b) Había condicionado la persecución penal a una "denuncia previa" del órgano administrativo (art. 19 del D. Leg. 701 in fine). Esto atentaba claramente contra el principio de "legalidad procesal", pues la acción penal para la persecución de los delitos solamente puede recaer en el Ministerio Público. Los casos en que esta persecución penal hubiera tenido que ser "mediatizada" por un órgano administrativo tendrían que haber sido previstos de manera adecuada en la propia ley penal[28].

c) La falta de coordinación entre el legislador penal y el extrapenal salía a relucir, de la manera más evidente, cuando, a través del "llenado" del art. 232, se hacía posible la punibilidad de un supuesto típico de cártel ilícito ("el establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas") que ya estaba previsto anteriormente en el art. 241, numeral 3 ("concertación entre sí para alterar el precio en un remate público, una licitación pública o un concurso público de precios"). Ante esta grave falta legislativa, la salida por la vía interpretativa

---

[27] Anteriormente he propuesto interpretar el elemento "grave perjuicio" en el sentido de una "idoneidad" de las conductas típicas para producir "graves consecuencias para el interés económico general"; ver ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 66 y s.

[28] C. más ref. ver ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 71.

era posible, pero insatisfactoria: el art. 241, numeral 3, podía referirse solamente a las concertaciones referidas *directamente* a los "precios" ofrecidos en concursos, subastas y licitaciones públicas, dejando como "abuso de poder económico" las concertaciones referidas a otras materias (calidad, cantidad, retiro del concurso, etc.), aunque estas influyesen indirectamente en los precios[29]. En los últimos años, probablemente debido a la inaplicación de las normas penales, y también como concesión política a una serie de compromisos nacionales en el comercio exterior (p. ej. el recientemente vigente Tratado de Libre Comercio con los EEUU), aprovechando la promulgación de una nueva normativa sobre libre y leal competencia, se ha eliminado por completo la protección penal tanto de la libre competencia como de la leal competencia. Así la nueva "Ley de represión de conductas anticompetitivas", el D. Leg. 1034 de 25 de junio de 2008 (que reemplaza al D. Leg. 701 de 1991), ha derogado expresamente los artículos 232, 233 y el numeral 3 del art. 241, aunque no haya derogado los artículos 234 (especulación de bienes de primera necesidad) y 235 (adulteración de productos de primera necesidad). Por otro lado, se sigue sin controlar los procesos de concentración económica (fusiones), lo cual se explica por el interés de política económica de "establecer un ambiente apropiado para las inversiones" mencionado por la propia Ley 1034 en su parte considerativa.

En **Alemania**, se ha prescindido tradicionalmente de una protección penal de la libre competencia, la cual ha tenido hasta ahora una regulación amplia (incluyendo una parte sancionadora) en una ley especial: la ley contra prácticas restrictivas de la competencia (GWB) dada en 1957 y reformada múltiples veces. Allí se sancionan las "prácticas colusorias" o "cárteles" (art. 1 GWB) como también los "abusos de posición dominante en el mercado" (art. 28 y ss.GWB) y se establece un control de procesos de concentración (art. 35 y ss. GWB). Las multas para las infracciones suelen ser muy elevadas: la mayoría de ellas tienen un monto máximo de 1 millón de euros, monto que puede ser superado a través de la imposición adicional de una "confiscación de ganancias". Si el infractor fuere "empresa" o "asociación de empresas", la multa puede comprender un monto no mayor del 10 por ciento de la cifra total de ventas del año anterior a la fecha de la resolución sancionadora (art. 81, párrafo 4 GWB, en la versión de 18-12-2007). Además, la GWB ha previsto una serie de medidas especiales para el caso de las "empresas" y "asociaciones de empresas": el empleo del criterio de la "unidad económica" para averiguar el monto de la "cifra total de ventas" (art. 81, párrafo 4 GWB); recurrir a una

[29] Ver ya anteriormente en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 95 y s.

"estimación" de esta cifra total de ventas (art. 81, párrafo 4 GWB); los criterios de "gravedad" y "duración" de la infracción para fijar el monto de la multa contravencional (art. 81, párrafo 4 in fine GWB); la fijación de un "interés" al monto de la multa, el cual empezará a aplicarse después de 2 semanas de notificada la multa (art. 81, párrafo 7 GWB), etc.

En el campo estrictamente penal, recién con la reforma de 1997 se ha introducido una protección parcial de la libre competencia. Ahora está vigente un tipo penal de *acuerdos restrictivos contra la competencia en las licitaciones* (art. 298 StGB), el cual, junto con la *corrupción privada* (art. 299 StGB), forma parte del grupo de delitos que la doctrina ubica dentro del rubro de los "delitos contra la competencia". La necesidad de introducir este tipo penal se hizo patente ante la imposibilidad práctica de recurrir al tipo tradicional de "estafa" para reprimir graves casos que conmovieron a la opinión pública durante décadas. Es así que, pese a que se habían descubierto evidentes casos de concertación de precios (y favorecimiento descarado) entre algunas empresas en distintos ramos de la industria, sobre todo de la construcción, que formaron durante años verdaderos "cárteles de licitación", los procesos penales solían terminar en archivamientos, debido a que no se podía probar la presencia del elemento "perjuicio patrimonial" necesario según el tipo penal alemán de "estafa" (art. 263 StGB). El problema consistía en que, debido a su naturaleza, las prestraciones que se dan a la administración pública suelen tener un carácter particular, o sea no existe un "mercado paralelo" que pueda demostar el costo "justo", "competitivo" y, por lo tanto, es imposible deducir el "perjuicio"causado en el sentido de "monto" excesivo exigido o pagado por la administración pública[30]. Este tipo penal penal se analiza, como caso particular, más abajo en 2.3.

En **Chile**, la protección penal de la libre competencia que surgió con el Decreto Ley N° 211 de 1973 y la consecuente jurisprudencia (por lo menos hasta los años 80) fue considerada en el extranjero como modelo de efectividad, pues, pese a que sus normas eran exageradamente amplias, la jurisprudencia de las autoridades chilenas restringió sus alcances y construyó toda una base dogmática garantista que, por sus resultados, se acercaba al Derecho Antitrust norteamericano (incluyendo, entre otros, el reconocimiento de la "competencia" como objeto de proteccion, la sanción de las personas jurídicas

---

[30] La sanción de los "cárteles de licitación" era hasta la reforma meramente administrativa, pues los intentos de subsumir de las conductas bajo el tipo penal de "estafa" fracasaban ante la ausencia del elemento "perjuicio patrimonial"; ver al respecto, entre otros, TIEDEMANN, Leipziger Kommentar, 11ra ed., art. 298, n. marg. 4 y ss., p. 130 y s.; BANNENBERG, p. 22 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho de la libre competencia", p. 123 y ss.; ídem "Derecho penal económico. Parte especial", p. 81.

y un control de procesos de concentración)[31]. Posteriormente parece haber decaído el interés en la protección del bien jurídico hasta llegar a la descriminalización efectiva de las conductas (algo que en la práctica ya se habría producido) en la nueva disposición legal que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Ley N° 19.911 de 14-11-2003)[32].

2.3. Caso particular: fraude de licitaciones, subastas y concursos (procesos competitivos específicos)

Existe un atentado contra la libre competencia que tradicionalmente ha sido regulado por separado, junto con otras conductas emparentadas, en muchas leyes penales: las manipulaciones en el marco de un concurso público, subasta pública o licitación. La doctrina coincide en que aquí no solamente estaría en juego un aspecto supraindividual (la libre competencia o la leal competencia), sino también un aspecto individual (el patrimonio del Estado o del organizador del concurso, subasta o licitación), e incluso el funcionamiento de la administración pública[33]. A través de la protección de un bien jurídico económico y supraindividual entendido como la transparencia o la "pureza del proceso de subastas y concursos públicos" se protegen todos los intereses afectados vinculados directa o indirectamente con el funcionamiento del mercado; es decir, el bien jurídico puede ser enunciado como la "libertad de pujas", "libertad de concursar" o "libertad de acceso e igualdad de oportunidades de los postores"[34]. Pero es cierto que, debido a la descripción típica en muchas legislaciones penales (p. ej. el art. 262 CP español de 1995, art. 241 CP peruano de 1991), da la impresión de que se trataría más bien de la protección de bienes jurídicos individuales[35]. Lo cierto es que mientras se mantenga la base legal de igual manera que, p. ej., en España, podrá afirmarse que son protegidos ambos bienes jurídicos, mientras que en un modelo como el alemán

---

[31] Ver refs. y un análisis amplio de esta ley y la jurisprudencia chilenas en ABANTO VÁSQUEZ, "El Derecho de la libre competencia", p. 324 y ss., 340 y s. La crítica se refiere precisamente a los tipos excesivamente indeterminados de la ley, pero también a la falta de una imposición efectiva de verdaderas penas; ver HERNÁNDEZ BASUALTO, "Perspectivas...", p. 126; igualmente, ABANTO VÁSQUEZ, "El Derecho de la libre competencia", p. 341.

[32] Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, p. 125 y s.

[33] Ver refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 79 y s. Últimamente en este sentido para la doctrina alemana, TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht BT", p. 79, n. marg. 184; similar HEINE, en Schönke/Schröder, vor §§ 298ff., p. 2485, n. marg. 2.

[34] GONZÁLES RUS, p. 332 y s.; FERNÁNDEZ ALBOR, p. 82; LUZÓN CUESTA, "Compendio", p. 154; MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, con más argumentos a favor de esta tesis, p. 46 y s.; últimamente también de manera similar MUÑOZ CONDE ("forma específica de determinación de precios en un sector concreto"); "Derecho penal P. E.", p. 504; cfr. también QUERALT, p. 728.

[35] Por eso sostiene MARTÍNEZ-BUJÁN que en el art. 262 del CP español (el texto original menciona erróneamente el art. 265), se trataría de la protección de un bien individual y no sería un delito económico, p. 107.

(art. 298 StGB), está claro que solamente puede estar en juego la "competencia", pues, en este último caso, se trata de influir en un proceso de licitación sin empleo de violencia: la entrega de ofertas basadas en un "acuerdo ilícito" (un cártel) que busque hacer que el organizador se decida por determinada oferta[36]. En cambio, resulta erróneo entender que la protección penal se restringiría solamente al "patrimonio del Estado". Precisamente, la doctrina alemana resulta aquí esclarecedora, pues cuando ella, antes de la vigencia del art. 298 StGB pretendía subsumir los casos de "cárteles de licitación", dentro del tipo general de "estafa" (protección del patrimonio), fracasó repetidamente debido a la imposibilidad práctica de probar un "perjuicio patrimonial" para el Estado (p. ej. ante la falta de un "mercado" para el producto licitado, o la poca fiabilidad en el precio que pueda obtener de un "mercado comparativo")[37].

En general las leyes suelen prever tres *modalidades*:

1. La *solicitud y/o aceptación de dádivas*, "promesas" o (mejor) "ventajas" para no tomar parte en un "concurso", "subasta" o "licitación". En esto, hay similitud con el tipo de cohecho pasivo. En algunas legislaciones se prevé también la modalidad activa: el "ofrecimiento de dádivas..." para no tomar parte en un concurso, subasta o licitación. En España, solamente existe la modalidad activa (solicitar), mas no la pasiva (aceptar), lo cual lleva a la impunidad del "partícipe necesario". En el Perú, están previstas ambas modalidades (art. 241, números 1 y 2)
2. El *empleo de amenazas* para alejar a postores de un concurso, subasta o licitación. Esta es una modalidad clásica. Por cierto que la amenaza ejercida para no participar en una subasta, concurso o licitación (número 2 del art. 241 CP peruano) es también un supuesto de coacciones (art. 151 CP peruano), pero, en el caso concreto de los concursos, subastas o licitaciones, se va más lejos, pues se reprime ya la "tentativa" (el "intento") como delito consumado.
3. La maniobra de *hacer quebrar o abandonar* la licitación, tras haber obtenido la adjudicación. Esta modalidad la tiene el art. 262 del CP español; ni el CP peruano ni el StGB alemán la prevén.
4. La "concertación" para actuar en un proceso de licitación; o sea los *cárteles de licitación*. Esta modalidad, un auténtico delito contra la libre competencia, constituye el único tipo penal vigente en Alemania (art. 298) y existía en el Perú hasta su reciente derogación (art. 241, número 3: "Conciertan entre sí con el objeto de alterar el precio"). En España, esta modalidad

---

[36] TIEDEMANN se refiere a una "lesión de la competencia y de un proceso concreto de formación de precios", "Witschaftsstrafrecht BT", p. 79 y s., n. marg. 186.

[37] Ver las referencias en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho de la libre competencia", p. 123 y ss.

recién ha sido introducida por el nuevo CP ("se concertaren entre sí para alterar el precio del remate") y ha sido saludada como reforma necesaria[38].

Por razones de técnica legislativa, a veces ofrece problemas el saber si la conducta solamente se refiere a "procesos competitivos" *públicos* en el sentido de que el convocante sería un ente de la administración pública, o también a los "privados". Según la doctrina española mayoritaria, como el art. 262 se refiere a procesos "públicos" en el tipo básico y luego en el tipo agravado, se centra en que el convocante sería la administración pública, el CP español se referiría en el tipo básico a una subasta "pública" en el sentido de que sería toda aquella subasta "abierta al público"[39]. En cambio, el tipo peruano solamente se refiere a concursos, etc., "públicos" en el sentido de convocados por la administración pública.

Por otro lado, para el análisis penal es importante revisar la respectiva ley extrapenal que suele consistir en una "Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado o de organismos estatales" (en el Perú, la Ley 26850 de 1997), pues allí se definen los términos "licitación pública", "concurso público", etc., además de prever casos exentos de sanción debido a que, desde el principio, no entran en el proceso de competencia (adjudicación directa, adjudicaciones de menor cuantía, exoneraciones, situaciones de urgencia o emergencia).

En cuanto a la *autoría*, los tipos están ciertamente construidos como "delitos comunes", pero en algunos casos la descripción típica de la modalidad podría restringir el círculo de autores[40]. Así, en el "cártel de licitaciones", solamente los participantes en el proceso competitivo pueden ser autores. En el caso alemán, el círculo de autores se restringiría a individuos que actuaran "en nombre de empresas o asociaciones de empresas" que "se encuentran en competencia entre sí" además de que, al coludirse con los otros, realizaran un "acuerdo antijurídico" en el sentido de la ley extrapenal (la GWB)[41]. También hay una modalidad de delito especial en el tipo español, de "quebrar" o "abandonar" una subasta, tras haber ganado la adjudicación. Otros (asesores, terceros, funcionarios públicos si no estuviera prevista su participación por separado) podrían ser considerados partícipes del delito[42]. Por otro lado, como

---

[38] QUERALT, p. 729 y s.

[39] Cfr. MUÑOZ CONDE, p. 505, c. más refs.; QUERALT, p. 730. Ver también en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 83 y s.

[40] Por eso se suele afirmar que no se trata aquí, en principio, de delitos especiales; para la doctrina alemana ver por todos, HEINE en Schönke/Schröder, § 298, n. marg. 17, p. 2489.

[41] Cfr. TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht BT", p. 80 y s.,, n. marg. 188 y ss.

[42] También en Alemania se admite (aunque técnicamente no se hable de un "delito especial") una restricción del círculo de autores, pues el verbo rector describe a quien "entrega una oferta basada en un acuerdo ilícito",

los participantes en licitaciones suelen ser empresas, aquí tienen que aplicarse las "reglas del actuar por otro" para individualizar al responsable penalmente.

En la modalidad de mayor interés práctico, los *cárteles de licitación*, se trata de acuerdos de voluntades tendentes a alterar el proceso de competencia; se puede tratar de competidores reales o potenciales que se abstienen de participar, se retiran de la competencia en la que ya están participando o simulan participar pese a que han acordado de antemano los términos de su participación. A diferencia de los otros supuestos, que consisten en actividades unilaterales, aquí los propios participantes acuerdan subrepticiamente excluir la competencia entre ellos y, de esa manera, alteran el "precio" (las ofertas que hubieran tenido que dar). Lo ilícito radica en la concertación prohibida que ataca directamente a la "competencia necesaria"; por ello no se necesita probar que se han producido "beneficios" en los actores. Esta modalidad constituye lo que la doctrina tradicional denomina *delito de peligro abstracto*, aunque, desde la perspectiva de la "libre competencia", en realidad se trata de un delito de lesión, pues elimina el proceso de formación de precios a través de una libre competencia entre postores[43].

En general, no se exige algún "resultado" para la *consumación*, ni en forma de perjuicio patrimonial o "peligro al patrimonio"[44]. Esto es correcto porque, aparte de que resultaría ocioso exigir la verificación de un perjuicio patrimonial para el organizador (de difícil prueba; tendría que recurrirse a la "competencia hipotética") en realidad, la perjudicada es la competencia[45]. Es más, en algunos supuestos, el "precio hipotético" podría resultar menor que el manipulado (p. ej. en el marco de una competencia ruinosa). En España, sin embargo, en la modalidad de "abandonar o quebrar" una subasta, se necesita un resultado: el "efectivo abandono"[46].

En el tipo subjetivo, se suele exigir *dolo* en todas las modalidades. Pero en parte la doctrina señala que en algunas modalidades podría necesitarse también un elemento subjetivo adicional: la intención de querer "alterar el precio". P. ej. en la modalidad de "concertación" o cuando se intenta alejar de la

---

TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht BT", p. 80 y s. esp. n. marg. 190. Tras la reforma de la GWB en el 2005 sería posible ahora incluir en el tipo penal al "organizador" de la licitación y, además de aquel que entrega la propuesta a nombre de la empresa, también al "titular" o "representante"; ver ibídem, nota 190.

[43] En este último sentido, c. más refs. TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht BT", p. 79 y s., n. marg. 186. En el sentido de un delito de peligro abstracto, HEINE, en Schönke/Schröder, § 298, n. marg. 2, p. 2486.

[44] QUERALT, p. 730, MUÑOZ CONDE, p. 506; ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. P. E.", p. 90 y s.

[45] También para Alemania, TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht BT", p. 79 y s., n. marg. 186

[46] MUÑOZ CONDE, p. 506.

subasta a otro[47]. Pero por lo menos, en el primer caso, resulta exagerado exigir tal elemento subjetivo adicional; la intención de "eliminar competidores" (e indirectamente alterar el precio de los bienes o servicios) suele ser reflejo de la conducta anticompetitiva típica[48].

En Europa, debido al proceso de armonización, las legislaciones penales están poco a poco incluyendo también en los tipos penales la protección de intereses comunitarios. Así, en Alemania, el art. 298 también abarca casos relacionados con licitaciones de la Unión Europea o basados en el Derecho de la Unión Europea, pero no licitaciones extranjeras fuera de la misma[49].

En el caso de las "licitaciones y concursos", se trata de *procesos de competencia para la contratación con el Estado* que la ley debe proteger. En este caso no solamente se protege un proceso de competencia concreto (durante una subasta, un concurso público o una licitación pública), sino también los intereses de la propia administración pública. Por eso, se suele hablar aquí de un bien jurídico tutelado sui géneris conocido como "la pureza del proceso de subastas y concursos"[50].

Hay que señalar aquí que la intervención del *funcionario público*, cuando se trata de la modalidad de "concertación" usualmente es prevista por separado, como delito contra la administración pública ("fraude a la administración pública"; art. 436 CP español, art. 384 CP peruano) que prevé el caso en que los funcionarios públicos, encargados del proceso de contratación con la administración pública, favorecen a postores en épocas previas, simultáneas o posteriores de la convocatoria y adjudicación[51]. En los demás casos, salvo previsión legal específica, nada impide que el funcionario público pueda ser tenido por partícipe de la respectiva modalidad delictiva.

En **Chile**, para los "fraudes de subastas" se tiene al artículo 287 del CP, similar a la segunda modalidad prevista en el art. 241 del CP peruano: el alejamiento de postores de una "subasta pública" mediante "amenaza" o cualquier otro "medio fraudulento" con la finalidad de "alterar el precio del remate".

---

[47] QUERALT, p. 730; MUÑOZ CONDE, p. 506.

[48] Ver c. refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 91 y s.

[49] Cfr. TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht BT, p. 81 y s., n. marg. 192 y s.

[50] Ver más referencias en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 80 y s.

[51] Según mi interpretación, el tipo penal del art. 384 CP peruano, conocido, de manera inexacta, como "colusión ilegal", solamente sería aplicable cuando el funcionario público actuase en el contrato mismo con el ganador del concurso o licitación o en etapas posteriores de modificaciones, ajustes y ejecución del contrato; en cambio, el funcionario público puede ser autor del segundo supuesto del art. 241 o partícipe del tercer supuesto; ver esta propuesta anteriormente en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 90, 93 y s.

Aparte de lo restringido que es este tipo penal (se refiere solamente a "subastas públicas"), presenta también el inconveniente de contener expresamente un elemento subjetivo (la finalidad de alterar el precio de las cosas) que, como se ha dicho arriba es innecesario y, por lo demás, casi imposible de demostrar.

2.4. La excepción a la libre competencia: protección de la economía regulada

Desde los inicios de la vida organizada a través de un Estado, se ha podido observar que este ha recurrido a la legislación penal para proteger el abastecimiento de los mercados y, de manera más directa, los intereses económicos y la salud de los consumidores finales. En épocas más modernas, se habla por ello de un bien jurídico "interés de los consumidores" y se ubica allí, además de los tipos de "adulteración de productos", "falseamiento de productos", etc., también los delitos de "acaparamiento" (detracción del mercado), "especulación" (agiotaje). Sin embargo, esta conceptualización no es tan exacta: mientras que los primeros ilícitos se refieren a atentados contra regulaciones específicas propias de todo mercado libre (el contenido de los productos, normas de salubridad, etc.), los últimos son más problemáticos, pues son difíciles de justificar en un sistema de economía de mercado. No se trata con ellos de proteger la "libre competencia", ni siquiera directamente a los consumidores, sino de salvaguardar el "equilibrio del mercado" ante una situación anómala, extraordinaria, de distorsiones del libre juego de la oferta y la demanda[52]. Aparte de que el origen de estos tipos penales sea explicable por haber constituido una respuesta legal a situaciones producidas en épocas ya superadas de planificación económica, su mantenimiento como tipo penal suele ser considerado inofensivo y hasta deseable. Y es que es teóricamente posible su aplicación práctica cuando, ante situaciones excepcionales (p. ej. catástrofes), existiere en el país o en una parte de él, la necesidad de un control estricto de precios, del abastecimiento o de la calidad de los productos[53].

En épocas "normales" de funcionamiento del libre mercado, el *acaparamiento* (o la "detracción") de productos sería prácticamente imposible, pues la motivación de tal conducta presupone la existencia de un desbalance serio entre la oferta y la demanda que prometa ganancias considerables a través de una adquisición y almacenamiento masivos de bienes para inducir (o incrementar)

---

[52] ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 203 y s.; TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht BT", 2da. ed., p. 103, n. marg. 247. MARTÍNEZ-BUJÁN sostiene que se protegen tanto los intereses de los consumidores como también el libre mercado, p. 100 y s.; MUÑOZ CONDE, p. 499.

[53] Ver al respecto ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 202 y ss.; "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 119. Sobre la legislación alemana que introdujo similares tipos penales después de la Segunda Guerra Mundial y los derogó en 1954, TIEDEMANN, "Poder económico y delito", p. 22.

su escasez y poder luego exigir precios muy superiores a los de su adquisición. Ello solamente sería posible como "conducta concertada" o como "abuso de posición monopólica u oligopólica" y para tales casos ya existe la protección legal que se ha descrito más arriba. También la *especulación (de precios)* sería "problemática" en épocas normales, pues presupone que, fuera de los casos previstos ya como "prácticas restrictivas de la competencia", no sería posible una imposición de precios superiores al (promedio) del mercado, porque el consumidor siempre tendría a disposición otros lugares donde adquirir o vender productos o servicios. Sin embargo, estos casos son posibles de especulación y acaparamiento sí serían posibles en situaciones (realistas) de defectos del funcionamiento del mercado: carestías, guerras, crisis, etc. Aparte de esto también es posible, en un marco geográfico más limitado, la situación de emergencia debido a fenómenos naturales que provocan desabastecimientos, dificultades de acceso a determinados mercados, etc.[54]; estos casos suelen ser previstos como supuestos agravados (p. ej. en España y Perú).

Por otro lado, como los tipos penales de acaparamiento (detracción) y especulación se refieren a determinados productos y servicios (los de *primera necesidad*, etc.) los alcances del tipo penal no son tan exagerados. El elemento "bien de primera necesidad", por cierto, no es fácil de interpretar. Se tiene que hacer necesariamente una valoración que incluya, por un lado, bienes que son indispensables para cualquier persona en una sociedad moderna (alimentos básicos, agua, energía eléctrica, vivienda, vestimenta), pero por otro lado también a aquellos bienes y servicios que son en concreto indispensables según las tradiciones (determinados alimentos, objetos religiosos, etc.) o costumbres (determinado alimento, vestimenta, etc.), nivel cultural (libros, teatro, conciertos, etc.) o incluso nivel de vida (teléfono, televisores, lavadoras, automóviles, computadoras, etc.) del país de que se trate. En Alemania, por eso, se propone más bien una definición negativa: en lo esencial se descartan, como bienes de primera necesidad, solamente a los bienes suntuarios[55]. Esta falta de precisión ha merecido críticas, aunque resulta difícil la tarea de precisar más un concepto tan ambiguo y cambiante como el analizado[56]. Similares problemas en la búsqueda de parámetros para medir la "desproporción" entre el

---

[54] No sin razón se señala que, en la práctica, estos deberán ser los casos más importantes. MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 104. MUÑOZ CONDE se refiere, en cambio, al interés de los consumidores; p. 499.

[55] TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht BT", n. marg. 247, p. 103.; cfr. También ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", c. más refs. p. 218 y s.

[56] Siguiendo a la doctrina italiana MARTÍNEZ-BUJÁN sugiere el concepto "productos alimenticios de consumo generalizado, aunque también reitera la conveniencia de dejar a la normativa extrapenal el llenado del concepto"; p. 102 y s.

precio abusivo y el ficticiamente justo se presenta en el tipo de "usura" que en algunas legislaciones y doctrinas es considerado como un delito económico.

Salvo que se tratare de casos en que el propio Estado y sus dependencias fijaran los precios, en una economía libre siempre existirá un margen de precios. El problema práctico será, entonces, determinar cuándo, en una situación de distorsión, se habrá superado dicho margen; mejor dicho cuándo el alza de precios es "desproporcionada", "inapropiada", "abusiva". El problema está en que, bajo el libre juego de la oferta y demanda, precisamente se trataría de precios "naturales" cuando estos fueran elevados debido a una repentina mayor demanda y menor oferta de determinado producto o servicio. Cualquiera que fuere la situación de distorsión, resulta por ello indispensable recurrir a un parámetro como el "precio ficticio de mercado" o el "precio hipotético de competencia", o sea aquel precio que resultaría si la libre competencia estuviera en funcionamiento[57].

Como se dijo arriba, todos los países suelen contar, en su legislación penal, con tipos penales que reprimen las conductas de acaparamiento (detracción) de productos y especulación de precios. En **Alemania,** se mantienen aún tipos penales en leyes especiales referidas al "alza (abusiva) de precios". Así la Ley Penal económica de 1954 (WiStG 1954) contiene tipos contravencionales en sus artículos 4 (elevación abusiva de precios de bienes de necesidad vital) y 5 (elevación abusiva del precio de alquileres). Además se prevé un tipo de *"usura"* en el art. 291 StGB que suele ser considerado como delito económico, aunque no proteja directamente ni la libre ni la leal competencia, sino más bien el patrimonio de la víctima[58]. La conducta punible resulta reprochable por el aprovechamiento de un situación de urgencia del afectado; este último es típicamente impune por tratarse de delito de "participación necesaria"[59]. El elemento más problemático aquí es el de la "falta de relación" entre la prestación solicitada y la prestada, para la cual se recurre a la investigación del "valor de mercado", o sea, teniendo en cuenta el contexto territorial y temporal así como las peculiaridades de los mercados específicos; si no se pudiera investigar esto o no existiera, se tiene que recurrir a la difícil figura del "precio hipotético de mercado" o, por último a criterios sustitutos como "el precio apropiado o el precio justo"[60].

---

[57] TIEDEMANN, c. más refs. "Wirtschaftsstrafrecht. BT", 2da. ed., p. 103 y s., n. marg. 248. En la jurisprudencia, debido a la inseguridad en la aplicación de este criterio, se admite la "inapropiedad", recién cuando se superara el precio ficticio de mercado en un 30 por ciento; ibídem.

[58] Cfr. c. más refs. TIEDEMANN, entendiendo que su caracterización como delito económico sería posible si se considerara dentro de la protección la "libertad de contratar" como institución del sistema Wirtschaftsstrafrecht BT, 2da. ed., p. 105, n. marg. 257 y s.

[59] TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht BT", 2da. ed., n. marg. 275 y s., p. 110 y s.

[60] Cfr. c. más refs. TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht BT", 2da. ed., p. 106 y s.

En **España**, está vigente el tipo de "detracción de productos" (art. 281), la "publicidad falsa" (art. 282) y la "facturación ilícita" (art. 283). La publicidad falsa, sin embargo, suele ser vista como un delito contra los "consumidores" debido a que es elemento del tipo la idoneidad para perjudicar el patrimonio de este (ver abajo).

En **Perú**, el artículo 233 (acaparamiento de productos de primera necesidad) ha sido incomprensiblemente derogado por la nueva Ley administrativa de represión de conductas anticompetitivas (D. Leg.1034 de 25 de junio de 2008), pues, como ya se dijo, el tipo penal no es totalmente ajeno a la realidad. Es cierto que la técnica de tipificación no ha sido la mejor, pues el tipo básico se refería a meras acciones de acaparamiento y sustracción del mercado (en épocas normales) de cualquier producto y, recién en un segundo párrafo se preveía como agravante que la acción se refiriera a productos de primera necesidad, aparte de regir la "agravante común" (también para la especulación y la adulteración) de que los hechos se produjeran "en época de conmoción o calamidad públicas" (art. 236). En cambio, se mantiene el tipo penal de "especulación" (art. 234) que contiene dos tipos: la venta de productos de primera necesidad a precios superiores a los oficiales, "agiotaje" (párrafo 1) y venta de bienes y prestación de servicios a precios fijados arbitrariamente (párrafos 2 y ss.). Ambos casos se agravan cuando los hechos se ejecutaren en épocas de conmoción o calamidad públicas.

3. Delitos contra la leal competencia

3.1. El concepto "leal competencia"

En el Derecho extrapenal, se reconoce que la "competencia" tiene dos aspectos: el de la "libertad", entendido como *derecho a* y *deber de* competir, y el de la *lealtad*, es decir, un deber relacionado con *la forma como* debe realizarse la competencia. Luego, pueden existir formas y métodos prohibidos por constituir "competencia desleal" en contra de los demás competidores y de los consumidores.

En el área extrapenal, después de una larga evolución histórica, se ha llegado a cimentar una disciplina autónoma del Derecho encargada de la protección legal de la "leal competencia". Y en ello ha quedado claro que tal protección no solamente interesa a las empresas competidoras, sino también a los consumidores. Luego, la protección no es ahora una cuestión meramente privada (problema entre los competidores), sino ha pasado a tener carácter público, pues con ella se quiere preservar un mercado competitivo ("modelo social") en beneficio de todos[61].

---

[61] MOLINA BLÁZQUEZ, p. 50 y ss.; c. más ref. ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 99 y s.

Existen muchas conductas constitutivas de "competencia desleal". Un Derecho penal respetuoso de los principios de ultima ratio y fragmentariedad tendrá que escoger de entre todas ellas a las más graves. Por lo general, se considera como muy grave, y por lo tanto merecedora de sanción penal, a la "publicidad engañosa" (debido a su potencialidad para atentar también contra los intereses de los consumidores). La legislación y doctrina comparadas también incluyen al "espionaje industrial" y a la "revelación de secretos". El merecimiento de pena no es igual para todas las conductas desleales; dependerá no solamente de los intereses involucrados (usualmente será mayor cuando, además de los competidores actuales, también se vieran involucrados directamente los intereses de los consumidores), sino también de las necesidades del país en el cual se realizaren las conductas.

3.2. La "publicidad engañosa"

La *publicidad comercial* constituye, en un sistema de economía de mercado, un instrumento de los agentes económicos para dar a conocer al público sus productos y servicios. En una publicidad comercial moderna, se tienen que distinguir distintos tipos de publicidad y deslindar aquellos que constituyen "competencia desleal" de los que son lícitos; la doctrina y legislación extrapenales distinguen aquí distintos términos: publicidad abusiva, publicidad subliminal, publicidad despectiva, publicidad comparativa, etc[62]. Entonces, si se quiere el refuerzo penal, tendría que reprimirse penalmente solo aquellas conductas de "publicidad comercial" que merezcan mayor reproche penal[63]. En la doctrina penal se ha escogido la modalidad de "publicidad engañosa" para la descripción de un injusto penal grave, aunque su configuración típica no siempre contiene los mismos elementos en todas las legislaciones penales.

El CP **peruano**, a diferencia del art. 282 español, había optado por considerar este delito como un delito "contra la competencia", pues no exige que la conducta típica tienda a causar un perjuicio para los consumidores; el reproche penal estaba dirigido directamente contra el empleo de una conducta publicitaria desleal (engañosa). Pero esto presenta dificultades para establecer una clara distinción entre el ilícito administrativo y el penal. Puede buscarse una diferenciación intepretativa, restringiendo los alcances del tipo penal a través de algunos elementos: empleo de una "afirmación objetivamente falsa" (el ilícito administrativo admite también la "afirmación verdadera"), el empleo

---

[62] C. más refs. ver una exposición breve de la doctrina extrapenal al respecto en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico P. E.", p. 133 y ss., QUERALT, p. 732 y ss.

[63] Uno de los casos más graves, pero que curiosamente no está previsto expresamente en ninguna ley penal conocida es la "publicidad subliminal", que como acertadamente exige QUERALT, debería merecer respuesta penal; ver p. 733.

de un medio publicitario dirigido a un "número indeterminado" de personas (y no cualquier forma de publicidad comercial), y una elevada idoneidad de la afirmación falsa para engañar a un "consumidor razonable" (el ilícito administrativo protege de manera más amplia al "consumidor promedio" o incluso al incauto)[64]. En la actualidad, la nueva Ley peruana de represión de la competencia desleal, el D. Leg. 1044 de 26-06-2008, ha derogado expresamente tanto el tipo penal de publicidad engañosa del art. 238 como también la punibilidad de otras conductas desleales (la venta de productos a precios diferentes a los anunciados del art. 239 y los actos de competencia desleal del art. 240). Es decir, actualmente en el Perú solamente rige la protección administrativa básicamente a través de los tipos de publicidad engañosa y encubierta (art. 16) y publicidad abusiva (art. 18) del Decreto Legislativo 1044.

En **Alemania**, la "publicidad engañosa" está prevista fuera del StGB en el art. 16 de la Ley contra la competencia desleal (UWG). Al igual que en el derogado tipo penal peruano, el tipo alemán gira alrededor de la conducta desleal que, a su vez, por incluir el elemento "engaño" puede verse como una modalidad anticipada de "estafa". El contexto aquí está dado en el ámbito publicitario donde los responsables de una publicidad comercial no deben presentarla de tal manera que sea "capaz de inducir a error" al destinatario de la publicidad (el consumidor). Este es el tenor del art. 4 de la UWG alemana y que se maneja también a nivel del Derecho comunitario europeo. Como aquí no interesa el perjuicio económico para la tipicidad penal, el injusto se centra en la acción engañosa; pero no puede bastar con cualquier "engaño", pues la "publicidad comercial", si no se la quiere restringir excesivamente atentando contra la libertad de expresión y de actuación económica, por su propia naturaleza, tiende a la exageración con fines de inducir a la adquisición del producto ponderado. Por eso, la doctrina emplea un modelo de "consumidor" en el cual se reflejaría la idoneidad del engaño. Aquí, sin embargo, existen muchas posibilidades. Y mientras la justicia penal alemana maneja el criterio de un "consumidor promedio" (o descuidado), en la Unión Europea se toma por modelo al "consumidor razonable" (o acucioso); en el primer caso, la protección penal es más amplia que en el segundo, pues también se protege al consumidor imprudente[65].

---

[64] Al respecto, c. ej. y más ref. ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", 2000, p. 145 y ss. TIEDEMANN admite el criterio del "consumidor atento y razonable", pero advierte que el anterior criterio del "consumidor descuidado" del antiguo art. 6 UWG estaba justificado por razones de protección social del Estado ante determinadas personas (mayormente personas de edad avanzada), quienes frecuentemente eran engañados a través de una serie de modalidades (todavía aplicadas) de publicidad que, bajo pretextos y promesas, inducía a participar en excursiones de carácter publicitario (Kaffeefahrten); ver, con ejemplos y refs. "Wirtschaftsstrafrecht BT", 2da. ed., p. 93 y s., n. marg. 223 y ss.

[65] Al respecto TIEDEMANN, destacando el conflicto entre la interpretación del Derecho penal nacional y el europeo supranacional a este respecto, en LK, 11ra. ed., com previos art. 263, n. marg. 40; también ampliamente sobre el tema ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 159 y ss.

En España, el actual art. 282 del CP constituye la consagración legislativa de la protección del "interés de los consumidores" y no la de la "lealtad competitiva". Antes de darse el actual CP, sin embargo, se había discutido si debería introducirse un tipo penal de protección de la lealtad competitiva. Reflejo de esta postura fueron el art. 342 del Proyecto español de 1980 y el art. 279 de la propuesta de Anteproyecto de 1983[66]. Esta concepción fue descartada y actualmente, el art. 282 del CP español está destinado a proteger directamente a los consumidores en su "derecho a obtener una información veraz"[67]. Esta decisión político-criminal se manifiesta también en el distinto uso de términos empleados tanto en la ley penal como en la ley extrapenal (la Ley General de Publicidad española); la ley penal se refiere a una "publicidad abusiva", mientras que la ley extrapenal, de manera más técnica, a la "publicidad engañosa"[68]. El tipo penal es considerado una modalidad anticipada de la "estafa" y, desde esta perspectiva, constituye un *delito de peligro*, pues no requiere el efectivo perjuicio patrimonial[69], pero sí se necesita una "idoneidad" o "aptitud" de dicho peligro[70]. Luego, como el "engaño" no incluye a las exageraciones propias de la publicidad comercial"[71], no habrá "idoneidad" en ellas, sino solamente en aquellas "alegaciones falsas" que puedan realmente causar engaño en el consumidor. Y para constatar ello podría entrar a tallar la discusión arriba señalada sobre el tipo de "consumidor" (razonable, promedio, etc.), es decir, si el engaño es tal que podría llevar a un consumidor (razonable, promedio, descuidado) a creer en la alegación falsa. En un sentido similar a esto, parte de la doctrina hispana centra la idoneidad de peligro grave en el "interés socioeconómico" de los consumidores[72], aunque otra parte lo hace en relación con la "seguridad de las personas"[73]. El problema no es sencillo, pues el reproche penal típico no se dirige a la deslealtad sin más de la publicidad, sino la vincula con un "peligro" (grave) para los consumidores. Por ello, en el tipo penal español es posible tanto esta como la otra interpretación, e incluso parece ser que la segunda encajaría mejor con el modelo conscientemente elegido por el legislador español.

---

[66] Ver las refs. al respecto y sobre la discusión en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 138.

[67] Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 80 y s.; MUÑOZ CONDE, p. 500.

[68] Critica acertadamente esta "dislexia legislativa", QUERALT, p. 732, 733.

[69] MUÑOZ CONDE, p. 500 y s.

[70] MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 86 y s. QUERALT, en el mismo sentido, hace una interpretación del elemento típico de "perjuicio grave y manifiesto",

[71] MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 85; MUÑOZ CONDE, p. 501; QUERALT, p. 734.

[72] MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 87; MUÑOZ CONDE, p. 501.

[73] QUERALT, p. 734.

También se discute en la doctrina si el ámbito publicitario descrito en el tipo (la "oferta publicitaria") podría ir más allá de la publicidad "masiva", es decir, también abarcaría la "oferta individual" (acercamiento a la estafa)[74]. El delito es siempre *doloso* y el dolo abarca la idoneidad del peligro creado[75]. Y como el tipo penal se refiere a "fabricantes o comerciantes" se trata de un *delito especial*, en el cual todos los demás participantes solamente podrían ser partícipes[76]. Resulta curioso que precisamente el mayor implicado en la conducta publicitaria, el "anunciante" (empresa publicitaria), tendría que quedar fuera del círculo de autores[77]. Y al tratarse de un tipo de idoneidad, aunque no se necesite un resultado de perjuicio, eso no quiere decir que no pueda ser posible la tentativa, pues cuando la "publicidad abusiva" (alegación falsa idónea) fuera descubierta antes de que esta sea dada a conocer al público[78].

El *Proyecto de Ley de 2007* no ha modificado nada en cuanto al tipo básico de "publicidad engañosa" (art. 282), a excepción de la novedad general de la punibilidad de personas jurídicas (arts. 288bis), pero ha agregado un supuesto más, que podría encajar ya en el tipo general de "estafa" (como tentativa) o puede ser visto como equivalente al tipo alemán de "fraude en la inversión de capitales" (art. 264a):

> Art. 282bis: "Los que como administradores de hecho o de derecho de una sociedad que cotice en el mercado de valores, falsearan las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores, de modo apto para producir engaño y de ese modo consiguieran captar inversores u obtener créditos o préstamos, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código [delito de fraude de subvenciones]".

3.3. Otras conductas desleales

En el **Perú**, aparte de la "publicidad engañosa" (art. 238 CP), el legislador penal peruano había considerado punibles dos supuestos específicos de "competencia desleal": la *explotación de la reputación ajena* (numeral 1 del art. 240

---

[74] En este sentido, MUÑOZ CONDE, p. 501. Exige que la oferta individual se realice "sucesivamente con idénticas características a varias personas", MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 83.

[75] MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 88 y s.

[76] MUÑOZ CONDE, p. 502.

[77] Como acertadamente observa MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 89.

[78] Así, c. más refs. MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 89; igualmente para el caso peruano y alemán (en el cual la tentativa de este delito es de lege lata impune), ver las refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 184 y s.

CP, equivalente al art. 14 del D. L. 26122) y los *actos de denigración* (numeral 2, equivalente al art. 11 del D. L. 26122). Pero, la nueva "Ley de represión de la competencia desleal" (Decreto Legislativo 1044, publicado el 26 de junio de 2008) ha derogado expresamente todos estos artículos. Junto con otras modalidades de "competencia desleal", estos supuestos han quedado solamente como ilícitos administrativos: la publicidad engañosa (arts. 16 a 18), los actos de explotación de la reputación ajena (art. 10) y los actos de denigración (art. 11).

No obstante, si bien es hasta cierto punto comprensible la actitud del legislador de descriminalizar estas conductas, no lo es que hasta ahora mantenga como mero ilícito administrativo los casos más graves de "revelación de secretos" y "espionaje industrial" que suelen ser considerados como más graves en la legislación y doctrina comparadas[79]. En la nueva ley (D. Leg. 1044) son considerados como "actos que alteran indebidamente la posición competitiva propia o ajena", los "actos de violación de secretos empresariales (art. 13) y los "actos de sabotaje empresarial" (art. 15)[80].

Y el legislador peruano también va en contra de la tendencia mundial cuando no considera la punibilidad de la "corrupción privada" (o "corrupción en el tráfico mercantil", según el nomen juris alemán)[81].

En **Alemania**, existen otros tipos penales de "conducta desleal" previstos en la "Ley contra la competencia desleal" (UWG): aparte de la "publicidad engañosa" (art. 16 UWG) la "revelación de secretos" (art. 17, primer párrafo UWG), el "espionaje industrial" (art. 17, segundo párrafo UWG) y el "apro-

---

[79] Antes de la reforma española, MOLINA BLÁZQUEZ consideraba p. ej. que, en razón del principio de "mínima intervención", deberían considerarse como delito, al lado de la publicidad engañosa y la denigración del competidor, la violación de secretos empresariales y el espionaje industrial; ver, p. 435 y s.

[80] *Artículo 13º.- Actos de violación de secretos empresariales.-*
Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, lo siguiente:
a) Divulgar o explotar, sin autorización de su titular, secretos empresariales ajenos a los que se haya tenido acceso legítimamente con deber de reserva o ilegítimamente;
b) Adquirir secretos empresariales ajenos por medio de espionaje, inducción al incumplimiento de deber de reserva o procedimiento análogo.

Artículo 15º.- Actos de sabotaje empresarial.-
15.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, perjudicar injustificadamente el proceso productivo, la actividad comercial o empresarial en general de otro agente económico mediante la interferencia en la relación contractual que mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tengan como efecto inducir a estos a incumplir alguna prestación esencial o mediante una intromisión de cualquier otra índole en sus procesos o actividades.
15.2.- Los actos que impliquen ofrecer mejores condiciones de contratación a los trabajadores, proveedores, clientes o demás obligados con otro agente económico, como parte del proceso competitivo por eficiencia, no constituyen actos de sabotaje empresarial.

[81] Al respecto me he manifestado por su punibilidad en diversas ocasiones; ver ABANTO VÁSQUEZ en "Derecho penal económico. Parte especial", p. 108; "Delitos contra la administración pública...", p. 415 y ss.

vechamiento indebido de modelos de utilidad" (art. 18 UWG). En **España**, donde como se ha dicho arriba, la "publicidad engañosa" es más bien un delito contra los consumidores, la auténtica protección penal de la leal competencia es brindada a través de los tipos de "revelación de secretos industriales y comerciales" en los arts. 278 a 280[82]. Tomando como modelo al CP español se pueden apreciar dos grupos distintos de conductas punibles relacionadas con los "secretos empresariales"[83]:

1. La *revelación de secretos de empresa* por quien está laboralmente vinculado a la empresa perjudicada o tenga un deber de reserva frente a ella (auditor, consultor, miembros de otra empresa con acceso al know-how de aquella). Si bien hay consenso en que quien labora para una empresa tiene un "deber de sigilo" en relación con los secretos de aquella, se discute la duración de ese deber después del cese en el puesto de trabajo. Se sugiere en la doctrina establecer un plazo de vigencia de dicho deber o ligar el injusto de la develación al hecho de que implique competencia desleal (p. ej. si se revela el secreto precisamente a una empresa competidora en el mercado).

   La acción típica de "revelar", "develar" o "descubrir" no necesita que se dirija a un extenso o indeterminado número de personas; para que se consuma el delito basta con que se ponga en conocimiento de otro el secreto, sin necesidad incluso de que este lo haya entendido inmediatamente (pero debe existir la posibilidad de que lo haga), pues en ese caso ya se produjo el desvalor del acto (violación del deber de sigilo) y el desvalor del resultado (peligro para la capacidad competitiva de la empresa no basada en la mayor eficiencia del competidor). Estas conductas están previstas en el art. 279 CP español.

   Adicionalmente se suele sancionar el *aprovechamiento* indebido del secreto cedido en principio legalmente (art. 280 CP español). P. ej. cuando se excede de la autorización dada por el titular, o incluso el aprovechamiento de secretos obtenidos ilegalmente por terceros, sin haber el primero participado en este último acto. También se puede pensar en una modalidad atenuada cuando el sujeto activo (ex trabajador) aprovecha el secreto para sí mismo sin entrar en competencia con la empresa titular del secreto, pues aquí la capacidad competitiva de la empresa se ve menos perjudicada.

---

[82] En juego estaría la "capacidad competitiva de las empresas" como expresión de a "competencia leal"; ver por todos MUÑOZ CONDE, c. más refs., p. 494

[83] Ver sobre los tipos penales españoles que se explican resumidamente a continuación, c. más ref., entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 62 y ss.; MUÑOZ CONDE; p. 493 y ss.; MORALES PRATS/MORÓN LERMA QUINTERO, "Comentarios...", p. 1413 y ss.

En ambos casos, se suele exigir el ánimo de lucro o la intención de perjudicar al titular, a fin de limitar la persecución penal a los casos más graves[84].

2. El *espionaje industrial*, consistente en una conducta destinada, específicamente, a descubrir secretos industriales de una empresa utilizando terceros ajenos a esta ("espías"). La conducta puede consistir en el apoderamiento de documentos, datos informáticos, etc., mediante cualquier medio (grabación de sonido, archivo electromagnético de datos, imágenes, etc.). La conducta típica se consuma con el peligro (idóneo) de la conducta dirigida a descubrir el secreto. Obviamente, la conducta puede realizar también otros tipos penales comunes (daños, violación de domicilio). Esta modalidad está prevista en el art. 278 CP español. El CP peruano no prevé un tipo similar, aunque sí existen varias modalidades como ilícito administrativo en la Ley de represión de la competencia desleal (Decreto Legislativo 1044): actos de violación de secretos empresariales (art. 13) y actos de sabotaje empresarial (art. 15).

4. La "corrupción privada"

Los supuestos de **corrupción privada** (o "corrupción de empleados" o "corrupción en el tráfico comercial") se asemejan al "cohecho" tradicional en cuanto a que se influye secretamente en una persona en la cual se ha depositado "confianza" para decidir sobre algo; de manera más concreta se trata de una persona que tiene el deber de decidir, de manera objetiva, sobre un asunto o que debe contribuir con sus esfuerzos o conocimientos acostumbrados a un resultado positivo esperado. Pero a diferencia del "cohecho" tradicional, en la corrupción privada, el sujeto activo no tiene la cualidad de "funcionario público", sino de un "empleado" que actúa en el marco de cualquier actividad empresarial (un concurso público, una competencia de calidades, una competencia deportiva, etc.)[85]. Una modalidad de esta figura es la que está estrechamente vinculada con los delitos contra la leal competencia: el soborno a empleados privados para obtener alguna información sobre la empresa para la cual trabajan ("soborno comercial" o "revelación de secretos")[86]. La dañosidad de estas prácticas ha sido destacada en la doctrina[87]; la empresa afectada

---

[84] Esto es recomendado también por MOLINA BLÁZQUEZ, 1993, p. 422.

[85] Ver, c. más refs. TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht. BT", p. 93 y ss., n. marg. 195 y ss.; HEINE, en Schönke/Schröder, § 299, p. 2491 y ss.; VORBAUM, p. 649 y ss.; TINKL, p. 126 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", p. 415 y ss.

[86] C. más ref., ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", 2000, p. 400 y ss.

[87] TIEDEMANN, "Welche strafrechtliche Mittel...", p. C 63; remitiéndose al primero, DÖLLING, "Empfehlen sich Änderungen...", p. C 27.

puede sufrir perjuicios de todo tipo, dependiendo del objetivo de la maniobra corruptora: si se sobornó al empleado para obtener condiciones favorables en la contratación, la empresa del sobornado podría recibir una contraprestación de menor calidad o pagar un precio superior al del mercado; si el soborno buscaba que el empleado revelara secretos empresariales, la afectada perderá el valor que estos secretos importen, etc.

En la actualidad, ya no se discute sobre la dañosidad social de las conductas de "corrupción privada" (que no pocas veces van de la mano con casos de "corrupción de funcionarios públicos"), pues ha quedado claro que atentan tanto contra la "libre y leal competencia" como también contra el patrimonio de las empresas afectadas[88]. Pero también se afecta al interés de los propios consumidores, quienes son los que, en buena cuenta, "financian" el costo de la "corrupción privada" al pagar un precio más elevado por los productos o servicios que ellos finalmente compran o contratan al afectado. En los últimos años en Alemania, donde recién desde 1997 se reprime penalmente la conducta, se han descubierto una serie de casos espectaculares de "corrupción privada" (caso Ikea, caso Siemens, etc.). En ellos, se han visto involucrados empleados de alto nivel en grandes empresas conocidas en toda Europa. Durante muchos años, estos favorecían a determinadas empresas, de las cuales recibían sobornos de distinto tipo (dinero en efectivo, vacaciones pagadas, pago en especie, etc.), a fin de que estas últimas obtuvieran la contratación (p. ej. la construcción de un estacionamiento, el suministro de productos, etc.) con la empresa de los sobornados; el sobrecosto que implicaba el soborno simplemente se cargaba al costo de la obra o del servicio contratado[89]. Y estos casos se produjeron pese a los sistemas de "autocontrol" de las propias empresas involucradas, pues incluso los controladores recibían sobornos. En algunos casos, la "corrupción privada" iba unida a actos de estafa (falsificación de cuentas falsas); y en todos los casos implicaba un perjuicio patrimonial para la empresa del empleado sobornador, motivo por el cual, las investigaciones (y probablemente también el proceso penal) no solamente se dirigían a reunir pruebas de "corrupción privada", sino también por "estafa" y "administración desleal". En el caso más espectacular (el del consorcio sueco "Ikea") los actos de corrupción tenían 20 años de duración y se habían producido pese a las estrictas directivas que regulaban precisamente el trato con proveedores para evitar casos de corrupción. Por lo visto, existía un clima especial de corrupción

---

[88] Cfr. TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht. B. T.", p. 94, n. marg. 196; HEINE, en Schönke/Schröder, § 299, p. 2491, n. marg. 2; VORBAUM, p. 649 y s.

[89] El caso más grande y de más duración se refiere al consorcio sueco de muebles "Ikea", pero también se han presentados casos que involucran a las empresas automovilísticas alemanas BMW, Vokswagen y Daimler Chrysler, la empresa electrónica holandesa "Philips", y la cadena de tiendas alemanas "Karstadt"; ver recientemente "Schwedische Gardinen", en "Der Spiegel", N° 35 (28-08-06), p. 59 y ss.

entre los altos empleados de "Ikea" y los proveedores. El pago de los sobornos se hacía principalmente a "empresas buzón" (de propiedad del sobornado), las cuales extendían recibos ficticios (o sea por servicios nunca prestados por dichas empresas); el dinero era finalmente depositado en cuentas secretas en bancos de Lichtenstein y en Suiza.

Lamentablemente, hasta la actualidad, no son muchos los legisladores penales que han prestado atención a esta figura penal. Así, en **Latinoamérica**, el tema no ha sido previsto ni siquiera en la mencionada "Convención Interamericana contra la corrupción" de 1996.

Con la reforma de 1997, **Alemania** ha cumplido con mejorar sus tipos penales contra la "corrupción privada" y ha trasladado las figuras penales que antes estaban en el art. 12 de la "Ley contra la competencia desleal" (actos de corrupción de funcionarios privados y particulares de manera paralela al cohecho pasivo y activo de funcionarios públicos) al StGB. Ahora existen dos nuevos tipos penales de corrupción privada activa y pasiva en el art. 299 y casos agravados en el 300 del StGB. Pero estos "nuevos" tipos penales se refieren expresamente a "atentados contra la competencia"[90] y, por ello, presuponen demasiados elementos típicos que dificultan su aplicación[91]. Por otro lado, también en el campo de la "corrupción privada" se han constatado algunos vacíos de punibilidad. Se debería prever la punibilidad por cohecho privado del *titular del establecimiento*, con lo cual se podría abarcar sobre todo a los titulares de *empresas consultoras* o, en general, de cualquier titular de un establecimiento que preste servicios de asesoramiento (médicos, arquitectos, etc.) cuando su prestación no se basara en criterios objetivos, sino fuera influida por el soborno, faltando así a su deber de "objetividad" y "lealtad" frente al asesorado[92]. Y también podría pensarse en introducir un "tráfico de influencias" en la "actividad privada" para abarcar los casos en los que intervengan "empresas intermediarias", cobrando comisiones por conseguir la contratación entre dos empresas o entre una empresa privada y una empresa pública o la administración pública[93].

---

[90] Se buscaba con esto evidentemente una mayor efectividad preventivo-general ante la constatación del incremento de la corrupción en el sector empresarial; al respecto, c. más ref. DÖLLING, "Empfehlen sich...", p. C 24; BANNENBERG, p. 25 y s.; TIEDEMANN, c. más ref., Leipziger Kommentar, § 299, p. 157 y ss.

[91] TIEDEMANN recomienda, por ejemplo, la supresión del elemento "en el marco de la competencia" por innecesario desde la perspectiva de la protección de los consumidores y del principal, y de la protección de la "lealtad competitiva"; ver "Schmiergeldzahlungen...", p. 768 ; también en "Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil", 2da. ed. n. marg. 202, p. 85.

[92] Ver la recomendación de TIEDEMANN, quien sigue aquí la propuesta de Ernst-Joachim Lampe; "Schmiergeldzahlungen...", p. 763, 767; también "Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil", p. 90, n. marg. 213.

[93] Así TIEDEMANN, "Schmiergeldzahlungen...", p. 768 y s.; Wirtschaftsstrafrecht BT, 2da. ed., n. marg. 4, p. 3, n. marg. 214, p. 90.

En **España**, todavía no se cuenta con un tipo penal pertinente. Pero el ya mencionado Proyecto de Ley de 2007 ha previsto la introducción de un nuevo tipo penal de "corrupción entre particulares". Este se situaría como artículo único de la sección cuarta del Capítulo XI del Título XIII (las actuales "disposiciones comunes" pasarían a una nueva "sección 5ta.") con el siguiente tenor:

"1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto el triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3. Los jueces y Tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio".

En la exposición de motivos del proyecto[94], se justificaba la novedad debido a la obligación existente impuesta por la Decisión Marco 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. Según se expone, esta Decisión exige de los países miembros de la Unión Europea que garanticen una competencia justa y honesta. Para ello sería necesario reprimir (penalmente) las conductas de los encargados de administrar empresas por conductas que deberán estar descritas típicamente de manera similar a los actos de "cohecho" de funcionarios públicos. El merecimiento de pena se basa en la gravedad de la conducta: "La corrupción del administrador de una empresa por parte de otra empresa a fin de que haga u omita algo que puede repercutir en las actividades de su propia empresa, sea en prestación de servicios, adquisición o venta de mercancías, sea para dañar a esa

[94] Ver Proyecto de Ley Orgánica 121/000119 de 15 de enero de 2007, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie A, N° 119-1, p. 10 y ss.

misma empresa o a una tercera, no es simplemente un conflicto que no excede de la esfera de lo privado sino que rompe las reglas de buen funcionamiento del mercado. Ciertamente que la similitud con las modalidades de cohecho es grande, y la importancia del problema también lo es, máxime si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales no solo para sus protagonistas inmediatos, sino para otras muchas personas" (p. 10 y s.).

Por otro lado, también se destaca el injusto penal peculiar del "cohecho privado" que iría más lejos que el de los meros actos de competencia desleal:

> "Posiblemente se podría sostener que esas prácticas caen en un concepto genérico de acto contrario a la competencia leal; pero esa calificación resulta en exceso tibia, y así lo ha declarado la Decisión al principio citada, cuyo cumplimiento lleva a la introducción de un nuevo delito dedicado a la corrupción en el sector privado, tipicidad que excluye de su ámbito a las empresas públicas o a las empresas privadas que presten servicios públicos, las cuales deberán ser sometidas a la disciplina penal del cohecho obviando, por voluntad legal, la condición formal de funcionario que ha de tener al menos una de las partes" (p. 11).
>
> El *Anteproyecto de 2008* no ha cambiado nada en cuanto al tenor del nuevo artículo 288, pero ha justificado la reforma empleando prácticamente las mismas palabras que el Anteproyecto del 2007 (Anteproyecto de 2008, p. 10 y s.).

5. Resumen y perspectivas

Se han analizado algunos ataques contra bienes jurídicos importantes del sistema de "economía de mercado", así como la protección legal existente. Se ha comprobado que, en algunos casos, el legislador no ha sido siempre coherente pues, ante un interés, que desde la perspectiva de las ciencias económicas sería de primer orden (la "libre competencia" define incluso al sistema de economía de mercado), la protección no ha sido tradicionalmente la mejor y, muchas veces, ni siquiera se ha recurrido ni se recurre aún al Derecho penal (como en Alemania hasta 1997), o cuando ello ha ocurrido al principio (como en Chile, Perú o España), luego, de manera expresa o tácita, se ha abandonado la protección penal. Algo similar rige para la "lealtad de la competencia", cuya protección penal, si bien ha subsistido, no deja de ser insuficiente. En este último caso, recién en los últimos años se está prestando más atención a una forma de "deslealtad competitiva" como la "corrupción privada".

Por otro lado, la revisión hecha no agota las posibilidades de ataque de los delitos económicos. Pero en este marco me parece más urgente plantear una

cuestión de mayor trascendencia aún: ¿resulta todavía oportuno y efectivo recurrir al Derecho penal para luchar contra estos ilícitos (o la mayoría de ellos)? Debido a la innegable y decisiva importancia de las "empresas" en la ejecución de delitos, ¿no se hace acaso necesario un cambio de valoración legislativa de la responsabilidad de los "entes colectivos" (personas jurídicas, agrupaciones, empresas)? Como es conocido, en sentido dogmático-penal, aunque pueda afirmarse que los entes colectivos tienen el "dominio del hecho" en la comisión de muchos delitos económicos (o por lo menos, tienen interés en su comisión o, como mínimo, resultan beneficiadas por ello), en la mayoría de las legislaciones no suelen ser consideradas como "autores" o "partícipes" del delito, sino, como máximo, pasibles de "consecuencias accesorias" (así, en el art. 105 CP peruano; art. 129, CP español todavía vigente). La dogmática penal tradicional ha tratado de aplicar los instrumentos penales existentes para abarcar de alguna manera a las "empresas" dentro de la represión penal, pero estas soluciones (p. ej. una autoría "mediante aparatos organizados de poder" o una aplicación del tipo de "asociación ilícita") aparte de ser muy discutibles en la propia dogmática penal, tampoco convencen[95], porque tienen en la mira siempre a los individuos detras de las empresas y no a la "conducta" misma de la empresa.

Ciertamente resulta seductor (por constituir una solución rápida) buscar soluciones legales forzando figuras ya existentes, así como resulta poco popular desvelar la existencia de vacíos legales y asumir la impunidad que esto trae como consecuencia cuando los beneficiados van a ser los "poderosos" (empresarios, altos funcionarios públicos, políticos). Pero tampoco en estos casos debe dejar de respetarse los principios básicos del Derecho y del Derecho penal.

Por lo menos en el campo del Derecho penal económico se hace cada vez más necesaria una respuesta legal bien concebida, en el sentido de concepción global frente a los ilícitos cometidos por empresas, y no un simple "parchado" y una sobrecarga del Derecho penal tradicional. Esto rige tanto para la parte general como para la parte especial. En otro lugar, he propuesto la creación de un "Derecho sancionador de empresas" de carácter autónomo, con principios propios (p. ej. reglas específicas sobre autoría y partícipación de las empresas

---

[95] Así, sobre la inconveniencia de emplear la teoría de la "autoría mediante aparatos organizados de poder" se ha manifestado repetidas veces el propio creador de esta teoría, ROXIN; ver últimamente, citando ejemplos jurisprudenciales que aplican erradamente la teoría (no se daban los criterios de "apartamiento del derecho", "intercambiabilidad del ejecutor" y "elevada disponibilidad hacia el hecho"), en "Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft", Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 125 (2007), p. 1 y ss., 17 y ss. Sobre los alcances de la aplicabilidad del tipo penal de "asociación ilícita" a los participantes en delitos económicos (que depende sobre todo de la definición del bien jurídico tutelado: ¿protección anticipada de bienes jurídicos de la parte especial?, ¿protección de la seguridad pública o, de manera más amplia, la "paz social"?), ver LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, quienes favorecen la aplicación amplia del art. 129; ver los comentarios al art. 129 en Schönke/Schröder, 27ma ed. 2006, p. 1277, n. marg. 1.

en la comisión de ilícitos) y sanciones propias (concidentes en gran medida con las actuales "medidas o consecuencias accesorias" del Código Penal)[96]. En este sentido, la discusión en España en torno al actual proceso de reforma penal (que prevé la punibilidad de las personas jurídicas) resulta muy interesante y va a ser muy fructífera para el resto de los países hispanoparlantes. Pero también debería aprovecharse la ocasión para mejorar la protección penal de la libre y leal competencia, pues en cuanto a esto, la reforma española parece no haber notado la necesidad de hacer grandes cambios.

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: "Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas", Lima, 1997; "El Derecho de la libre competencia", Lima, 1997; "Derecho penal económico. Parte especial", Lima, 2000; "Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano", 2da. edición, Lima, 2003; "Derecho penal y libre competencia", en: De la Cuesta Aguado (ed.), "Derecho penal económico", Mendoza, 2003, pp. 79-146; "Diez anios de Derecho penal económico peruano", RPCP N° 11 (2002), p. 23-76 [en esta compilación: pp. 603-660].

ACHENBACH, Hans: "Zur aktuellen Lage des Wirtschaftsstrafrechts in Deutschland", GA 2004, p. 559 y ss.

BANNENBERG, Britta: "Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle. Eine kriminologisch-strafrechtliche Analyse", Neuwied, 2002.

DÖLLING, Dieter: "Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozeßrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?", en: "Verhandlungen des einundsechzigsten Deutschen Juristentages", tomo 1, "Gutachten C", Karlsruhe, 1996, p. C. 20.

GONZÁLEZ RUS: "Manual de Derecho penal, parte especial II", Madrid, 1991.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor: "Perspectivas del Derecho penal económico en Chile", en: "Persona y sociedad", volumen XIX (abril 2005), Universidad Alberto Hurtado, Chile, p. 101 y ss.

KUHLEN, Lothar: "Zum Strafrecht der Risikogesellschaft", GA 1994, p. 347 y ss.

LUZÓN CUESTA: "Compendio de Derecho penal. Parte especial", Madrid 1998

MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos: "Derecho penal económico", Valencia, 2002.

MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción: "Protección jurídica de la lealtad en la competencia", Madrid, 1993.

---

[96] Ver ABANTO VÁSQUEZ, "Hacia un nuevo Derecho penal de las empresas. Más allá de la solución penal y meramente administrativa del 'delito económico'", Revista Penal N° 21 (enero 2008), pp. 3-23. Sobre el estado actual de la discusión en torno a la responsabilidad penal de entes colectivos, hago también un balance y propuestas en mi trabajo "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿un problema del Derecho penal?", que se publicará próximamente en el Libro-Homenaje a Klaus Tiedemann, Lima, 2009.

MORENO CÁNOVES, Antonio/RUIZ MARCO, Francisco: "Delitos socioeconómicos", Valencia, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco: "Derecho Penal. Parte especial", 16ta. ed., Valencia, 2007.

QUERALT, Joan: "Derecho penal español. Parte especial", 5ta. ed., Barcelona, 2008.

QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (eds.): "Comentarios al nuevo Código Penal", 4ta. ed., 2005,

ROXIN, Claus: "Strafrecht. Allgemeiner Teil" tomo I, 4ta. ed., Múnich, 2006; tomo 2, 1ra. ed., Múnich, 2003.

SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst/otros autores: "Strafgesetzbuch", 27ma. ed., Múnich, 2006.

TIEDEMANN, Klaus: "Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten", Colonia, 2004; "Schmiergeldzahlungen in der Wirtschaft – Alte und neue Reformprobleme", L.-H. a Lampe, Berlín, 2003, p. 759 y ss.; comentarios a los artículos 263 y ss. del StGB en Leipziger Kommentar (LK), 11ra. ed., Berlín, 2000; "Kartellrechtsverstöße und Strafrecht", Colonia, 1976; "Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?", Informe C para la 49na. Jornada de Juristas Alemanes, Múnich, 1972.

TINKL, Cristina: "Strafbarkeit von Bestechung nach dem EUBestG und dem IntBestG", Wistra, 2006, p. 126 y ss.

VORBAUM, Thomas: "Probleme der Korruption im geschäftlichen Verkehr. Zur Auslegung des § 299 StGB", L.-H. a F.-C. Schroeder, Heidelberg, 2006, p. 649 y ss.

La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado(*)

I. El fenómeno de la corrupción

La corrupción de funcionarios públicos es un delito que muestra preocupantes niveles de incremento. El problema se presenta en todo tipo de Estado, económicamente desarrollado o subdesarrollado, de economía liberal o de economía regulada, de estado liberal o de estado religioso, de sistema parlamentario o de monarquía. En tal medida se puede decir que la "corrupción de funcionarios públicos" siempre ha sido "global". Pero el proceso de "globalización" que se produce en la actualidad(1), en la medida en que trae consigo una aceleración de las interrelaciones individuales y empresariales y una desregulación a nivel internacional, favorece más que nunca el incremento de muchas formas de criminalidad, entre ellas, la corrupción(2). Por su parte, las ciencias penales recién en los últimos años han prestado especial atención al fenómeno de la corrupción.

Ante esta situación, se observa últimamente una mayor actividad de los Estados tanto a nivel nacional como internacional. Así, se han reformado en muchos países, con menor o mayor acierto, las leyes nacionales, pero también se ha actuado de manera coordinada con otros Estados, buscando armonizar

---

(*) Esta exposición ha sido elaborada a partir de un trabajo de investigación más amplio, denominado "La lucha contra la corrupción mediante el Derecho penal" que se llevó a cabo en Alemania (Múnich y Freiburg i. Br.) bajo el auspicio de la Fundación Alexander von Humboldt entre octubre de 2001 y diciembre de 2002. El trabajo, en una versión muy resumida, fue expuesto en el "Coloquio Internacional Humboldt", llevado a cabo en Montevideo en abril del 2003 y fue publicado el 2004, junto con las exposiciones de los demás participantes, por la editorial Tirant lo Blanch de Valencia en el libro titulado "El derecho ante la globalización y el terrorismo". También se publicó en la RPCP N° 16 (2005), p. 19-64 y en Preda del Puerto (coord.), "Apuntes de Derecho Penal Económico III", ICED, Asunción (Paraguay), 2013, p. 9-71.

(1) Así se suele entender al proceso de apertura de mercados, creación de zonas económicas y aceleración de la comunicación, del intercambio de bienes, conocimiento y tecnología, así como de la movilidad de las personas y empresas; esto tendría el efecto, en el aspecto económico, de incrementar la competencia y favorecer los procesos de concentración económica y, en el aspecto político, de quitar poder a los gobiernos locales para decidir libremente los destinos de sus propias economías (mayor influencia del marco macroeconómico).

(2) Cfr. PIETH, c. más ref., p. 757.

y uniformar la respuesta penal y extrapenal en las respectivas leyes internas (similares tipos de cohecho, armonización de la cooperación policial y judicial, etc.), y esforzándose por encontrar medios de carácter internacional en la lucha contra la corrupción. Anteriormente había reinado una pasividad increíble, explicable únicamente o bien por la ingenuidad del legislador de cerrar los ojos ante el problema existente, o bien por la influencia de los que dominan los aparatos de poder y están involucrados en estructuras corruptas. En Alemania, p. ej., durante mucho tiempo ha dominado la convicción sobre la "incorruptibilidad" del funcionario público alemán, heredero del legendario "funcionario prusiano" del siglo XIX. Ahora, tras tantos escándalos, tal convicción ha demostrado no ser más que una ilusión[3]. Por cierto, en el campo político no son raros los casos de "autoengaño"; aun en estos días es común el discurso político que asegura a los ciudadanos haber erradicado la corrupción de un país y, por tanto, el no necesitar preocuparse más por ello[4].

Entre los países industrializados correspondería sobre todo a Italia el triste papel de servir de modelo de sociedad donde imperaría el más alto nivel de corrupción. La corrupción y la mafia alcanzaron allí tal poder económico y político que, luego de la gran ofensiva contra la corrupción ("manos limpias") de principios de los 90, no habría quedado después ningún partido tradicional importante en las esferas del poder, dado que muchos de sus líderes habían sido o están siendo aún procesados por corrupción y otros delitos aún más graves[5]. Y también miembros del actual gobierno tienen procesos pendientes por corrupción, de los cuales evidentemente tratan de librarse a través de dudosas maniobras legislativas ad-hoc (leyes de cambio de jurisdicción, acortamiento de plazos de prescripción, reintroducción de inmunidad política)[6].

---

[3] ÜBERHOFEN, 1999. p. 9 y s.; SCHAUPENSTEINER, NStZ 1996, p. 1 y s.; ídem, Kriminalistik 1994, p. 514; RÜGEMER, c. numerosos ejemplos de la jurisprudencia, p. 458 y ss.

[4] Cfr. las críticas del fiscal español Carlos CASTRESANA a la política anticorrupción española de los últimos años bajo la creencia de incompatibilidad entre el partido gobernante y la corrupción. Esto ha llevado no solamente a que desde el CP de 1995 (promulgado durante el régimen político anterior) no haya ninguna mejora sustancial, sino que incluso se hubiera descuidado gravemente reforzar la política de lucha contra la corrupción pese a indicios claros de una economía sumergida probablemente amparada por una corrupción galopante. Hasta marzo de 2003, España ni siquiera había firmado la Convención Penal (y la civil) contra la Corrupción de 1999, dada en el marco del Consejo de Europa. Ver en "El Mundo" de 03-03-2003, p. 20 y s. También BACIGALUPO destaca la atención pública y judicial que han merecido casos de corrupción a nivel político-institucional en España (tanto bajo el gobierno socialista como el conservador), sobre casos de financiamiento ilegal de partidos políticos relacionados con la contratación estatal o fraudes fiscales, así como los casos de "corrupción privada"; ver c. ref., p. 716 y s.

[5] Ver ref. sobre el caso italiano en ÜBERHOFEN, p. 19; SCHAUPENSTEINER, Kriminalistik 1994, p. 517 (recuadro). También KILLIAS ofrece un cuadro de la burocracia y corrupción cotidianas en Italia que podría encajar perfectamente en muchos países latinoamericanos; p. 247 y ss.

[6] Ver, con un cuadro de los procesos archivados, suspendidos y pendientes contra Silvio Berlusconi, en: Der Spiegel, n° 26 de 23-06-03, p. 118.

Tampoco Alemania ofrece un panorama alentador. Como ya se dijo antes, después de décadas de tranquilidad aparente bajo el sobreentendido de que en Alemania la corrupción no sería un grave problema, a principios de la década de los 90 del siglo XX llegaron a los tribunales una serie de casos de corrupción de miembros de las más altas esferas políticas y la industria[7]. Después de muchas discusiones previas, en 1997 se promulgó la "Ley de lucha contra la corrupción" de 13-08-1997, que introdujo muchos cambios en los tipos de cohecho del CP alemán[8]. Con esta ley, se ampliaron los tipos penales y crearon nuevos (p. ej. la corrupción privada), además de otros cambios del marco penal y las consecuencias jurídicas. Paralelamente se dieron cambios en leyes extrapenales para eliminar alicientes legales a la corrupción. El objetivo de la reforma consistía en mejorar la persecución penal de la conducta corrupta ante las exigencias de la práctica penal y los desarrollos jurídicos internacionales (reforma de los tipos tradicionales de cohecho y ampliación del círculo de autores) y destacar la importancia de la protección de la libre competencia (introducción del tipo de "cohecho privado")[9]. Pero aún después de ello han continuado los escándalos tras descubrirse nuevos casos graves de corrupción, vacíos de punibilidad y problemas interpretativos. También en Alemania, al igual que en muchos otros países, las reformas no han sido suficientes.

II. Incremento y dañosidad de la corrupción

2.1. Los diversos tipos de "corrupción de funcionarios públicos" según la criminología

En la criminología, se conocen distintos tipos de corrupción de funcionarios públicos. El nivel más bajo es el de la llamada *corrupción ocasional* (o "corrupción directa"), o sea, como fenómeno individual que puede afectar a cualquier individuo; en determinadas situaciones los individuos pueden reaccionar con ofertas espontáneas de corrupción[10]. Este tipo de corrupción refleja, en especial, el estado en el que se encuentran los valores de una sociedad, pues tanto el número de la oferta como, en especial, de la aceptación de sobornos será especialmente significativo en sociedades donde la "cultura de la corrupción" ha alcanzado niveles alarmantes. En Alemania, en una

---

[7] Ver c. ej. el análisis de la situación alemana antes de la reforma de 1997 en SCHAUPENSTEINER, NStZ 1996, p. 409 y ss. Se constataba, entonces, sobre todo un alarmante incremento de la corrupción estructural; ídem, p. 411, col. izq.

[8] Véase BANNENBERG, p. VII, 16 y s., 36 y s. También en ÜBERHOFEN, con un amplio análisis histórico y crítico de la legislación penal alemana antes y después de la reforma de 1997, p. 73 y ss.; OTTO, p. 219 y s.

[9] Cfr. c. más ref., BANNENBERG, p. 17.

[10] DÖLLING, asumiendo la terminología oficial, en "Empfehlen sich Änderungen...", p. C 20; OSTENDORF, p. 615.

investigación realizada por el gobierno de la región de Baden-Württemberg para el período de 1991, se obtuvo como resultado que de los 81 casos de corrupción ocasional perseguidos como delitos, la mayoría se refería al "cohecho activo", específicamente a intentos de soborno a policías para evitar una persecución penal, mayormente por el delito de conducción bajo estado de ebriedad; en la gran mayoría de los casos, los policías rechazaron las ofertas y formularon la denuncia penal correspondiente[11]. Pero también la corrupción puede afectar a determinada rama de una industria o institución; en este caso, se habla de *corrupción estructural*[12]. Muchas veces los funcionarios y los interesados se conocen y actúan planificadamente durante un largo período. Especialmente interesante es la corrupción que proviene de o se produce en el campo empresarial, y sobre todo en la rama de la construcción. Aquí, cuando el Estado interviene como convocador de grandes obras públicas a través de licitaciones o concursos, muchas veces los procesos de decisión o control de sus funcionarios se ven influenciados por sobornos provenientes de parte de los empresarios interesados o intermediarios[13]. El nivel más grave de corrupción es el que se conoce como *corrupción institucionalizada* (o del sistema), o una corrupción que funciona como criminalidad organizada. Aquí el delito es particularmente difícil de combatir cuando, más allá de manifestarse como "corrupción directa" (es decir, en la que participan sujetos identificables), ante una ausencia de valores (anomia social), los actos de agentes no identificados desnaturalizan o perturban el funcionamiento de los órganos del Estado (actuación irregular), el cual deviene en ineficaz[14].

Los organismos internacionales y los países anglosajones suelen distinguir más bien entre *corrupción pequeña* (petty corruption) y *gran corrupción* (grand corruption)[15]. La primera abarca los casos de bagatela, corrupción

---

[11] Ver en DÖLLING, "Empfehlen sich Änderungen...", p. C 20.

[12] La distinción entre corrupción ocasional, estructural y del sistema es propuesta por OSTENDORF, p. 615.

[13] El caso más reciente es el de los cárteles en la industria de la construcción en Colonia y otras ciudades de Renania del Norte-Westfalia (Wuppertal, Bonn, etc.). Se habría sobornado a funcionarios municipales para asegurarse el otorgamiento de la buena pro para la construcción de plantas de tratamiento de basura y de centrales combinadas de energía y calefacción, así como las licencias de funcionamiento a determinadas empresas operadoras; ver, entre otras publicaciones alemanas, "Süddeutsche Zeitung", nº 58 (9/10 de marzo de 2002), p. 2; nº 64, p. 2 (16/17 de marzo de 2002); "Der Spiegel", nº 11 (11/03/02), "Der Müll, die Partei und das Geld", p. 22 y ss.; nº12 (18/03/02), "Nach Art der Mafia", p. 22 y ss.; nº 13 (25/03/02), "Ein bisschen schämen", p. 92 y ss. Incluso se ha llegado a decir que en la región de Colonia la política habría tenido una "estructura mafiosa" donde la política estaba a la venta de las empresas interesadas; ver "Der Spiegel", nº 26 (24/06/02), "Klein-Palermo am Rhein", p. 72 y s.

[14] Cfr. DU PUIT, p. 102 y s., con ejemplos históricos de corrupción en el Perú, ya desde inicios de la era republicana, p. 103 y ss.

[15] EIGEN/PIETH, en Pieth /Eigen, p. 2; ROSE-ACKERMANN en Pieth/Eigen, p. 40, 41 y s.; BANNENBERG, p. 326; c. más ref. ÜBERHOFEN, p. 39.

ocasional y las "estrategias de sobrevivencia de funcionarios públicos mal remunerados"; la segunda abarca los casos de corrrupción de las élites de poder, empresas, políticos, etc. Y se dice usualmente que la primera casi no existiría en los países industrializados, aunque sí distintos niveles de la segunda; y que en los países del tercer Mundo, en cambio, donde el funcionario público mal remunerado se ve obligado muchas veces a escoger entre la integridad y los propios intereses personales de supervivencia o de un mínimo nivel de vida decorosa, se encontrarían presentes por igual ambos tipos de corrupción[16].

El carácter indesligable de la corrupción con la esencia misma del ser social desde los albores de la civilización, así como su aparición en todas las formas de organización sociales pone en evidencia también que, para controlarla, no puede bastar con recurrir al Derecho penal: tras un consenso social sobre su reprochabilidad y la voluntad política de contenerla, debe formarse una *cultura de anticorrupción* en la política, la administración, la economía y toda la sociedad, a la vez que se respeten en la práctica los valores fundamentales de coexistencia social; el Derecho penal solamente vendrá a reforzar la ya existente desvaloración general de la corrupción[17].

Pero, para llegar a esto (sobre todo cuando se hubiera alcanzado al nivel más alto de corrupción: la corrupción institucional), tiene que darse antes una amplia, abierta y honesta discusión sobre la problemática[18]. Aquí parece radicar el principal problema de los intentos de controlar la corrupción en países del Tercer Mundo: después de períodos de amplia corrupción política, no se discute abiertamente sobre las causas mismas del problema, sino se tienden a repetir los mismos errores, creyendo que bastarían las medidas penales. Además, las mismas estructuras que favorecieron el incremento incontrolado de la corrupción[19] permanecen inalteradas (incluso los mismos agentes corruptores se apropian del discurso de la "lucha contra la corrupción"). No es raro, entonces, que, pasada la euforia inicial, más adelante se vuelva a los mismos niveles de corrupción. La problemática de la corrupción no pasa aquí de constituir un mero discurso político empleado conyunturalmente[20].

---

[16] BANNENBERG constata que los países afectados por la petty corruption también sufren el problema de la grand corruption debido a una probable carencia de estructuras propias de un Estado de Derecho, así como un sistema de dirección estatal justo y efectivo; ver p. 449.

[17] Cfr. DÖLLING, "Empfehlen sich Änderungen...", p. C 7 y s.

[18] DÖLLING, "Empfehlen sich Änderungen...", p. C 8 y s.

[19] Una de estas causas es la tradicional burocracia, que muchas veces obliga a los administrados a recurrir a amigos y contactos para "solucionar" problemas que la misma cultura burocrática (reglamentación excesiva, falta de iniciativa de los funcionarios, etc.) crea. Ver KILLIAS (quien toma como ejemplo a Italia), p. 247 y ss., 249.

[20] DÖLLING menciona además que el término "corrupción" también puede ser utilizado como arma política para legitimar futuros gobiernos ilegítimos (y a la larga corruptos) como en el caso de los nazis (contra la República de Weimar) y juntas militares de países subdesarrollados; ver c. ref. en "Empfehlen sich Änderungen...", p. C9.

2.2. Medición del avance de la corrupción

Hasta hace muy poco, la criminología no había tomado en serio el problema de la corrupción (al igual que la criminalidad organizada y la económica); no solamente había un considerable retraso en la investigación teórica, sino también en las investigaciones empíricas sobre la corrupción[21]. A esto se suman las dificultades provenientes de la naturaleza de este tipo de criminalidad. Así, puede parecer extraño que muchas estadísticas arrojen cifras reducidas de corrupción, en contra del sentir general de la población. La explicación de ello no está en que haya menos corrupción de la que se piensa. Lo que sucede es que en la corrupción usualmente no existe una *víctima concreta* interesada en la persecución penal, tal como existe en otros delitos: en el "pacto injusto" participan el funcionario público y el interesado, y normalmente, por temor a la pena, ninguno de ellos quiere que los hechos sean descubiertos. Al desaparecer la "víctima" concreta, tampoco existe el informante típico que pueda activar la persecución penal y, como resulta difícil que hayan testigos de los hechos, puede suponerse que la *cifra oscura* de este tipo de criminalidad sea muy elevada[22]. Esta suposición se ve reforzada por el hecho de haberse constatado que los casos de corrupción descubiertos han aumentado significativamente en aquellas ocasiones en que, por alguna razón, se ha investigado intensamente en algún sector (efecto de "reacción en cadena"). Por este motivo, la criminología clasifica estos delitos dentro del grupo de los "delitos de supervisión y control"[23]. Son escasos los casos en los que el funcionario público no se ha dejado corromper y ha denunciado los hechos; estos constituyen normalmente casos de bagatela y de "corrupción ocasional". Los demás casos, en especial aquellos en los cuales los funcionarios y los interesados han estado relacionados durante mucho tiempo, solamente pueden ser descubiertos gracias al azar, a la autodenuncia de alguno de los participantes (por distintos motivos), a denuncias anónimas (que no pocas veces son ignoradas por las autoridades administrativas) o a investigaciones periodísticas[24].

La naturaleza del fenómeno "corrupción" hace que las investigaciones empíricas se basen sobre todo en "estimaciones subjetivas", o sea, desde la

---

[21] Describiendo la situación en Alemania, BANNENBERG, c. más ref., p. 61.

[22] Esta constatación es alegada unánimemente en la doctrina; ver DÖLLING, "Empfehlen sich Änderungen...", p. C 16; HETTINGER, NJW, 1996, p. 2266, col. izq.; ÜBERHOFEN, p. 216; SCHAUPENSTEINER, Kriminalistik 1994, p. 518, col. izq.; BANNENBERG, p.59, 61, 447 y s. En un 90 % de los casos, los hechos fueron conocidos por la Policía gracias a la denuncia de terceros; solamente en un 10 % de los casos, la Policía inicia investigaciones por otros motivos; BANNENBERG, p. 59.

[23] DÖLLING, "Empfehlen sich Änderungen...", p. C 14; HETTINGER, c. ref., p. 2266, col. izq.; cfr. también ÜBERHOFEN, quien no utiliza la terminología de "delitos de supervisión y control", p. 226 y s.

[24] BANNENBERG, p. 59, 482.

perspectiva de las autoridades encargadas de la persecución penal[25]. Pero también se han destacado otras dificultades prácticas en la investigación empírica de la criminalidad de corrupción: dificultad de acceso a los expedientes por un exceso de celo de las autoridades basándose en la protección de datos, falta de cooperación de las autoridades pese a la existencia de una autorización de superiores jerárquicos, amplitud de los expedientes que suelen incluir un gran número de inculpados y extenderse por varios años, problemas de método en la recopilación de los datos, etc.[26]

Para medir el grado de *corrupción nacional* (por contraposición a la "internacional"), puede procederse de manera muy distinta. Los datos pueden provenir de casos policiales, casos que llegan a ser investigados por la Fiscalía, casos que son procesados penalmente, casos que han tenido una condena penal y según encuestas de opinión pública. Los datos obtenidos deben ser valorados con mucho cuidado, pues algunas circunstancias podrían falsear los resultados.

P. ej. las *denuncias policiales* podrían ser muy bajas debido a que los casos de corrupción mayormente son denunciados de manera directa a la Fiscalía; y también los casos investigados por la Fiscalía podrían ser pocos precisamente debido a la existencia de una corrupción institucionalizada que desincentivaría las denuncias o investigaciones de oficio contra funcionarios corruptos. Y por último, tampoco el número de casos procesados penalmente o que hayan llevado a condenas penales está libre de distorsiones: si la corrupción es institucional, ni los procesos penales ni las condenas que existan reflejarán el grado de corrupción en dicha sociedad. El Perú de los últimos años puede ser un ejemplo de ello: pese a la conocida corrupción en el Poder Judicial, las denuncias, condenas e incluso las investigaciones del órgano de control interno fueron mínimas. Por último, dado que no todas las denuncias policiales necesariamente implican que se haya producido de verdad un caso de corrupción punible, ellas no pueden tampoco ofrecer más que un dato inicial. Es más, pese a que la cuota de esclarecimiento policial de los delitos puede ser elevadísima (con la denuncia, usualmente aparece el nombre de los implicados), la insuficiencia de pruebas hace que la formalización de las denuncias ante la justicia común se produzca pocas veces o, realizado esto, que pocas veces se inicie un proceso penal[27].

---

[25] BANNENBERG, p. 61; ÜBERHOFEN, p. 227.

[26] BANNENBERG, p. 64 y ss.

[27] Así, mientras que en Alemania, las cuotas de esclarecimiento policial (en el sentido de determinar al sospechoso del hecho) de los delitos de cohecho siempre han sido elevadísimas (entre el 90 y el 99 %), las de inicio formal de procesos penales ha sido muy baja (menos del 50%), de los cuales, muchos casos terminaron con archiva-

La *estadística de la persecución penal*, a diferencia de la policial, sí arroja datos relacionados directamente con la comisión de ilícitos penales. Aquí hay que distinguir entre estadísticas referidas a los *casos de juzgamiento* y los *casos de condena*. En Alemania, aunque la tendencia haya sido siempre creciente, no se observa un incremento sustancial de los casos juzgados año a año por cohecho pasivo y activo en los últimos tiempos. De todos los casos juzgados (p. ej. en 1993, 200 de cohecho activo y 87 de cohecho pasivo), se llegó a una condena en la mayoría de ellos (las dos terceras partes de los cohechos pasivos y las cuatro quintas partes de los cohechos activos); para los casos de "corrupción privada" existentes en Alemania hasta 1997 en una ley especial (art. 12 UWG), en cambio, no se tenía estadísticas específicas hasta 1995, pero la tendencia era decreciente (143 casos –de ilícitos contra la leal competencia– en 1993 frente a 260 en 1990)[28]. Para 1999 se tenían: 905 casos de cohecho pasivo impropio (art. 331), 687 de cohecho pasivo propio (art. 332), 363 casos de cohecho activo impropio (art. 333), 958 de cohecho activo propio (art. 334) y 39 casos de cohecho propio agravado (art. 335). De los 2,952 casos en total, resultaron 1,773 "sospechosos" de actos de corrupción; sin embargo dicho año no hubo ninguna condena por dichos hechos (lo cual no excluye que se haya producido alguna en los años siguientes).

En estas estadísticas resalta que el porcentaje de condenas por casos juzgados de delitos de "corrupción" es, en Alemania (y probablemente también en todos los demás países), significativamente más bajo que el de los demás delitos[29]. El que el índice de los procesos penales por delitos de cohecho sea tan bajo en relación con los demás delitos (entre 0,05 y 0,04% desde 1994 hasta 1999[30]) se explica en parte por el hecho de que no abarcan casos "mixtos", es decir, aquellos en los que también se juzgan otros delitos más graves (estafa, fraude fiscal, etc.); pero también por los ya mencionados fenómenos que

---

mientos debido a la falta de prueba de elementos objetivos de los tipos, sobre todo del "acuerdo ilícito". Ver más datos y ref. en DÖLLING, "Empfehlen sich Änderungen...", p. C 38; BANNENBERG, p. 55.

[28] Datos presentados en DÖLLING, "Empfehlen sich Änderungen...", p. C 14 y s.

[29] Según los datos de DÖLLING ("Empfehlen sich Änderungen...", p. C 39) para Alemania en 1993, el 64% de los procesados por cohecho pasivo fueron condenados, mientras que el porcentaje de condenas en los demás delitos era del 82 %; esta diferencia de "efectividad condenatoria" sería incluso mayor que en la época anterior (75 contra 80 % de los casos entre 150 a 1989). Aunque el porcentaje de condenas por "cohecho activo" se acerca al de los demás delitos, el elevadísimo porcentaje de archivamientos en la Fiscalía (o sea, antes de llegar al juicio oral), en cambio, hace que pierda significado el número de condenas producidas (83 % de los casos juzgados en 1993). La situación es más grave todavía en los casos de "corrupción privada" (y otros delitos contra la competencia desleal), donde las condenas de los casos juzgados solamente llegó en 1993 al 59 %. Por lo tanto, podría concluirse que habría un incremento notable de impunidad en el interior de la justicia penal alemana. Esta conclusión también es respaldada por ÜBERHOFEN en su investigación de los datos hasta 1996, p. 222 y s.

[30] Ver datos y ref. en BANNENBERG, p. 53; también ÜBERHOFEN, p. 223.

producen la elevada cifra oscura de criminalidad en estos delitos[31]. También debe tenerse en cuenta que los datos pueden relativizar la fuerza expresiva de la estadística anual por el hecho de que no siempre las estadísticas de una autoridad encargada de la persecución de la corrupción incluye los datos de la labor de otra autoridad; p. ej. las estadísticas policiales no suelen incluir las investigaciones directamente realizadas por la Fiscalía, sobre todo si se trata de actos de corrupción relacionados con delitos económicos, en los cuales, además, el número de inculpados suele incrementarse o reducirse conforme avanzan las investigaciones[32]. Las estadísticas, por lo demás, dependen mucho de la labor investigadora de la Policía y la Justicia. Mientras más dirijan estas su atención a descubrir e investigar casos de corrupción, mayor será el porcentaje de casos de corrupción por año, sin que ello quiera decir todavía que haya habido un aumento dramático de la corrupción en el país o sector investigados.

En el caso de la *corrupción internacional*, también pueden diferir la técnicas de medición. Los resultados también se obtienen a través de encuestas, pero estas varían según si se refieren a las experiencias propias de corrupción activa o pasiva (encuesta de autores) o a las estimaciones o suposiciones de la difusión de prácticas corruptas (encuesta subjetiva). Esta última técnica es la utilizada por la ONG "Transparency International" para establecer sus "rankings" de corrupción por países. Esta organización publica, desde 1995, un "Corruption Perception Index" (CPI) y, desde 1991, un "Bribe Payers Index" (BPI). Mientras el primer índice se refiere a la percepción que se tiene sobre el grado de corrupción de los funcionarios públicos en determinados países (la parte tomadora), el segundo toma en cuenta más bien la disponibilidad a cometer actos de corrupción (la parte oferente). En ambos casos, se trata siempre de mediciones subjetivas; las preguntas se dirigen a distintas personas (empresarios, analistas, público en general). Dado que la corrupción es un "factor de riesgo" en las inversiones, los datos obtenidos interesan sobre todo a los potenciales inversionistas y empresas[33].

Según los índices del CPI –sobre una base de 90 o más países–, en general, los países con menor grado de corrupción pasiva[34]– son los países escandinavos, Nueva Zelandia, Canadá, Singapur y Holanda. Alemania figuraba en 1999 en el puesto 14; en 2000 en el puesto 17; en 2001, en el 20; y en 2002 en el puesto 18. España no queda bien situada; en 1999, puesto 23; en 2000, puesto

---

[31] DÖLLING, "Empfehlen sich Änderungen...", p. C 16.

[32] Cfr. BANNENBERG, p. 60.

[33] Cfr. BANNENBERG, p. 41.

[34] Ver estos resultados en el portal electrónico de Transparency International: www.transparency.org. Los datos hasta el 2000 pueden encontrarse también en BANNENBERG, p. 42 y ss.

20; en 2001 y 2002, puesto 22. El país mejor ubicado de Sudamérica es Chile (1999: puesto 19; 2000: puesto 18; 2001: puesto 18; 2002: puesto 17). Perú ocupa los puestos de la mitad inferior de la tabla (1999: puesto 40; 2000: puesto 41; 2001: puesto 44; 2002: puesto 45), mientras que Argentina (puesto 57 en 2001 y 70 en 2002) y Brasil (puesto 46 en 2001 y 45 en 2002) han quedado incluso peor ubicados. El puesto de USA no es tampoco muy halagüeño: en 1999, puesto 18; en 2000, puesto 14; 2001, puesto 17; 2002, puesto 16.

En cuanto al BPI de 1999[35], para el cual se entrevistaron a personalidades de países en vías de desarrollo (empresarios, cámaras de comercio, estudios de abogados, etc.) sobre las prácticas corruptas de empresas de 19 países industrializados, el resultado fue que todos ellos presentaban cierto grado de corrupción activa. Suecia (en la lista no figuran otros países escandinavos), Australia y Canadá ocuparon otra vez los primeros lugares en cuanto a menor corrupción activa. El último lugar (puesto 19) lo ocupó China, mientras que Alemania y USA no pasaron de la mitad de la tabla (puestos 9 y 10 respectivamente). España solamente tuvo el lugar 12 e Italia el 16. En cuanto a los sectores más afectados por la corrupción (Bribery in Business Sector)[36], el mayor grado de corrupción estaría en la contratación con el Estado y la construcción (1,5 puntos), seguido por la industria de armamentos y de defensa (2 puntos); más atrás siguen el sector energético (3,5 puntos), la industria y minería (4,2 puntos), el sector salud (4,6), las telecomunicaciones y el servicio postal (4,6), etc. En el último BPI (no hubo otro desde 1999), la situación no ha cambiado sustancialmente. El primer lugar lo ocupaba ahora Australia (8.5 puntos), seguido de Suecia y Suiza (8.4 puntos ambos). Alemania continúa en el noveno lugar junto con Singapur (6.3 puntos cada uno); España mejoró una posición, pues ahora ocupa el puesto 11 (5.8 puntos), mientras que Estados Unidos empeoró un poco para ocupar el puesto 13, junto con Japón (5.3 puntos). Italia constituye el país europeo occidental peor situado con el puesto 17 (4.1), mientras que Rusia se sitúa en el último lugar (puesto 21 con 3.2 puntos). La incidencia de la corrupción por sectores no mucho, salvo por el puntaje, en los primeros lugares: contratación estatal y construcción, 1.3; armamento y defensa, 1,9; sector energético, 2,7; etc.

2.3. Bien jurídico tutelado y la dañosidad de la corrupción de funcionarios

Si la incidencia de la corrupción de funcionarios es tan significativa, y si ella va en aumento, resulta casi evidente la necesidad de hacer algo. Por cierto, para que la intervención estatal recurra al Derecho penal se necesita algo más

---

[35] Ver el cuadro y ref. en BANNENBERG, p. 47.

[36] Ver en BANNENBERG, p. 48.

que una mera constatación estadística, pues –como es sabido– el Derecho penal implica un grave recorte de derechos individuales. Para admitir el recurso al Derecho penal, usualmente se exige que exista un "bien jurídico" importante, que las conductas que lo afectan sean suficientemente graves ("merecedoras de pena") y que no exista otra posibilidad de controlar (satisfactoriamente) estas conductas ("necesidad de pena").

En la doctrina penal, se sostienen distintas fundamentaciones acerca del *bien jurídico* afectado por la corrupción. Algunos buscan sustentar un solo bien jurídico afectado en todos los casos de corrupción; otros (mayoritariamente en España) prefieren referirse a un bien jurídico general en todos los delitos contra la administración pública, y "bienes jurídicos específicos" en cada caso específico. El primer supuesto se presenta en parte de la doctrina hispanoamericana moderna y alemana que afirma la protección de la "imparcialidad de la actuación funcionarial"; en el segundo caso, se sostiene, como bien jurídico general, el correcto funcionamiento de la administración pública, y como bienes jurídicos específicos según el tipo de cohecho (o corrupción) que se trate: la imparcialidad de la actuación funcionarial, el carácter público de la función, etc.[37]. A partir del bien jurídico afectado (o bienes jurídicos afectados), se ha afirmado prácticamente de manera uniforme el *merecimiento y la necesidad de pena* de los casos más conocidos de cohecho, pues tanto el funcionamiento de la administración pública como la confianza de los administrados (que redunda a su vez en dicho funcionamiento) se ven gravemente afectados con los actos de corrupción; en última instancia, la corrupción socava las bases mismas del sistema político y económico de la sociedad[38]. A ello se suman, sobre todo en casos de "corrupción estructural", perjuicios económicos y al sistema mismo de economía de mercado, cuando la corrupción va unida a estafas y fraudes de todo tipo[39].

En algunos casos de cohecho, sobre todo en los que intervienen sujetos, cuya cualidad de "funcionario público" (en el sentido penal) resulta dudosa (casos de "privatización de la función pública"), parte de la doctrina discu-

---

[37] Ver las ref. en ABANTO, "Los delitos contra la administración pública", 1ra. ed., p. 368 y ss. En Alemania, predomina la primera tendencia, aunque con la precisión de que se querría proteger la "confianza de los administrados en un funcionamiento correcto de la administración" (que se vería afectada ya con actos que den incluso la "apariencia" de corrupción); en cambio, la posición de CRAMER (protección primaria de la corrección del ejercicio funcionarial y, según cada tipo específico distintos "puntos de vista") se acerca, más bien a la segunda posición; ver en Schönke/Schröder, p. 2568, n. marg. 1.

[38] Esto lo destacan muchos autores alemanes; ver BOTTKE, p. 215, col. der.

[39] En Alemania p. ej. se calculaba, antes de la reforma de 1997, que el perjuicio causado por los fraudes de licitación en el campo de la construcción ocasionaban perjuicios al Estado por un valor de 4 a 10 mil millones de marcos (aproximadamente 2 a 5 mil millones de euros) anualmente; ver en SCHAUPENSTEINER, NStZ 1996, p. 411, nota 13; también en Kriminalistik 1994, p. 516, col. der.

te la "necesidad de la pena", pues –afirma ella– podría bastar la intervención del Derecho disciplinario al interior de la administración. Pero, ya la mera existencia de tantos casos de corrupción, pese a la existencia de un Derecho disciplinario, demuestra que su supuesto efecto "intimidante" o "disciplinario" no puede ser suficiente, aparte de que con la tendencia en aumento a la privatización de la función pública, muchos sujetos, que sí son funcionarios públicos para el Derecho penal, no están sometidos al Derecho disciplinario de la administración[40]. Aisladamente también se deniega el merecimiento y la necesidad de pena (y por tanto, la punibilidad) en los casos de cohecho impropio (compraventa de actos funcionariales conformes a la ley) y del cohecho subsiguiente (promesa o entrega de ventajas con posterioridad a la conducta funcionarial). En algunas legislaciones, ni siquiera se ha previsto la punibilidad del "cohecho subsiguiente". Muchas legislaciones (p. ej. Perú) solamente prevén la punibilidad del cohecho "pasivo" subsiguiente, mas no la del cohecho "activo" subsiguiente. Pero la justificación de la punibilidad del "cohecho subsiguiente", sobre todo cuando se trata del cohecho "pasivo", se basa en la "peligrosidad" de la conducta: tales formas de cohecho encubrirían auténticos cohechos antecedentes o formarían parte de una estrategia amplia de establecer contacto con el funcionario (la "alimentación" del funcionario) para futuros acuerdos ilegales.

III. La lucha contra la corrupción

Como se ha visto, hay casi unanimidad en afirmar que la corrupción, por lo menos la de funcionarios públicos, tiene un contenido de injusto que justifica su represión penal. Sin embargo, por razones de "ultima ratio" corresponde al Derecho penal constituir el medio extremo para luchar contra ella. En esto existe concordancia en la doctrina penal. En efecto, si como manifiestan las investigaciones criminológicas, la corrupción de funcionarios públicos se ve condicionada por una serie de factores, una lucha eficaz contra ella tiene que basarse en un concepto global que incluya numerosas medidas en distintos niveles, entre ellos, el administrativo, contravencional, constitucional, policial, etc.[41]. Entonces, más allá de la mera represión, una lucha contra la corrupción que busque buenos resultados a largo plazo tiene que incidir en

---

[40] Cfr. los argumentos de ÜBERHOFEN a favor de una ampliación de la punibilidad para nuevos casos de corrupción, p. 53 y s.

[41] En esto se basó la amplia doctrina alemana para sugerir la reforma penal de 1997; ver DÖLLING, c. más ref., "Empfehlen sich Änderungen...", p. C 42 y ss.; SCHAUPENSTEINER, Kriminalistik 1994, p. 518. Este último autor insiste en la necesidad de una concepción global basada en cuatro pilares: intensificación de la persecución penal, mejora de los controles preventivos (en la administración y en las empresas); eliminación de vacíos legales (penales), y el aislamiento social de la corrupción (refuerzo de la desaprobación ético-social); ver en NStZ 1996, p. 412 y ss.

la "prevención". Las recomendaciones que se hagan al respecto deberían, sin embargo, basarse en investigaciones empíricas no solamente de las "causas de la corrupción", sino también de los "efectos preventivos de medidas ya adoptadas"; pero precisamente este último tipo de investigación es casi inexistente[42]. En cambio, en contra de algunas opiniones aisladas, no sería recomendable renunciar a la persecución penal y solamente incidir en la prevención a través de reforzar el funcionamiento eficaz de la administración[43].

Ciertamente, las medidas que puedan adoptarse en países menos afectados por la corrupción pueden diferenciarse de las que sean recomendables en países crónicamente afectados por estas conductas, pero eso no quiere decir que también en los primeros no se pueda y deba recurrir al Derecho penal como última medida en los casos más graves[44]. Precisamente para estos casos más graves (los de corrupción estructural y los de redes de corrupción), incluyendo los de aparente bagatela ("alimentación" de funcionarios públicos), se han elaborado recomendaciones basadas en la experiencia de haber observado previamente las causas o circunstancias que posibilitan la comisión de prácticas corruptas o su ocultamiento y los sectores más propensos a la corrupción según la realidad de cada país[45]. Para la "corrupción ocasional" debe bastar la "sensibilización" de los ciudadanos y funcionarios a través de diversas medidas que cimenten en las conciencias el rechazo a estas conductas (publicidad de los casos, capacitación de los funcionarios para que eviten

---

[42] BANNENBERG, p. 447. En Alemania, p. ej. solamente se han llevado a cabo encuestas a la administración central y regional, pero las respuestas de la primera no pasan de expresar buenos deseos sin ninguna afirmación basada en datos objetivos, y la segunda solamente se refería al estado de la implementación (y no al éxito o al fracaso) de las medidas recomendadas para la lucha contra la corrupción (que por lo demás llevaban retraso); ver ídem, p. 467 y s.

[43] En este sentido BANNENBERG, p. 448 y s. KILLIAS critica, en cambio, la argumentación recargadamente moral de la problemática y sugiere, más bien, una descriminalización procesal (renuncia a la persecución penal, exención de pena) según una serie de casos: cuando la conducta sea disculpable según las circunstancias (falta de provecho propio y derecho a la ventaja obtenida), no se hayan afectado gravemente bienes jurídicos (casos de bagatela) o la persecución penal resulte injusta (cuando el funcionario público y otros partícipes no son perseguidos penalmente en su propio país); p. 253 y s.

[44] BANNENBERG, p. 449 y s. y nota 897.

[45] En Alemania, los sectores con más riesgo de corrupción serían la autoridad de extranjería (por la existencia de una fuerte inmigración), las autoridades de asistencia social (dada la cantidad de prestaciones sociales), las oficinas veterinarias (por el elevado consumo y producción industrializada de carne), los examinadores de la aptitud para conducir vehículos, y los policías encargados de investigar la corrupción organizada. Estos resultados provienen de la reciente investigación de BANNENBERG, p. 450. El caso de la "alimentación al funcionario" (Anfüttern) ha merecido especial atención por la doctrina, pero todavía no se ha encontrado una formulación satisfactoria en los tipos penales; ver las críticas a los proyectos anteriores a la reforma alemana que no preveían el caso (la versión final tampoco lo hizo) de SCHAUPENSTEINER, NStZ 1996, p. 414, col. der. Críticamente también RÜGEMER, quien menciona, además de los conocidos, una serie de casos (por cierto, discutibles) de "corrupción legalizada", p. 466 y s. ARZT, en cambio, desde una perspectiva económica quiere excluir el Derecho penal de estos casos (la estructura venal sería preferible a su lucha porque esta crearía más criminalidad y corrupción), y centrarse en eliminar los estímulos que posibilitan la venalidad; p. 507.

circunstancias que acompañan la corrupción, creación de una ética económica en las empresas)[46], así como el riesgo a la represión administrativa y penal.

En este marco expositivo no se puede incidir más en cuanto a las medidas extrapenales. En lo que sigue habrá que restringir la exposición a la parte relacionada con la lucha *penal* contra la corrupción.

IV. Tratamiento penal tradicional de la corrupción

Hasta ahora se ha hablado de "corrupción de funcionarios públicos". Sin embargo, ya de lege lata, el término "corrupción de funcionarios públicos" no guarda identidad con el de "cohecho", término usualmente empleado en las legislaciones penales de habla hispana. En el CP peruano, bajo la denominación "corrupción de funcionarios públicos" se entiende tanto al "cohecho" (arts. 393 a 396, 398 a 399) como también a las "negociaciones incompatibles con el cargo" (art. 397), el "tráfico de influencias" (art. 400) y el "enriquecimiento ilícito" (art. 401). El término "corrupción", por sí mismo, insinúa, por lo visto un fenómeno que va más allá del mero "cohecho" (la compraventa ilícita entre un funcionario público y un particular). A esto se añade que también se hable de "corrupción privada", o sea de aquel caso en el cual ninguna de las partes reune la cualidad de "funcionario público".

Debido a estas dificultades, para poder extraer conclusiones sobre si determinada legislación (penal y extrapenal) está suficientemente preparada para la lucha contra la corrupción, se hace necesario buscar una definición previa de la "corrupción" que englobe todos los casos no deseables socialmente. Para esto se ofrecen muchas definiciones, entre las cuales las más interesantes centran el injusto en los elementos "ineficiencia" o en el "abuso de poder". P. ej., la definición de BOTTKE asume la primera posición: la corrupción constituiría materialmente un *actuar colusivo de portadores de un poder especial para obtener ventajas especiales para ambas partes, conducta que atenta contra los presupuestos de una óptima prestación de servicios a la sociedad por subsistemas obligadas a ello*[47]. Y en el segundo sentido se manifiesta ÜBERHOFEN: la "corrupción" sería el *abuso de poder de integrantes de un poder especial, cuya función es la de servir al interés general, pero que acuerdan ventajas no objetivas con los interesados manipulando una prestación de servicios y recibiendo a cambio una ventaja*[48]. El problema de la primera definición está en que vincula el reproche penal en la "ineficiencia" de las conductas, lo cual desemboca en una

---

[46] BANNENBERG, p. 452 y s.

[47] Cfr. BOTTKE, ZRP 1998, p. 215.

[48] ÜBERHOFEN, 1999, p. 48, 51, 455.

perspectiva de "análisis económico del derecho" que ha sido rebatida en otro lugar por ir en contra de principios básicos del Derecho penal[49]. La segunda tesis, al vincular el término "abuso de poder" con otros elementos que le dan más precisión describe mejor el fenómeno investigado sin rebasar los presupuestos tradicionales del Derecho. El hecho de que describa solamente una parte del pacto injusto (el abuso de quien tiene el "poder") no es grave; la otra parte, la de quien contribuye a dicho abuso está integrada implícitamente en el concepto: el cohechador activo es un "partícipe necesario", cuya conducta, por técnica legal tradicional, ha sido tipificada de manera autónoma[50]. Luego, el sujeto activo de los delitos como "integrante de un poder especial" (Angehörige besonderer Macht) podría ser tanto un funcionario público como también un político o funcionario de empresas privadas o incluso un profesional libre; y el "abuso de poder" se refieriría a decisiones no objetivas o antijurídicas que atentan contra la ley o regulaciones similares (p. ej. las de las profesiones libres) y que son tomadas debido al influjo ejercido por ventajas[51].

La definición previa de "corrupción" es suficientemente amplia para emplearla en el análisis, pero no sería recomendable introducirla de lege lata, a manera de tipo penal genérico, pues ello atentaría contra el principio de legalidad al no poder definir con claridad el contenido de la conducta reprochable penalmente[52]. El concepto elaborado de "corrupción" solamente describe de

---

[49] Al respecto ver, c. más ref. ABANTO, "Derecho penal económico", 1997, p. 78 y ss., 98 y ss. 102 y s. ARZT destaca las bondades de un análisis económico de la criminalidad auténtica y de aquella (menos dañina, según él) que se aprovecha de una estructura "venal" (conducta legal), para destacar cuándo los sujetos prefieren la primera a la segunda; ver p. 501 y s. El autor deja entrever que un análisis tal llevaría a exigir la tolerancia (y control) de la estructura venal en vez de combatirla con el Derecho penal, pues esto último solamente llevaría a la comisión de delitos más graves o a una estabilización e incremento de la venalidad; ver c. ej. ídem, p. 502.

[50] El problema de la "participación necesaria" (mejor: "intervención necesaria") es materia de muchas controversias y malentendidos. Por lo menos hay consenso en que existe un grupo de delitos en los que, además de la conducta del autor, se necesita la de otro (la propia víctima, un interesado, un beneficiado) para que la conducta del primero pueda ser típica. Esta segunda conducta puede resultar impune por distintos motivos (la víctima de la muerte a petición, la víctima de la usura, el comprador de reproducciones ilegales, etc.), pero también puede haber sido tipificada de manera expresa (p. ej. la "aceptación de nombramientos ilegales", el "cohecho activo", el "aborto", etc.); ver ampliamente al respecto y c. más ref. de la literatura alemana y española en ABANTO VÁSQUEZ, "Participación necesaria...", p. 11 y ss. [en esta colección: p. 411 y ss.]

[51] Así lo entiende también BANNENBERG, p. 16.

[52] ÜBERHOFEN, p. 455. VOLK (quien, por lo demás, hace acertadas críticas a los tipos tradicionales) somete a discusión un tipo genérico que diga: "Aquel que, en una decisión, no respete las reglas y solicite, se haga prometer u obtenga, para sí o para un tercero, una ventaja, será penado con...."; ver. p. 424 y ss. Pero finalmente reconoce que este tipo no sería aplicable en todos los niveles (p. ej. en el ámbito empresarial privado) por falta de "reglas de decisión vinculadas con el ámbito externo" que el sujeto activo pueda infringir puniblemente; ver ídem, p. 424 y ss., 428. En todo caso, esta propuesta implicaría un cambio de paradigma de la sanción penal a determinado tipo de corrupción (básicamente: de funcionarios públicos) hacia la de cualquier tipo de "intercambio ilegal de ventajas" en cualquier ámbito de la vida (administración pública, política, comercio, deportes, educación, investigación, etc.), basándose en una desvaloración social ya existente de todos estos casos y que el Derecho penal no responde por igual. Un cambio de tal magnitud tiene que ser analizado con mucho cuidado en todas sus consecuencias.

manera muy general una situación no deseable a partir de la cual se puede trabajar tanto de lege lata como de lege ferenda.

4.1. Los tipos de cohecho

El "cohecho" en su acepción más clásica consiste básicamente en una especie de "compraventa" de la función pública (do ut des). Es decir, una especie de contrato ilegal entre el funcionario y otro, en el que ambos acuerdan libre y voluntariamente un intercambio de prestaciones: el funcionario, una determinada actividad o inactividad funcionarial; y el otro, la entrega de un bien o la realización de una prestación a favor del primero. A este núcleo del injusto, contenido en la modalidad de "recibir" o "aceptar" "bienes, dádivas o ventajas" se agrega una modalidad de ejecución (aparentemente) unilateral: el "solicitar". Esta modalidad, según parte de la doctrina, no implicaría propiamente un "pacto injusto" y, por ello, la parte activa (el particular) ni siquiera tendría que conocer la solicitud para que esta modalidad se vea consumada[53]; pero la "contractualidad sui géneris del cohecho" (que la distingue de los casos de "exacciones ilegales") sí podría existir si se exigiera, para la consumación de esta modalidad, que el funcionario hubiera "solicitado" bajo el supuesto de querer ofrecer algo a cambio de una contraprestación. Algunas legislaciones (España) exigen que la contraprestación al funcionario público tenga contenido económico; otras (Alemania, Perú, etc.) se refieren ampliamente a "ventajas", las que pueden tener contenido económico o no. El elemento "contractualidad" o "bilateralidad" sui generis (existente incluso en la modalidad de "solicitar") distingue el "cohecho" de la "concusión" y de las "exacciones ilegales"; estos últimos tipos penales –de diferente maneran– existen en Perú, España y muchos países latinoamericanos, pero no en Alemania.

Ahora bien, la técnica legal ha preferido expresar por separado el injusto de las dos partes del "pacto injusto" en sus respectivos tipos penales; para el caso del funcionario público, se trata de los tipos de "cohecho pasivo"; para el otro, de "cohecho activo". Y cuando el pacto injusto entre funcionario e interesado se refiere a una violación de deberes funcionariales, se trata de un "cohecho propio", cuando no existe tal violación, se trata de un "cohecho impropio". Consecuentemente, suelen existir tipos penales de "cohecho pasivo propio", "cohecho pasivo impropio", "cohecho activo propio" y "cohecho activo impropio". Además, cuando el pacto injusto presupone un cumplimiento "futuro" por parte del funcionario, se habla de un "cohecho antecedente",

---

[53] Ver últimamente, c. ref. de la doctrina alemana, KARGL, quien sin embargo, critica la admisión interpretativa de un "pacto injusto" (y por lo tanto de "contractualidad") en la modalidad de "solicitar"; ver p. 773 y s. Más ref. latinoamericanas y europeas en ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública", p. 378 y ss., 398 y s.

cuando tal pacto injusto se produce en un momento posterior a la actividad del funcionario, se trata de un "cohecho subsiguiente". Por lo general, las legislaciones penales reprimen ambos casos en el "cohecho pasivo"; en el caso del "cohecho activo", a veces se considera que el "cohecho subsiguiente" no tendría suficiente injusto penal (p. ej. en el CP peruano).

Por último, en todos los casos de "cohecho", los tipos penales exigen que una de las partes reúna la cualidad de "funcionario público", es decir, se trata de delitos especiales. El concepto penal de funcionario público suele ser definido en la propia ley penal y es más amplio que el concepto proveniente del Derecho administrativo. Comprende dos elementos: el acceso a la función (por mandato legal, nombramiento o elección) y el ejercicio de funciones públicas.

4.2. Tipos accesorios y residuales

En las legislaciones penales latinas se prevén, además, tipos penales relacionados con el abuso del funcionario público en el ejercicio de sus actividades funcionariales. Estos tipos penales no necesariamente guardan un parentesco cercano con el "cohecho". Así, en el caso de la "concusión" y las "exacciones ilegales", el atentado no solamente se dirige a la administración pública, sino también a la libertad individual: los tipos abarcan casos de extorsión cometidos por el funcionario público en el marco del ejercicio de sus actividades funcionariales. En el "fraude al Estado", se trata más bien de un caso de "estafa", punible ya en la etapa previa a la producción del perjuicio patrimonial: la mera "colusión" entre el funcionario y el interesado en un negocio a nombre del Estado. En las "negociaciones incompatibles" se reprime en realidad la "incompatibilidad" del interés privado con el ejercicio de una función concreta, o sea se reprime un "peligro" de perjuicios patrimoniales a los intereses de la administración. Y el tipo de "enriquecimiento ilícito" constituye un tipo de dudosa constitucionalidad por tener características de "delito de sospecha"; el injusto penal consistiría en el no poder demostrar la legalidad del incremento patrimonial del funcionario público.

Estos tipos penales, aunque puedan presentarse en el marco del ejercicio funcionarial, no constituyen, en estricto sentido, tipos de "corrupción". De todos ellos, por lo menos el tipo de "concusión" parece contener suficiente injusto penal como para justificar un tipo autónomo. Los demás casos no solamente no parecen ser necesarios, sino también no parecen describir un verdadero injusto penal, sino uno meramente administrativo ("negociación incompatible") o incluso una mera sospecha ("enriquecimiento ilícito")[54].

---

[54] Este tipo penal merece un análisis crítico más amplio que no puede hacerse aquí. Me remito a lo expresado, c. más ref. en "Los delitos contra la administración pública", 1ra. ed., p. 475 y ss. En Argentina, debe destacarse

En cambio, el "tráfico de influencias" se acerca más al injusto típico del "cohecho": se reprime con este tipo penal la "compraventa" de la influencia que se tenga o pueda tener en funcionarios públicos; o sea, se adelantan las barreras del derecho penal para reprimir conductas que pudieran influir efectivamente en el ejercicio funcionarial. La práctica ha demostrado la urgente necesidad de reprimir estas conductas, aunque la técnica penal empleada por el legislador no siempre ha sido exitosa en todas partes. En Alemania, la doctrina recomienda la introducción de un tipo penal correspondiente, tomando el ejemplo de las legislaciones española, francesa y suiza.

4.3. Tratamiento de la corrupción de políticos

La protección penal de un sistema democrático no puede descuidar el sistema electoral, que constituye precisamente la base de la formación periódica de dos poderes del Estado: el Legislativo y el Ejecutivo. Con este motivo, las legislaciones suelen introducir tipos penales que buscan proteger la "corrección de los procesos electorales" en el sentido de garantizar elecciones y votaciones objetivas[55]. Esto indica que aquí están en juego bienes jurídicos algo distintos de los existentes en los delitos de corrupción de funcionarios.

En Alemania, p. ej. existe un gran número de tipos delictivos encargados de sancionar penalmente diversas conductas que atenten contra los órganos e instituciones encargadas de garantizar directamente el funcionamiento del sistema democrático (arts. 105 y ss.). Pero solamente en dos tipos delictivos existe un paralelo con los tipos tradicionales de "corrupción de funcionarios": en la "corrupción de electores" (art. 108b) y en la "corrupción de parlamentarios" (art. 108e)[56]. En ambos casos, no está en juego el correcto funciona-

---

el acertado y crítico análisis de SANCINETTI. Por lo demás, en la doctrina penal latinoamericana se suele aceptar acríticamente la existencia de este tipo penal, e incluso algunos instrumentos internacionales (la Convención Interamericana de 1996) recomiendan su inclusión, pese a que un tipo penal que hace de la "no-justificación" de un incremento patrimonial (considerable) un injusto penal atenta evidentemente contra una serie de principios básicos del derecho penal.

[55] Así en Alemania y otros países europeos (Austria, Francia, Holanda, Liechtenstein, Suiza) , ÜBERHOFEN, p. 211; 465.

[56] Un análisis amplio de ambas figuras puede verse en ÜBERHOFEN, p. 211 y ss. El contenido de estos artículos dice lo siguiente (traducción libre):

Art. 108 b Corrupción de electores

(1) Quien ofreciere, prometiere u otorgare a otro regalos u otras ventajas para que no vote o para que vote de un sentido determinado, será penado con privación de la libertad de hasta cinco anios o multa.

(2) También será penado quien exigiere, se hiciere prometer o aceptare regalos u otras ventajas para no votar o para votar en un sentido determinado.

Artículo 108 e Corrupción de parlamentarios

(1) Quien emprendiere comprar o vender un voto en la elección o votación en el Parlamento Europeo o en una representación de la Federacjón, de los Estados Federados, los Municipios o los gremios municipales, será penado con privación de libertad de hasta cinco anios o con multa.

(2) Además de la privación de libertad de por lo menos seis meses por el delito descrito en el párrafo 1, el Tribunal podrá privar de la capacidad de obtener derechos a través de elecciones públicas, así como el derecho a votar o elegir en asuntos públicos.

miento de la administración pública, sino solamente el efectivo funcionamiento del sistema electoral; la corrupción es empleada como medio para falsear un proceso electoral o votaciones en órganos constitucionales. Esto es evidentemente importante, pero deja de lado un grupo de conductas que implican vender y comprar funciones públicas durante el funcionamiento mismo de estos órganos. También en el Perú existen tipos penales similares como delitos contra la voluntad popular (arts. 354 y ss).

Más allá de esta protección directa del sistema electoral mismo existe, sin embargo, la necesidad de proteger el "funcionamiento" mismo de la actividad legislativa cuando los propios representantes populares pretendan "vender" su función o cuando los interesados pretendan comprarla. Ahora bien, la peculiaridad de la función pública de los representantes populares en las distintas formas de gobierno hace que la aplicación de los tipos tradicionales de "cohecho" no resulten adecuadas y, por ello, muchas veces no resulten aplicables a casos graves y evidentes de "venta" de la función parlamentaria. Al mismo tiempo se ha demostrado que la gravedad de estas conductas exige una respuesta penal. Si el injusto de la corrupción se mide según la función que vende el funcionario, este debe ser ciertamente más grave en la medida en que el acto de corrupción tienda a atentar directamente contra las estructuras mismas del estado de derecho: la actividad judicial[57], la actividad legislativa, la ejecución de leyes. Luego, el "cohecho" del parlamentario no solamente debe ser punible, sino merecería una agravación de pena en relación con el cohecho del "funcionario público" de inferior jerarquía.

En la mayoría de los países, el parlamentario también suele ser considerado "funcionario público" en sentido penal, y puede ser abarcado por los tipos "comunes" de cohecho pasivo. Luego, tal como ocurre en Francia, Suiza, Bélgica y Holanda, la conducta corrupta del parlamentario no se tiene que dirigir a restringir a falsear el resultado de votaciones y elecciones (como se exige en el art. 108e CP alemán, en Austria o Liechtenstein), además de incluir el "cohecho subsiguiente"[58].

4.4. El tratamiento de la llamada "corrupción privada"

Los supuestos de *corrupción privada* se asemejan al "cohecho" tradicional en cuanto a que se influye secretamente en una persona cualquiera, en cuyas

---

[57] Este es y ha sido siempre el fundamento en Alemania para la autonomía y mayor penalidad de la corrupción del juez, ver ÜBERHOFEN, p. 175 y s.

[58] ÜBERHOFEN, p. 465. Cada vez son más fuertes las críticas a la "corrupción legalizada" del parlamentario en el sistema alemán; es probable que, debido a la presión internacional (debe firmarse próximamente la Convención de las Naciones Unidas en Viena que prevé la punibilidad amplia de la corrupción de parlamentarios) en un futuro no muy lejano en Alemania o bien se modifique el art. 108e o se amplíen los tipos tradicionales de cohecho para comprender las conductas de parlamentarios que hasta ahora han sido considerado legales, ver sobre esto, c. ej., en "Der Spiegel" n° 27 (de 23-06-03), "Die Vettern der Wirtschaft", p. 36 y ss.

manos está la decisión de un asunto o que debe contribuir con sus esfuerzos o conocimientos acostumbrados a un resultado positivo esperado; pero esta persona no tiene la cualidad de "funcionario público", sino en todo caso de un "funcionario privado" que actúa en el marco de cualquier actividad empresarial (un concurso de méritos, una competencia de calidades, una competencia deportiva, etc.). Una modalidad de esta figura es la que está estrechamente vinculada con los delitos contra la leal competencia: el soborno de empleados privados para obtener alguna información sobre la empresa para la cual trabajan ("soborno comercial" o "revelación de secretos")[59]. La dañosidad de estas prácticas ha sido destacada en la doctrina[60]; la empresa afectada puede sufrir perjuicios de todo tipo, dependiendo del objetivo de la maniobra corruptora: si se sobornó al empleado para obtener condiciones favorables en la contratación, la empresa del sobornado podría recibir una contraprestación de menor calidad o pagar un precio superior al del mercado; si el soborno buscaba que el empleado revelara secretos empresariales, la afectada perderá el valor que estos secretos importen, etc.

Precisamente, en la actualidad, se tiende a reprimir penalmente estas conductas de "cohecho privado". En Alemania, con la reforma de 1997, se han trasladado las figuras penales, que antes estaban en el art. 12 de la "Ley contra la competencia desleal", al art. 299 y 300 del CP ("cohecho pasivo y activo en el tráfico comercial"). Estos "nuevos" tipos penales se refieren a "atentados contra la competencia"[61]. Además, se ha introducido la figura nueva de "acuerdos restrictivos contra la competencia en licitaciones" en el art. 298 CP, supuesto que antes solamente se perseguía como infracción administrativa[62], pues se ha considerado que la dañosidad social de estas conductas es más grave de lo que se suponía: el atentado contra la libre competencia es muy fuerte además de vincularse a actos de auténtica corrupción de funcionarios[63].

---

[59] Sobre esto, FERREIRA DELGADO, quien por lo visto considera insuficiente la punición de estas conductas como delito de "violación de reserva industrial" (art. 238 CP colombiano) y que sería necesaria una tipificación específica que reprima al sujeto activo como "corruptor"; p. 80 y s., esp. p. 81; c. más ref. ABANTO, "Derecho penal económico", 2000, p. 400 y ss.

[60] TIEDEMANN, "Welche strafrechtliche Mittel", p. C 63; remitiéndose al primero, DÖLLING, "Empfehlen sich Änderungen...", p. C 27.

[61] Se buscaba con esto evidentemente una mayor efectividad preventivo-general ante la constatación del incremento de la corrupción en el sector empresarial; al respecto, c. más ref. DÖLLING, "Empfehlen sich Änderungen...", p. C 24; BANNENBERG, p. 25 y s.; TIEDEMANN, c. más ref., Leipziger Kommentar, 11era. ed., art. 299, p. 157 y ss.

[62] La sanción de los "cárteles de licitación" era hasta la reforma meramente administrativa, pues los intentos de subsumir de las conductas bajo el tipo penal de "estafa" fracasaban ante la ausencia del elemento "perjuicio patrimonial"; ver al respecto, entre otros, TIEDEMANN, Leipziger Kommentar, 11ra ed., art. 298, n. marg. 4 y ss., p. 130 y s.; BANNENBERG, p. 22 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho de la libre competencia", p. 123 y ss. Ver sobre estos y otros cambios legislativos realizados por la "Ley de lucha contra la corrupción" de 20-08-1997, desde una perspectiva del Derecho de la competencia, KLEINMANN/BERG, p. 277 y ss.

[63] Cfr. BANNENBERG, p. 23.

Por cierto que aquí, aunque es indiscutible la intervención penal, dado el paralelo existente entre el injusto de la "corrupción privada" y el del "cohecho" tradicional (compraventa de sujetos con una posición de poder, defraudando la confianza de los que dependen de tal posición), las conductas previstas, por el bien jurídico protegido, se alejan del grupo de delitos contra la administración pública y se vinculan, más bien, a la protección de la libre y leal competencia.

Luego, el problema de la llamada "corrupción privada" se sale del campo aquí estudiado. Ciertamente, también este grupo de conductas tiene el mismo denominador común, desde una perspectiva amplia, con la corrupción de funcionarios públicos, pero atacan en primer plano intereses más específicos que el correcto funcionamiento de la administración pública.

V. Problemas jurídico-penales en la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos

A partir de este marco tradicional en la lucha contra la corrupción, y tomando en cuenta el concepto amplio anteriormente expuesto, veamos ahora algunos de los más notorios y graves vacíos que se presentan y las posibilidades de mejoras legislativas. En este reducido marco expositivo, esta tarea solamente puede emprenderse de manera resumida.

5.1. Vacíos de punibilidad y posibilidades

a) El problema de la cualidad "funcionario público"

Según la definición adoptada por la legislación penal correspondiente, existen casos problemáticos que suelen escapar de la tipicidad tradicional:

- El funcionario público extranjero o de organizaciones internacionales no puede ser abarcado, pues el bien jurídico solamente puede referirse al correcto funcionamiento de la administración pública nacional o, a veces expresamente, ya el concepto de "funcionario público" se refiere, directa o indirectamente a funcionarios "nacionales"[64].
- El funcionario político, especialmente el "parlamentario", resulta impune cuando realiza actos paralelos a los del cohecho común. Según la legislación nacional particular, a veces se entiende que este queda, sistemáticamente, excluido de los tipos penales de "cohecho", pues para él se aplicarían tipos penales específicos. Y estos tipos penales pueden ser in-

[64] También en Alemania ha sido este el impedimento para aplicar los tipos de cohecho a delitos cometidos en el extranjero; ver KORTE, p. 81.

suficientes (p. ej. en Alemania). Pero también, en otras legislaciones nacionales, donde se entiende que el parlamentario se encuentra abarcado por el concepto penal de "funcionario público", muchas veces los tipos penales no aclaran en qué consiste su conducta injusta y en qué medida esta escapa de la parcialidad típica de sus funciones. Esto puede llevar a la inaplicación de los tipos penales.

- El concepto suele referirse a personas que ya ostentan la cualidad de funcionario público, mas no a quienes tienen expectativas de ello; p. ej. el candidato a parlamentario.

Ciertamente, estos problemas pueden solucionarse precisando más la definición de funcionario público (para efectos penales), pero también hay que cuidarse de una excesiva precisión. Debe existir aún un espacio para una correcta interpretación desde la perspectiva del bien jurídico tutelado. Y es que a veces, una excesiva precisión legal puede llevar a efectos no deseados de sobrerrepresión o de vacíos. Si se extendiera demasiado el concepto de funcionario público, el concepto perdería nitidez y cualquiera podría ser penado por "cohecho"; lo mismo ocurriría si la conducta típica se ampliara tanto que comprendiera cualquier acceso a ventajas por parte del funcionario, y conductas normales, cotidianas e inocuas podrían resultar siendo calificadas como delictivas. Este peligro se ha mostrado ostensiblemente en las discusiones a propósito de la reforma alemana de 1997[65]. Por otro lado, debe tenerse cuidado con la ubicación de la definición de "funcionario público". La técnica usada en algunos países (p. ej. en Alemania) de colocar el concepto en la parte general tiene el defecto de restringir sus posibilidades de desarrollo, pues vincula la interpretación a otros tipos penales de la parte especial[66].

b) Otros elementos típicos discutibles

No solamente el elemento normativo "funcionario público" presenta problemas de interpretación. También se ha discutido mucho sobre el elemento "provecho propio" y "ventaja inmaterial".

En el caso del *provecho propio*, cuando el tipo penal no especifica nada, la doctrina mayoritaria ha entendido tradicionalmente que el tipo penal solamente abarcaría casos de provecho propio del funcionario público, es decir, quedarían excluidos los casos en los que el funcionario quiera la ventaja para un tercero. Posteriormente se ha interpretado que también existiría este provecho propio del funcionario cuando se vea favorecido de manera "mediata".

---

[65] Refiriéndose a las propuestas relacionadas con el concepto de funcionario público, ver p. 419 y s.

[66] En este sentido, advierte KORTE, aunque también plantea la posibilidad futura de desvincularse por completo de este concepto (o sea convertir el cohecho en delito común). 88, col. izq.

Aquí a veces se llega incluso a una coincidencia entre provecho propio "mediato" y "ventaja inmaterial" (directa), pues se puede decir que el funcionario se vería ya favorecido él mismo (espiritualmente) cuando la ventaja material la obtenga un tercero (p. ej. un partido político, una empresa, etc.). Con esto se pierde precisión y se puede llegar a la analogía.

Por otro lado, puesto que algunos tipos penales se refieren simplemente a "cualquier ventaja", la doctrina ha hecho la distinción entre ventajas materiales (o sea con contenido objetivo, mensurable económicamente) y *ventajas inmateriales*[67]. Pero estas últimas no han podido ser definidas, pues algunas veces esconden auténticas ventajas materiales (en el sentido de mensurables económicamente) como en el caso del favor sexual (existe un mercado de ello) o bien van demasiado lejos y abarcan conductas altruistas o inocuas (la mera satisfacción propia, la vanidad, etc.). Especialmente actual es el problema de la ventaja inmaterial en el caso de los "fondos de terceros" o los "auspicios" en la actividad de algunos funcionarios públicos (particulamente médicos, investigadores de instituciones científicas o universidades).

El elemento "ventaja" también trae consigo el problema de determinar su *magnitud*. Tampoco este problema ha podido ser solucionado hasta ahora. En la doctrina[68], dominan ahora opiniones que admiten la "adecuación social" o la "imputación objetiva" para excluir de la tipicidad algunos casos de ventajas mínimas; aunque aisladamente se ha afirmado también que debería bastar cualquier tipo de ventaja o se ha propuesto introducir cuantías para las ventajas materiales.

Finalmente, en el caso del *cohecho impropio* (pasivo o activo) se critica hasta ahora la falta de definición del bien jurídico afectado. Nuevamente aquí los casos de "fondos de terceros", "auspiciadores" y otros, parecen probar el carácter más bien inocuo de estas conductas. La doctrina dominante ha justificado la existencia de este tipo penal con el argumento de la protección a los bienes jurídicos "confianza de los administrados" ante la "apariencia de infracción de deberes funcionariales"[69]. Esta fundamentación ha sido criticada, y no sin razón, pero ello no afecta a la punibilidad del cohecho impropio, pues

---

[67] Ver últimamente en KARGL, c. ref., p. 678, 770 y s.

[68] Ver ampliamente, c. ref. en ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública", 1ra. ed., p. 382 y ss. También últimamente ver KARGL, p. 772, 778 y ss., quien manifiesta que tras la "adecuación social" se encontraría más bien una "interpretación teleológica" (por lo visto en el sentido de aplicar los criterios de la imputación objetiva, especialmente el de la "finalidad de la protección").

[69] Debido a esto y a la existencia en el tipo penal alemán de una posibilidad de solicitar autorización al superior jerárquico (que relativiza el injusto penal y atenta contra la legalidad), la crítica de KARGL contra la doctrina alemana dominante resulta acertada, ver p. 790 y ss. Ver también VOLK, quien contrapone irónicamente a la "apariencia de sobornabilidad" (Anschein von Käuflichkeit) en los delitos de cohecho, la alternativa de la "apariencia de funcionarialidad pública" (Anschein von Amtlichkeit); p. 419 y s.

ella podría fundamentarse mejor con el bien jurídico específico (u objeto del bien jurídico) "imparcialidad del ejercicio funcionarial" (y también el "carácter público de la función"). Estos bienes jurídicos también subyacen a la punibilidad del "cohecho subsiguiente", entendido este como tipo de peligro[70].

c) La punibilidad del "tráfico de influencias"

Muchas veces se producen actos previos al "cohecho" que, desde la perspectiva penal, pueden tener igual contenido de injusto que este y, sin embargo, quedar impunes. El caso más evidente es el del llamado "tráfico de influencias", el cual ocurre cuando se ofrece en venta la "influencia" que se pueda tener en el funcionario público que tiene a su cargo un asunto de interés para el potencial comprador.

Como los tipos de "cohecho" no abarcan estos casos, en muchos países, se han introducido ya desde hace algún tiempo (Francia, Austria, España, Perú, Argentina) tipos penales que describen esta conducta y la sancionan penalmente. Sin embargo, no en todos los países la técnica legal ha sido buena. En Perú, p. ej. se ha desconocido que el "tráfico de influencias", al igual que en el "cohecho" y en otros tipos penales (muerte a petición, aborto, usura, venta ilegal de reproducciones ilícitas, etc.), constituye un "delito plurisubjetivo" o "de participación necesaria", es decir, el injusto penal el autor principal se da recién cuando se presenta una conducta de otro (la víctima, el favorecido, un tercero). En el tráfico de influencias, esta conducta es la de la parte compradora. Luego, si no se ha previsto expresamente esta conducta o si el tipo legal no está formulado como para abarcarla (como en Francia), entonces, respetando el principio de legalidad, la parte compradora debe quedar impune siempre que su "aporte" se hubiera restringido al "mínimo necesario"; recién si hiciera algo más que "comprar" la influencia, podría ser punible como inductor o cómplice del delito de tráfico de influencias cometido por el traficante[71].

En el marco de la Unión Europea, se ha previsto también la introducción de un tipo de "traffic d'influences" en los países miembros. Alemania todavía presenta este vacío, pero en el futuro va a tener que modificar su legislación penal para introducir este tipo penal.

d) La punibilidad de la "corrupción política"

Como ya se ha visto arriba (4.3), los tipos penales tradicionales de "cohecho" han sido pensados teniendo en mente a funcionarios públicos de in-

---

[70] En ese sentido, argumenta buena parte de la doctrina española y peruana; ver ref. en ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública", 1ra. ed., p. 368 y ss.

[71] Al respecto, c. más ref. y ampliamente ABANTO VÁSQUEZ, "Participación necesaria...", p. 11 y ss. [en esta compilación: p. 411 y ss.].

ferior jerarquía, mas no a los llamados "funcionarios políticos". En el caso de estos últimos (comoquiera que se les defina), o bien se ha previsto un tipo específico muy restringido (que al mismo tiempo impide la aplicación de los tipos de cohecho), o bien se ha pretendido, sin más reflexión, que para ellos sería posible la aplicación de los tipos usuales de cohecho. En Alemania, se ha optado por la primera solución y se tiene desde hace algún tiempo el tipo penal de "corrupción de parlamentarios" en el art. 108e del CP, el cual solamente se refiere al caso de aquel que "intenta" comprar o vender votos (tipo de "emprendimiento") para una elección o decisión en el Parlamento Europeo o en una representación popular de la Federación, los Estados federados, las municipalidades o las asociaciones comunales. Sin embargo, este tipo penal ha recibido muchas críticas de la doctrina alemana por considerarlo meramente simbólico: excluye muchos casos presentes en la práctica y exige demasiados elementos para la configuración del injusto[72].

En otros países (como Perú, España y muchos otros), se ha creído que podría ser aplicable para los funcionarios políticos (sobre todo los parlamentarios) los tipos usuales de cohecho. Pero en la práctica se ha visto que ello es muy difícil. Por un lado, aparte de casos muy concretos (p. ej. la votación en el Congreso) no está claro cuándo el funcionario público ha vendido la actividad funcionarial, y por otro lado, no siempre aparece tan clara la "ventaja" obtenida por este[73].

En todo caso, este último modelo es, por el momento, preferible al alemán, pues por lo menos da la posibilidad de incluir al parlamentario en la punibilidad de actos de cohecho, si bien existe todavía un problema de interpretación legal. Lo ideal sería prever por separado la tipicidad de la conducta de los parlamentarios y otros funcionarios políticos, con un propio marco penal (más grave que el de los casos comunes de cohecho) y con una precisión apropiada del injusto penal (pero sin que este sea tan restringido como en Alemania).

5.2. Otros problemas

a) El marco penal

Aunque tradicionalmente se ha previsto la pena de privación de libertad para los casos de cohecho pasivo, su máximo suele ser muy bajo, incluso en los

---

[72] Ver la crítica de BARTON, p. 1098, 1099 y ss.; más ref. ÜBERHOFEN, quien sin embargo recomienda mantener el tipo penal (p. 207) y propone algunas modificaciones: incluir la punibilidad de acuerdos y recepción posterior de donativos (cohecho subsiguiente), ampliar la enumeración de funciones parlamentarias vendibles (en el tipo: votaciones y elecciones) a los discursos, solicitudes y preguntas en el Parlamento, y extender la punibilidad a las actividades dentro de los grupos parlamentarios; ver p. 207 y s.

[73] Esta problemática la trato específicamente en relación con un famoso caso reciente de la jurisprudencia peruana, donde además estaba en duda la cualidad de funcionario público del parlamentario al momento de vender su cambio de partido político (transfuguismo); ver, c. más ref. en "El transfuguismo político", p. 79 y ss. [en esta compilación: pp. 823-846]

tipos agravados. Las posibilidades reales de llegar a aplicar una verdadera pena de privación de la libertad disminuyen también debido a una serie de circunstancias favorables a los autores: atenuaciones de pena, prescripción, etc. Y esta benignidad del Derecho penal en el trato con la corrupción es tradicional. Mientras más antigua es la legislación penal revisada, más tolerancia muestra hacia las diferentes conductas corruptas. La situación no parece haber cambiado sustancialmente en la actualidad, incluso tras los casos más escandalosos de corrupción ocurridos en países con legislaciones penales muy influyentes(74).

Pero no es por cierto solamente en la pena en donde debe incidir una adecuada política criminal que busque luchar exitosamente contra la corrupción. Especialmente en casos de "corrupción estructural" parece prometer éxito la adopción de *medidas o consecuencias accesorias*, similares a las de Derecho penal económico, teniendo en cuenta la gran similitud entre el funcionario corrupto de alto nivel y el "homo oeconomicus". En parte, muchas legislaciones ya han previsto medidas penales cuya fundamentación proviene del "análisis económico del Derecho". P. ej. en España y Alemania es aplicable, para todos los delitos en general, el "comiso de ganancias", con lo cual se reduce el aliciente económico para delinquir(75). Claro que no basta con la previsión legal si previamente no se difunde entre los operadores de la norma el conocimiento de la aplicabilidad (y su debida reglamentación) de esta medida. En Alemania, p. ej., las investigaciones empíricas muestran que, pese a la existente regulación sobre el "comiso" o la *confiscación de ganancias*, no se suele aplicar esta medida; en cambio, es común que los autores (salvo los de personalidad estafadora) admitan o incluso soliciten (en la espera de atenuaciones de pena) la

(74) En Alemania, p. ej. antes de la reforma de 1997, dado que las penas eran bajísimas, las propuestas para un incremento "cuidadoso" de la pena se sostenían en la necesidad preventivo-general y en la comparación con otros tipos penales que tuvieran un contenido de injusto similar al cohecho; en este sentido, c. más ref. ÜBERHOFEN, p. 150 y ss. Con la reforma de 1997, se ha elevado sustancialmente el marco penal, aparte de haberse ampliado los alcances de los tipos. Las modificaciones han sido consideradas un gran adelanto en la doctrina alemana. Pero aún así, dado que la elevación del marco penal parte de una situación de extrema benignidad para la corrupción, todavía no puede hablarse de un verdadero efecto preventivo general de esta penas, menos aún cuando se las compara con las previstas para otros delitos en el propio CP alemán (hurto, fundación de agrupaciones terroristas) o con tipos de corrupción de otras legislaciones penales. La distinta valoración de la política penal en Alemania se debe a la tendencia allí existente de evitar, en general, la prisión. Además, con el marco penal introducido sigue siendo difícil para aplicar la prohibición de trabajar para la administración pública o participar en procesos de elecciones públicas, pues en pocos casos se cumple con el requisito administrativo del "delito grave" (mínimo legal de un año): en el cohecho pasivo propio agravado del juez o árbitro (art. 332, segundo párrafo) y en los supuestos más graves de cohecho propio (art. 335). En los años posteriores, se ha confirmado este déficit preventivo-general. Según una investigación de BANNENBERG, además de una elevada "cifra oscura", de los pocos casos que llegan a motivar un proceso penal, más de la mitad (el 57 %) termina con un sobreseimiento; los casos de condena son pocos, y menos aún los que llevan a una privación de libertad (22,8 %), la cual, además, generalmente no sobrepasa los dos años y suele ser "suspendida condicionalmente"; ver p. 274 y ss., 483.

(75) En España (art. 127) y en Alemania (art. 73), es aplicable para todos los delitos; en el Perú, solamente es posible interpretar una comisión similar precisamente para los delitos de corrupción a través del art. 426 CP).

reparación de daños, el pago de deudas tributarias, multas, etc., que tienden a reducir las ganancias ilícitas[76].

Debido a la similitud con la delincuencia económica, puede pensarse en la idoneidad de otras medidas provenientes de las investigaciones del Derecho penal económico. Así, en la delincuencia económica, los casos de "irresponsabilidad organizada" y de impunidad por falta de pruebas de la comisión de un delito (o contravención) cometido por un órgano directivo o miembro de este órgano, o un representante de la empresa, pese a la existencia comprobada de los hechos y sus consecuencias dañosas, merecen como respuesta, en el Derecho alemán (arts. 30, 130 OWiG): se aplica una *sanción contravencional a la empresa* misma por violación de sus propios deberes o cuando el titular de la empresa omite prever las medidas necesarias para evitar la comisión de infracciones por parte de sus empleados ("deficiencia en la organización"). Y, en caso de que una misma conducta constituya una contravención y un delito (sobre todo el de "acuerdos de cártel en licitaciones públicas" según el nuevo art. 298 CP alemán), las investigaciones y la sanción administrativa contra la empresa solamente la realiza la autoridad de cárteles, mientras que la justicia penal ordinaria se ocupa de los individuos (es posible, sin embargo, que la primera entregue el caso completo a la Fiscalía)[77]. Este sistema ha merecido aplausos casi por toda la doctrina. Se critica, sin embargo, que todavía sería incompleto, porque seguiría permitiendo la impunidad en algunos casos. Quienes consideran que la impunidad de este sistema alemán de responsabilidad contravencional solamente deriva de la falta de previsión de una vinculación con el hecho delictivo de funcionarios de menor jerarquía (el art. 30 OWiG presupone un delito o una contravención cometido por altos directivos) solamente exigen ampliar el artículo para prever estos supuestos[78]. Y quienes ven que precisamente el art. 30 OWiG presupone una vinculación con hechos probados de altos directivos, cuando precisamente esto es lo que en la práctica no puede probarse, exigirán una auténtica responsabilidad penal de la empresa. Pese a las críticas (que yo también considero acertadas desde una perspectiva político-criminal), con la regulación alemana actual ya sería posible aplicar sanciones contravencionales a empresas en algunos casos de "corrupción": aquellos en los que se demuestre que altos directivos, aunque sin dolo, violaron deberes empresariales y permitieron así que se cometan ac-

---

[76] BANNENBERG, p. 323, 483 y s.

[77] Al respecto ver c. ref. de la doctrina alemana ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", 1997, p. 159 y s.; también con literatura reciente, BANNENBERG, p. 416 y ss.

[78] Así, BANNENBERG, rechazando con ello la necesidad de una responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas, p. 416 y s., 422, 487.

tos de corrupción o cuando no tomaron las medidas necesarias para evitarlo (p. ej. no evitaron que se repitan actos de corrupción por parte de empleados menores, aunque estos hayan actuado en interés de la empresa) [79].

El tema de la auténtica *punibilidad de la persona jurídica*, recomendada desde hace tiempo de manera general para el Derecho penal y de manera especial para el Derecho penal económico, se ha sido discutido hasta el cansancio. Son conocidos los argumentos dogmático-penales a favor y en contra de tal medida[80], así como también es conocido que, además de su tradicional aplicación en los países anglosajones, su introducción ha sido recomendada por organismos internacionales y últimamente muchas legislaciones han seguido tal recomendación[81]. En especial, se dice que en los delitos económicos, se presentaría como regla general una situación de impunidad derivada de la organización compleja y jerárquica al interior de las empresas (irresponsabilidad organizada) los directores y altos ejecutivos ni siquiera necesitan estar al tanto de los actos concretos que los subordinados realizan para incrementar las ganancias de la empresa, pese a que precisamente estos actos pueden implicar la comisión de delitos. Pero las observaciones sobre irresponsabilidad penal referidas a los delitos económicos, por lo visto, no son trasladables a la corrupción de funcionarios por parte de miembros de empresas (corrupción estructural). Y es que es casi imposible que exista una irresponsabilidad penal absoluta, pues los ejecutores de los actos de corrupción, debido a las características propias de estos delitos y a su modo de comisión (entrega de sobornos a funcionarios de diversas jerarquías, prolongada duración de la red, establecimiento de cuentas bancarias secretas para el pago de los sobornos, vinculación de la corrupción con otros delitos como acuerdos de cártel, estafa y administración desleal, etc.) necesariamente habrán actuado con dolo[82]. En el caso de los

---

[79] Interpretación de BANNENBERG, p. 418.

[80] En contra la incapacidad de acción, de culpa así como de motivación a través de la pena de la empresa, la sobrecarga procesal, la suficiencia de la responsabilidad contravencional de la empresa; a favor, la posibilidad de que la culpabilidad y el efecto preventivo recaigan en los órganos que dirigen la empresa, la introducción de penas y medidas compatibles con la naturaleza de la empresa, la necesidad político-criminal de penar a la empresa ante la impunidad de muchas conductas por irresponsabilidad individual, la existencia de nuevos tipos penales que van más allá de las categorías dogmático-penales tradicionales, la realidad del actuar empresarial que llevaría a cometer delitos como estrategia competitiva, la realidad de la moderna organización empresarial donde p. ej. a medida que se avanza en la escala jerárquica desaparece el elemento subjetivo sobre el injusto cometido; las dificultades de la prueba del delito debido a que las decisiones empresariales se toman con un sistema de "división de trabajo" que excluye la responsabilidad de los individuos ("irresponsabilidad organizada"), etc. Ver ref. sobre estas posiciones en: "Derecho penal económico", 1997, p. 159 y ss.; nuevas ref. en BANNENBERG, p. 411 y ss.

[81] En Alemania existen muchos proyectos recientes que han buscado introducir la punibilidad de la empresa. Pero la Comisión del Parlamento concluyó en marzo de 2000 con el rechazo a tal medida; ver ref. en BANNENBERG, p. 410 y s.

[82] Cfr. BANNENBERG, p. 414 y s.

superiores jerárquicos, la prueba de su participación no es fácil. Según la experiencia práctica, estos tratan de eludir su responsabilidad trasladándola a los subordinados ejecutores inmediatos de las prácticas corruptas; se escudan en su desconocimiento de dichos hechos y en que los hechos habrían sido cometidos por trabajadores criminales que actuarían a espaldas de la dirección de la empresa y que por ello son despedidos. Al parecer, en este nivel de la empresa, el efecto preventivo general de los tipos penales es prácticamente nulo, pues, aparte de las mínimas posibilidades de descubrir los hechos, las posibilidades de reprimir penalmente a estos directivos son casi imposibles debido a muchas razones: falta de prueba de su conocimiento de los hechos, buenas posibilidades de defensa, influencias políticas y en medios de comunicación, etc.[83]. Aquí podría pensarse en la necesidad de introducir la responsabilidad penal de personas jurídicas, siempre que su configuración garantice un verdadero efecto preventivo y que las penas estén ajustadas a la realidad empresarial[84]. La Convención de la OECD (firmada por varios países, entre ellos Alemania) recomienda la introducción de la punibilidad de personas jurídicas en delitos de cohecho (activo) en el tráfico internacional (art. 2).

Otra interesante medida recomendada en general para los delitos económicos, pero también imaginable para los de cohecho, es la *publicación* especial de los nombres (personas naturales o jurídicas) de los que fueran procesados o condenados por delitos de cohecho[85].

También podría pensarse en establecer *otras sanciones de carácter administrativo* a la empresa responsable, sea que estas las ordene directamente el juez penal o por la autoridad administrativa, previa notificación de la sentencia por el juez penal. Ejemplo: si se demostrara el pago en exceso por la compra de armamentos a una empresa extranjera, operación donde intervinieron determinados funcionarios, pero a los cuales no se les puede demostrar actos de "cohecho", podría inscribirse a la empresa en un registro especial con el objetivo de reducir o excluirla de contratar con el Estado. O también puede pensarse en el "embargo en forma de intervención", es decir que la administración pública pueda "supervisar" a la empresa embargada durante un tiempo a través de un "interventor" a fin de impedir que los responsables penalmente sigan dirigiendo la empresa indirectamente (p. ej. mediante testaferros o contratos de asesoramiento), la hagan quebrar dolosamente o incluso cambien la

---

[83] BANNENBERG, p. 415.

[84] BANNENBERG considera, sin embargo, suficiente la responsabilidad contravencional; ver p. 416 y ss., 487. A favor de la punibilidad de las empresas involucradas en delitos de cohecho, ÜBERHOFEN, p. 156, 174, 463.

[85] En particular para los delitos de cohecho, ÜBERHOFEN, p. 156; en general, para los delitos económicos, ver ampliamente ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", 1997, p. 208 y ss.

personalidad jurídica; a la vez que se garantizaría el pago de indemnizaciones y multas[86]. Otra medida recomendada es la "disolución de la personalidad jurídica" como medida extrema ante empresas cuya finalidad es precisamente cometer delitos. Esta medida no es del todo inútil como se ha criticado. Es cierto que la finalidad criminal no es propia de personas jurídicas en el sentido estricto, sino más bien de organizaciones criminales o de empresas ficticias (p. ej. las famosas empresas-buzón)[87], pero como ya muestra la mención de las empresas ficticias, puede haber empresas legalmente constituidas que desde el principio o con posterioridad se dediquen a una finalidad delictiva (p. ej. una empresa exportadora que luego de un tiempo se dedica a exportar armamento a zonas de conflicto; o un bar cuyos principales ingresos derivan del proxenetismo encubierto, un banco que establece sus mayores ganancias con el blanqueo de dinero, la estafa o el insider trading).

b) Problemas y medidas procesales

La mejor técnica en la tipificación de los delitos no sirve de mucho si no va acompañada de un Derecho procesal eficiente. Pero la práctica demuestra una peculiaridad de los delitos de corrupción: la mayor dificultad se encuentra en el descubrimiento de los hechos, sobre todo si se trata de la corrupción estructural (por falta de víctimas concretas y denuncias privadas); una vez descubiertos los hechos, el "esclarecimiento" policial es relativamente fácil, pues el descubrimiento suele ir acompañado de suficiente información[88]. Entre las medidas propuestas para optimizar el descubrimiento, esclarecimiento y el procesamiento de los delitos de corrupción, se han recomendado las siguientes: la admisibilidad de la intercepción ("escucha") telefónica, la admisión de reglas de "testigo de la corona" (o "testigo principal"), el ofrecimiento de reserva a algunos testigos (darles categoría de "informantes"), la autodenuncia, la obligación de denunciar actos de corrupción y cooperar con la justicia que se impone a otras autoridades, la participación de un *ombudsman*.

Además, se necesita una *adecuada implementación de la persecución penal* a través de oficinas y personal especializado, recursos suficientes, establecimiento de redes de información en todo el país y una adecuada neutralización de las influencias que pudiera ejercer la política en los órganos de justicia. Muchos procesos penales de corrupción vinculados con la actividad empresarial son extremadamente complejos; el develamiento de las relaciones entre

---

[86] Especialmente sobre estas dos medidas, ver SCHAUPENSTEINER, NStZ 1996, p. 413; el mismo en Kriminalistik 1996, p. 308.

[87] BANNENBERG, p. 421 y s.

[88] En Alemania, la cuota de casos descubiertos esclarecidos es del 90 %; ver BANNENBERG, p. 426 y s.

la administración y las empresas exige conocimientos especiales que jueces y fiscales por sí solos no pueden lograr[89]. A esto se agrega la presión de tiempo debido a los plazos que hay que cumplir según las leyes procesales y penales (duración de la prisión preventiva, duración del proceso, prescripción de la acción). Para poder contrarrestar problemas, en concreto se proponen las siguientes medidas: creación de competencias especializadas en la lucha contra la corrupción (policía, fiscalía y juzgados); implementación de estos grupos con especialistas en materias económicas, contables, administrativas; recopilación y profundización sistemática de los datos obtenidos; empleo de redes informáticas entre las autoridades judiciales y otras que puedan aportar datos sobre las materias investigadas; intercambio de experiencias entre autoridades de distintas jurisdicciones, colaboración en las investigaciones de otros funcionarios especializados (p. ej. en infracciones de cárteles, tributarias, bancarias, contralores, etc.), cuidadosas y coordinadas labores de investigación (a veces bajo reserva absoluta) tanto en las etapas previas como en las posteriores (p. ej. para determinar dónde se encuentran las "ganacias ilícitas" que se van a decomisar) a fin de impedir que los investigados –si fueran inocentes– se vean perjudicados por informaciones filtradas a la prensa, o –si fueran culpables– puedan eliminar pruebas u ocultar su patrimonio ilícitamente obtenido, etc.[90].

c) La prescripción y la inmunidad parlamentaria

En su origen (el parlamentarismo inglés) y por su sentido, la *inmunidad parlamentaria* fue un privilegio del Parlamento (no del parlamentario en particular) para evitar que el Ejecutivo influya en él (es decir, en su "libertad de discusión y decisión, así como en su conformación representativa) afectando así su funcionabilidad, y a través de esto (como "reflejo", de manera mediata) también sirve de protección para el propio parlamentario contra "persecuciones tendenciosas". Ese fue el sentido original que inspiró a muchas constituciones políticas (art. 46, segundo párrafo de la GG alemana; art. 71, segundo párrafo de la Constitución española; art. 93, tercer párrafo, Const. peruana de 1993). Pero últimamente la doctrina y la jurisprudencia constitucional alemanas destacan más el derecho del parlamentario a la inmunidad y el respeto a su estatus, motivo por el cual el Parlamento, en su decisión de levantarla,

---

[89] Incluso en Alemania, país donde la justicia dispone de cierto personal con especialización en la lucha contra la delincuencia, se ha constatado la gran dificultad de trabajo todavía existente en los procesos penales sobre corrupción, en especial de los referidos a la corrupción estructural; ver BANNENBERG, p. 435 y ss. Este problema ha sido más grave aún en las zonas de la anterior Alemania Democrática, donde la administración instalada para integrar la zona de la Alemania occidental y otras actividades propias de la coyuntura (p. ej. subvenciones, privatización de empresas, devolución de propiedades a sus titulares, etc.) se ha visto rápidamente integrada en una red de corrupción con empresarios y otras personalidades locales que la justicia penal en gran parte no ha podido alcanzar; ver ídem, p. 436.

[90] Ampliamente, c. más ref., BANNENBERG, p. 438 y ss., 487 y s.

no debe ser arbitrario[91]. La doctrina tradicional entendía que, como primordialmente se trataría de proteger el funcionamiento del Parlamento, en primer lugar, solamente éste puede decidir sobre el levantamiento de la inmunidad, y, en segundo lugar, no tendría que basarse para ello en razones propias del Derecho penal (constatación del injusto penal, valoración de pruebas), sino en una ponderación de intereses de su relación con los otros poderes[92]. Con la nueva doctrina, amparada por una reciente decisión constitucional (BVerfG, sentencia del 17-12-2001), ahora el Parlamento va a tener que examinar los motivos de la persecución penal, aunque no ha quedado claro cuán lejos debe ir la "intensidad" de este examen, sino solamente se han establecido algunas situaciones en las que el Parlamento podría constatar una arbitrariedad del órgano de persecución penal contra el Parlamentario; solo se ha reafirmado que el Parlamento no debe realizar un examen jurídico-penal amplio, pues en tal caso se convertiría en una instancia jurisdiccional adicional exclusiva de los parlamentarios[93].

Independientemente de la discusión sobre la naturaleza de la "inmunidad parlamentaria" (¿simple prerrogativa o privilegio?), hay una suerte de consenso en la mayor parte de la doctrina acerca de la necesidad de que esta medida continúe existiendo, pues el peligro latente de las persecuciones tendenciones contra los parlamentarios es indesligable de todo sistema de división de poderes. Esta afirmación se sostiene incluso a pesar de existir otras medidas modernas de protección del Parlamento frente al Ejecutivo (p. ej. el "voto de desconfianza"; la garantía del juicio penal a través de la Corte Suprema)[94] y de la importante crítica de parte de la doctrina, basada sobre todo en experiencias recientes de notoria impunidad penal[95].

---

[91] Así se entiende también en Alemania; ver SCHULZE-FIELITZ, art. 46, n. marg. 1; MAUNZ, art. 46, n. marg. 26; BROCKER, p. 44; RANFT, c. más ref. p. 275; TRUTE, p. 148, col. der. Se ha reafirmado esta doctrina en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional Alemán (B VerfG, Urteil vom 17.12.2001-2 BvE 2/00); ver el texto de la resolución en JZ 3/2003, p. 145-148. La réplica a la crítica doctrinaria es sencilla: ella presupone una relación ideal entre el Derecho escrito y la realidad constitucional (o sea una relación armoniosa entre los miembros del parlamento y los demás poderes), ver p. 146, col. izq. y s.

[92] Refiriéndose a la doctrina tradicional, TRUTE, p. 149, col. izq. En España se mantiene, en cambio, la doctrina tradicional; para el levantamiento de la inmunidad o la denegación del pedido en las cámaras del Parlamento "no han de valorar jurídicamente los hechos, sino... tienen que emitir un juicio de oportunidad política, no de culpabilidad jurídica"; ver SORIANO, p. 29, col. izq. V. También BACIGALUPO critica esta práctica y el vacío de la jurisprudencia constitucional de 1985 (vigente aún), en la que se basa este entendimiento: solo exige expresamente una fundamentación jurídica objetiva (y no solamente política) del rechazo del levantamiento de la inmunidad, pero no de admisión; ver p. 724.

[93] Ver el análisis de TRUTE, p. 149, col. der. y s.

[94] Ver ref. en RANFT, quien también muestra las posibilidades prácticas actuales de tal "persecución tendenciosa", sobre todo en caso de parlamentarios comprometidos, tanto de la mayoría como de la minoría parlamentaria; ver p. 275, col. izq.

[95] Las críticas se remontan a Kelsen y todavía tienen defensores; ver ref. en TRUTE, nota 2, p. 148. En España, ver las críticas de SORIANO, citando además bibliografía hispana en ese sentido, p. 28 y ss.

Además, desde la perspectiva de la doctrina dominante, la "inmunidad" como "protección" de su titular ante persecuciones tendenciosas motivadas políticamente, también parece ser necesaria para los miembros del tercer poder del Estado: los magistrados del Tribunal Constitucional (art. 201, segundo párrafo, Const. Peruana de 1993), y también, en cierta medida, para el máximo funcionario del Ejecutivo, el presidente de la República (Canciller federal en Alemania). No se entiende en cambio por qué deberían gozar de esta inmunidad otros altos funcionarios del Ejecutivo como los Ministros de Estado (salvo que sean, al mismo tiempo, parlamentarios), el Fiscal de la Nación (o Fiscal General) o los miembros de la Corte Suprema. En resumen, aunque todavía puede sostenerse la necesidad de la "inmunidad parlamentaria", en la actualidad, parecen haber opciones a dicha medida que reduzcan las posibilidades de abuso e impunidad de los políticos[96].

La "inmunidad parlamentaria" plantea otros problemas que no pueden analizarse adecuadamente aquí. P. ej. el problema de su aplicación práctica en el marco del Derecho procesal penal (¿impide incluso las investigaciones previas al inicio formal del proceso?)[97], el de los efectos procesales de la "inmunidad parlamentaria" (dado su carácter de "impedimento procesal" expreso de rango constitucional, ¿pueden o no aprovecharse las pruebas obtenidas en las investigaciones ya llevadas a cabo?) [98], y el de su extensión al "Derecho penal en sentido amplio" (¿también se necesitaría el levantamiento de la inmunidad antes de iniciar procesos administrativos contra el parlamentario?)[99].

---

[96] P. ej. es interesante la propuesta de SORIANO, quien recomienda eliminar la inmunidad parlamentaria, pero conservar la competencia del Tribunal Supremo el cual (esto es nuevo) deberá recabar previamente un informe motivado de la cámara parlamentaria sobre las implicancias políticas del proceso; ver p. 32. col. izq.

[97] Tradicionalmente se ha entendido en Alemania que, salvo delitos flagrantes, también se necesitaría la autorización del parlamento para las investigaciones previas; ver por todos y c. más ref., MAUNZ, art. 46, n. marg. 41. También sigue esta línea BROKER, p. 45. En cambio, otra posición cree que cumple mejor la finalidad de impedir "persecuciones tendenciosas", el que la policía y la Fiscalía puedan reunir previa y libremente el material necesario para poder fundamentar luego el pedido de levantamiento de inmunidad; además, al hacerse las investigaciones discretamente, se evitaría tanto la publicidad (en perjuicio del parlamentario) como la posibilidad de eliminación de pruebas; ver c. más argumentos, RANFT, p. 275, col. der. Y s.

[98] La doctrina alemana mayoritaria opina que, como la inmunidad no está destinada a proteger a la persona del parlamentario (para este solamente existiría un "reflejo jurídico" de dicha finalidad), sino la funcionabilidad del Parlamento, no habría necesidad de prohibir tal aprovechamiento de las pruebas. Pero una doctrina minoritaria, que apoya la jurisprudencia alemana, argumenta que incluso los "reflejos jurídicos" podrían ser suficientes para fundamentar una prohibición de aprovechamiento de pruebas obtenidas en un proceso antijurídico, pues también en estos casos se habría atentado contra la finalidad protegida por estas prohibiciones de aprovechamiento (la protección de intereses superiores); en concreto "la funcionabilidad" y el "prestigio" del Parlamento; además, si no se admitiera esta prohibición, se correría el peligro de que los órganos de justicia violen conscientemente las reglas sobre la inmunidad para asegurar pruebas con miras a una posterior persecución penal. Siguiendo esta doctrina, BROCKER, p. 52 y ss.

[99] Una parte importante de la doctrina exige, para evitar abusos en contra del Parlamentario, la extensión del privilegio también al Derecho administrativo (ver ref. en BROCKER, p. 48 y ss.); la jurisprudencia alemana y otro sector de la doctrina, en cambio, creen que las investigaciones administrativas no perjudicarían la funcionabilidad del Parlamento y podrían ser necesarias para reunir elementos previos a la determinación de un injusto penal.

Otro de los problemas prácticos más importantes en la lucha contra la corrupción de altos funcionarios políticos se presenta con la *prescripción de la acción* (eventualmente, aunque con menos frecuencia, también con la prescripción de la pena). Se ha llegado a tal punto que esta constituye una de las "armas de defensa" más útiles para lograr la impunidad de los casos más escandalosos de corrupción de altos funcionarios públicos[100]. Dado que los plazos fijados en la ley apuntan a la "seguridad jurídica" y no tienen que ver, en realidad, con la definición del injusto penal, su modificación no debería tener consecuencias similares a las de las modificaciones de la ley penal favorable al reo.

VI. La lucha internacional contra la corrupción

Cuando se trata de proteger el normal funcionamiento de la administración pública y de los poderes del Estado (y además, accesoria o principalmente la competitividad de las empresas nacionales) no bastan los tipos tradicionales de "cohecho", pues, debido al "principio de territorialidad", la persecución penal tradicionalmente se limita a los actos de corrupción cometidos dentro del territorio nacional, en los que participan funcionarios nacionales. Y sin embargo, también pueden atentar contra el correcto funcionamiento de la administración pública nacional (u otros intereses adicionales) aquellos *actos de corrupción de funcionarios en el extranjero* cometidos por nacionales o contra nacionales, o incluso los cometidos enteramente por extranjeros en el extranjero, cuando los efectos de estos actos se dejaren sentir en el territorio nacional. Y, por otro lado, son posibles los casos de corrupción de "funcionarios públicos" que no gozaren del status de funcionarios nacionales, pese a que los actos se cometen dentro del país; p. ej. el soborno a funcionarios de organizaciones internacionales con sede en el país. Es lo que se conoce como "corrupción transnacional" o "corrupción internacional". Para reprimir estos actos no sirve de mucha ayuda recurrir a las reglas del Derecho internacional penal ("principio real o de intereses", "principio de personalidad activa") que, subsidiariamente al "principio de territorialidad" prevé la mayoría de las legislaciones penales, pues, por un lado, la propia estructura de los tipos penales nacionales deja impune muchas conductas de corrupción cometidas en el extranjero y, por otra parte, las reglas materiales, procesales y de extradición suelen ser muy diferentes en cada país y podrían oponerse a la persecución penal[101].

---

[100] P. ej. los procesos penales contra el ex presidente peruano Alan García Pérez (1985-1990) prescribieron uno tras otro, mientras el procesado se encontraba refugiado en Francia. Igualmente, algunos casos seguidos por la justicia italiana contra Silvio Berlusconi han prescrito y otros amenazan con prescribir, incluso gracias a oportunas leyes dadas por el propio gobierno del investigado para reducir los plazos de prescripción de la acción penal de los delitos materia de las investigaciones en contra de este.

[101] Ver el análisis, al respecto, de PIETH, c. más ref. y ejemplos, p. 761 y ss.

A esto se suma que, en la práctica, solamente en casos excepcionales salen a la luz casos de corrupción de gobernantes y altos funcionarios extranjeros (y más raros son aún los casos de recuperación de pérdidas, y casi imposible los de condena) por parte de empresarios de países industrializados[102].

Como se suele señalar la *dañosidad* de este tipo de corrupción estriba en sus implicancias político-sociales, pues no es raro que las empresas transnacionales elaboren su estrategia previendo partidas especiales para actividades corruptoras y se aprovechen de su poder para presionar y chantajear a la clase política de los países huéspedes. Además, como se ha reconocido, aquí no solamente se afecta al país del funcionario corrupto, sino también al país de quien realiza el acto de corrupción, pues su industria pierde confianza internacional con la consiguiente afección del sistema competitivo nacional[103]. En tal medida se observa un paralelo entre la lucha internacional contra la corrupción y la lucha contra otros delitos de carácter internacional, donde el interés común de todos los países en la persecución penal es evidente[104].

En algunos momentos, la corrupción de funcionarios extranjeros llegó a ser considerada una operación usual y legítima de estrategia competitiva. Así, bajo una contradicción valorativa y de acción no era extraño constatar que en las grandes empresas industriales, al lado de una sección encargada de negocios nacionales que se cuidaba de evitar la corrupción de funcionarios nacionales, hubiera otra sección encargada de negocios internacionales, donde la corrupción de funcionarios extranjeros no solamente era tolerada, sino incluso esperada por la dirección, siempre que sirviera los intereses de la empresa[105]. En la actualidad, se está cambiando de una protección exclusivamente nacional del funcionamiento de la administración pública (sin importar o incluso fomentando, por otras razones, la corrupción de la extranjera) a la protección internacional. Especialmente escandalosa fue la situación en Alemania hasta antes de la reforma, pues incluso el Derecho tributario permitía a sus empresas nacionales deducir tributariamente aquellos "gastos" hechos en actividades corruptoras en el extranjero[106].

---

[102] Expone sistemáticamente estos casos (muerte o derrocamiento de un político corrupto, peleas entre los herederos de un político corrupto muerto, demanda de indemnización de un intermediario en una transacción comercial corrupta, denuncia por parte de empresas competidoras, etc.), c. ej. RÜGEMER, p. 464 y s.

[103] Ver TIEDEMANN, "Poder económico y delito", p. 65; también incide en el propio interés de los países (industrializados) en castigar a los cohechadores activos nacionales, PIETH, p. 773 y ss.

[104] PIETH ilustra esto haciendo un paralelo con la prostitución y el abuso a menores de edad; p. 773 y ss.

[105] Cfr. OSTENDORF, p. 617, col. izq.

[106] Ver ref. en KORTE, p. 88, col. der., planteando una serie de posibilidades de conflicto de la nueva regulación alemana (mucho más restrictiva que antes) sobre la deducción de pagos (sobornos) en el extranjero. Ver en NJW 2000, p. 2880, col. izq.; también sobre la situación anterior a 1996 ver DÖLLING, Empfehlen sich, p. C 47, TIEDEMANN, en

Por cierto que también existía una situación especial en el marco internacional que favorecía estas tendencias. Las relaciones económicas internacionales han creado un ambiente de presión para las empresas, las cuales, en medio de la lucha competitiva a nivel internacional, no pocas veces se verían "obligadas" a recurrir a la corrupción, lo cual, por razones de puestos de trabajo, impulso a la economía y otras metas políticas y económicas, no siempre es visto con malos ojos por los gobiernos de las empresas corruptoras[107]. Por eso, la salida de esta situación solamente puede lograrse mediante una *lucha internacional contra la corrupción*. A través de convenios y tratados internacionales, las naciones buscan no solamente una mejor cooperación para controlar estos delitos (p. ej. a través del intercambio de informaciones y medios de prueba, extradición, cooperación policial y judicial, etc.), sino también se obligan a "armonizar" las legislaciones internas y mejorarlas, sea introduciendo nuevos tipos penales o reformando los existentes o adoptando las medidas procesales necesarias. Con esto se abandona el argumento de la "neutralidad política" con los países huéspedes, entendidos estos mayormente como países del Tercer Mundo[108], los países industrializados cerraban los ojos frente a la corrupción causada o cocausada por empresas transnacionales en estos países, así como a la corrupción que también existía y existe aún en sus propios países.

Todavía a mediados de los años 70 del siglo XX, las Naciones Unidas se preocupaban paternalmente de los abusos de empresas transnacionales en países huéspedes de economía subdesarrollada, abusos que, entre otras cosas, se manifestaban principalmente como "prácticas restrictivas de la competencia" y "actos de corrupción" en los mismos[109]. Por ese motivo, se emitió la Recomendación de 1975. Pero no se veía el problema en "casa", es decir, que los actos de corrupción partían precisamente de ciudadanos de los países industrializados. El primer paso decisivo lo dieron los EEUU. Como respuesta a una serie de escándalos en el que se vieron envueltas empresas estadounidenses, el gobierno norteamericano emitió la *Foreing Corrupt Practices Act* (FCPA) en 1977, la cual influyó en las legislaciones nacionales e internacionales. Esta ley –vigente todavía– persigue penalmente, en territorio nacional, entre otras conductas, los actos de corrupción de funcionarios públicos (en sentido amplio) y políticos (miembros de partidos y candidatos para un cargo

---

"Multinationale Unternehmen", p. 45. Ver resumen de la situación desde el 2000 (que solamente exige una "conducta antijurídica" y una relación de delitos para la no-deducción tributaria) en BANNENBERG, p. 26 y s.

[107] Cfr. OSTENDORF, p. 617, col. izq.

[108] Cfr. BANNENBERG, p. 28; HUBER, p. 43, col. izq.

[109] Al respecto ver más ref. en TIEDEMANN, "Multinationale Unternehmen", p. 24 y ss., 32 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, "El Derecho de la Libre Competencia", p. 66 y ss., 68; BANNENBERG, p. 28.

político) llevados a cabo por ciudadanos o empresas norteamericanos incluso en el exterior, siempre que el acto de corrupción tienda a influir en medidas oficiales y decisiones relacionadas con transacciones comerciales (p. ej. la obtención de contratos o buenas pro). Incluso se persigue a extranjeros o empresas extranjeras que hayan cometido estas conductas en el exterior en el marco de actividades competitivas de empresas norteamericanas (principio de los "efectos en el mercado nacional"), siempre que tengan domicilio en los Estados Unidos[110]. Entre otras particularidades de la ley norteamericana, están la tipicidad del pago a terceros intermediarios de los funcionarios, la exclusión de la "corrupción menor" (petty corruption), o sea la que procura un mejor y rápido trabajo de empleados públicos; la exclusión de pagos legales según las reglas del país (salvo los pagos a políticos, así la ley nacional los considere legales); la previsión de prisión para personas naturales y fuertes multas (hasta 2 millones de dólares por infracción) u otras sanciones fuertes (exclusión de contratar con el Estado, pérdidas de privilegios como exportador, etc.) para las empresas; la previsión de obligaciones contables (publicables por la Supervisión de la Bolsa de Valores estadounidense) que prueben la existencia de pagos y la responsabilidad de la dirección de la empresa.

La influencia de la FCPA en otros países industrializados no fue, sin embargo, inmediata. Hubo que esperar 20 años hasta que a través de la OECD (Organization of Economic Cooperation and Development), 33 países (entre ellos Alemania y España) firmen el 17 de diciembre de 1997 el *Convenio sobre la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en el tráfico comercial internacional* (hasta 2002 habían firmado 34 países y tres más habían iniciado el procedimiento). En gran medida ha sido decisiva la insistencia de los EEUU para llegar a esta Convención, pues –a fin de equilibrar la desventaja competitiva de sus propias empresas derivada de la FCPA– buscó convencer a otros países de introducir reglas similares. Con ese motivo en 1988 dirigieron "recomendaciones urgentes" a la OECD, las que finalmente se materializaron en la Convención de 1997. En ella se recomienda, de manera similar a la ley norteamericana, introducir la represión del soborno a funcionarios públicos extranjeros en cualquier país del mundo (y no solamente de los países signatarios del Convenio) con el objeto que este, mediante comisión u omisión en el ejercicio de sus funciones, le ayude a conseguir o mantener un contrato en el tráfico comercial internacional o cualquier otra ventaja injus-

---

[110] Al respecto ver ampliamente en TIEDEMANN, "Multinationale Unternehmen", p. 32 y ss.; igualmente en "Poder económico y delito", p. 62 y ss.; c. más ref. y una exposición resumida del contenido de la ley estadounidense, BANNENBERG, p. 23 y ss.; brevemente sobre la aplicación de la ley en la justicia estadounidense, ABANTO, "Derecho de la Libre Competencia", p. 61 y ss.

ta[111]. Solamente se busca la represión del cohechador activo (el dador), no del cohechador pasivo (el funcionario público extranjero), pues la punibilidad de éste queda en manos de la nación correspondiente. El objetivo del Convenio es sobre todo de carácter económico: se busca conseguir un equilibrio en las condiciones de competencia basado en la reciprocidad; especialmente en países del Tercer Mundo, se ayudaría así a proteger la economía, la administración y la democracia[112]. Para su cumplimiento se han establecido mecanismos de autoevaluación y evaluación mutua con planes temporales predeterminados. Entre las ya mencionadas carencias de la Convención figura también la no previsión de reglas especiales sobre jurisdicción penal que obligue a los países signatarios a aplicar el principio de "nacionalidad" (personalidad) y perseguir los delitos de cohecho activo en el propio país del cohechador activo (que usualmente, en el marco de la competencia internacional, suele sobornar a funcionarios extranjeros en el extranjero), pues las reglas sobre extradición son de difícil aplicación[113].

En los años posteriores, algunos países firmantes han cumplido con adecuar sus leyes penales nacionales al texto de la Convención de la OECD; Alemania, p. ej., lo hizo el 10 de setiembre de 1998 través de la *Ley (alemana) de lucha contra la corrupción internacional* (por sus siglas en alemán: IntBestG), pero la parte penal de esta ley no entró en vigor hasta el 15 de febrero de 1999, fecha en que Alemania firmó la Convención[114]. La IntBestG remite ampliamente al tipo penal de del art. 334 StGB (o sea los casos de actos de soborno a funcionarios públicos para que este después realice una actividad funcionarial que viole sus deberes), define el concepto de "funcionario público" para los efectos de la ley (art. 2, § 1 IntBestG), describe la punibilidad de corrupción activa a parlamentarios extranjeros cuando se relacionen con actividades del tráfico comercial internacional (art. 2, § 2 IntBestG), extiende la validez del Derecho penal alemán a delitos cometidos en el extranjero (§ 3), posibilita la aplicación de los tipos penales de blanqueo de dinero (§ 4). En resumen, con esta ley se reprime el "cohecho activo propio antecedente" a funcionarios públicos extranjeros cometidos por alemanes en el exterior en el marco de actividades de tráfico comercial internacional. Se critica a esta ley que no se refiera a la "corrupción privada" (en el extranjero), limite la acción típica a conductas ligadas con contratos y ventajas en el tráfico comercial internacional, la limitada percepción penal de parlamentarios y la falta de verdadera

---

[111] Al respecto, críticamente, ZIESCHANG, p. 106 y s.; también, c. más ref. KORTE, p. 85 y ss.

[112] BANNENBERG, p. 38.

[113] KORTE, p. 85, col. der.

[114] Ver sobre esta ley, KORTE, p. 85 y ss.; BANNENBERG, c. más ref., p. 36 y s.; ÜBERHOFEN, p. 86 y s.

responsabilidad penal de las empresas (solamente se admite la responsabilidad contravencional)[115]. Por otro lado, se reconoce que la efectividad práctica de esta ley probablemente sea insignificante, pues para la punibilidad del "cohecho activo" cometido en el extranjero podría no existir interés en otros países de colaborar en la punibilidad de determinada empresa o de sus miembros[116], pero, por otro lado, se destaca su "efecto simbólico" positivo, pues –como toda norma penal– puede contribuir a "crear claridad sobre normas y conductas prohibidas para imponer las correspondientes normas de conducta en las empresas e influir en la competencia"[117]. Es interesante, por último, que la IntBestG vaya más lejos que la propia ley penal alemana cuando se trata de la "corrupción de parlamentarios". En efecto, la ley interna solamente pena la "corrupción de parlamentarios" (art. 108e StGB) referida a la compra o venta de votos de representantes populares comunitarios, federales, regionales o municipales en una votación; en cambio, el art. 2 IntBestG se refiere a la corrupción "activa" a parlamentarios extranjeros para conseguir o preservar ventajas injustas en el tráfico comercial internacional. La descripción de la IntBestG (limitada por cierto al "cohecho activo") no precisa una "compra concreta de votos" ni una "infracción de deberes funcionariales", sino solamente un "pacto injusto" entre el corruptor activo y el parlamentario extranjero[118].

Los convenios para la lucha contra la corrupción también pueden tener *carácter regional*. P. ej. los países miembros de la Unión Europea se han obligado, a través de diferentes instrumentos, a introducir en sus ordenamientos jurídicos nacionales la punibilidad de la corrupción activa y pasiva de funcionarios de la Unión Europea (o sea de funcionarios supranacionales)[119]. Entre los instrumentos más importantes[120] están la Directiva sobre "protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas" (a través de los actos del Consejo Europeo de 27-09-96 y 19-06-97), "Corrupción de funcionarios de la Unión Europea" (acto del Consejo de 26-05-97) y sobre todo la "Con-

---

[115] Cfr. BANNENBERG, p. 37; también críticamente en especial frente a los vacíos relacionados con el "cohecho activo impropio" de funcionarios extranjeros o de organizaciones internacionales, GÄNSSLE, p. 544 y ss.

[116] Cfr. BANNENBERG, p. 37.

[117] BANNENBERG, p. 37 y s.

[118] Cfr. BANNENBERG, p. 37.

[119] Los tipos penales sobre "corrupción" vigentes en Alemania no abarcaban tampoco a funcionarios de otros países de la Unión Europea (se refieren a "funcionarios nacionales"), ZIESCHANG, p. 106, col. izq.

[120] Ver un análisis de estos instrumentos en HUBER, c. más ref., p. 43 y ss.; también, con un análisis crítico de los elementos típicos desde la perspectiva penal, VOLK, p. 428 y ss.; GÄNSSLE analiza críticamente la Ley de corrupción de funcionarios en la Unión Europea que dio cumplimiento, en Alemania, al protocolo de 27-09-1996 sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y constata como vacío la impunidad del cohecho impropio; ver p. 546 y s.

vención jurídico-penal del Consejo de Europa sobre corrupción" de 27-01-1999. Esta última trata de armonizar el Derecho penal de los países miembros comprometiéndolos a establecer similares tipos penales y normas procesales sobre corrupción, así como colaborar entre ellos en la lucha contra estos delitos. Entre otras novedades está la posibilidad (todavía no aceptada en Alemania) de introducir un tipo penal amplio referido al "tráfico de influencias", y también el *Corpus Iuris* de la Unión Europea, que prevé normas materiales y procesales de carácter penal, que orientan la armonización de las legislaciones penales de los países miembros, el cual ha previsto una disposición referida a la corrupción, pero relacionada con la protección de los intereses financieros de la Unión (art. 3 y s.).

En Latinoamérica se ha buscado también comprometer a los países de la región en una amplia lucha contra la corrupción. En la *Convención Interamericana contra la corrupción* de 29-03-1996[121], además de recomendar mejoras en la represión de la corrupción nacional, también se menciona la "corrupción internacional" (art. VII) y se recomienda, a los países que no lo previeran, introducir un tipo penal de "enriquecimiento ilegítimo". Por cierto que la Convención no prevé, en cambio, un tipo legal de "corrupción de funcionarios privados", sino solamente la corrupción de funcionarios públicos por nacionales, residentes extranjeros y empresas domiciliadas en el país, relacionada con actividades de naturaleza comercial o económica[122]. Salta a la vista que esta tipificación es menos completa que la norteamericana, pues por un lado se refiere solamente a actividades económicas y no también a las políticas (que indirectamente pueden tener por trasfondo un interés económico); y, por otro lado, excluye los sobornos otorgados por extranjeros no domiciliados en el país, y los sobornos de nacionales o extranjeros cometidos en el extranjero, pero con efectos para la competitividad en el mercado peruano. Pero la deficiencia más grave de esta Convención es que no ha previsto mecanismos para garantizar su eficacia[123]. Así, p. ej., el Estado Peruano ha ratificado esta Convención el 24 de marzo de 1997, pero hasta ahora ha incumplido con introducir cambios en la legislación penal nacional en el sentido de la Convención.

---

[121] Como sostiene HUBER, esta Convención significó el primer instrumento internacional de adhesión a la política estadounidense de la lucha internacional contra la corrupción iniciada con la FCPA de 1977; p. 42, col. der.

[122] El artículo VIII de la Convención dice lo siguiente: "Soborno transnacional: Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial...".

[123] Acertada crítica de HUBER, p. 42, col. der.

La profusión de instrumentos de Derecho internacional público, referidos todos al mismo tema (la lucha contra la corrupción), ha creado no pocas confusiones. Pero debe tenerse en cuenta los distintos contextos en el que surgieron estos tratados y sus diferencias metodológicas. Así mientras que algunos se refieren a la lucha contra la corrupción que pueda tener efectos para la competitividad de las empresas, o sea la corrupción privada y la corrupción transnacional (p. ej. la FCPA o la Convención de la OECD), otras tienen por objeto proteger intereses financieros de un grupo de países (las Convenciones de la Comunidad y de la Unión Europea) y otras buscan mejorar en general la lucha contra la corrupción del funcionario público nacional y extranjero (la Convención Interamericana, la Convención del Consejo de Europa). También la metodología diferencia los distintos documentos: mientras que unos solamente crean el marco para que cada país firmante resuelva el problema a su manera dentro de su legislación nacional ("equivalencia funcional"), otros buscan más bien armonizar o unificar las bases jurídico-penales en la lucha contra la corrupción. Un ejemplo del primer caso sería la Convención de la OECD; el segundo supuesto se presenta en la Convención del Consejo de Europa[124].

El aporte de estos instrumentos es variado. En algunos casos, han propuesto verdaderas mejoras en la lucha contra la corrupción. P. ej., ampliando el concepto de "funcionario público" para comprender también a funcionarios extranjeros (en general o de un grupo de países) o miembros de organizaciones internacionales; asimismo incluyendo el beneficio (mediato o inmediato) a terceros en la acción típica del cohecho. También proponiendo la introducción de nuevos tipos penales como los de "corrupción privada" o "tráfico de influencias". Finalmente, debe destacarse como aspecto positivo que se prevea la sanción de personas jurídicas en todas las convenciones. En otros casos, los resultados son discutibles, como cuando se propone la introducción del dudoso tipo penal de "enriquecimiento indebido". También resulta criticable la falta de consenso sobre el concepto de "funcionario público" que ha llevado a que los instrumentos más recientes restrinjan de manera importante sus alcances; la Convención del Consejo de Europa o la de la OECD, p. ej., no incluyen como funcionario público a jefes de partidos políticos, funcionarios políticos ni a aspirantes a funcionarios públicos (como sí hace la FCPA norteamericana). En otros casos, la falta de mecanismos de control del cumplimiento de los acuerdos por parte de los países signatarios hace que el Convenio no pase de ser una mera declaración de intenciones (es el caso de la Convención interamericana de 1996).

---

[124] HUBER, p. 46 y s.

VII. Resumen y tendencias

Como resultado de lo expuesto, se pueden observar actualmente las siguientes tendencias en el Derecho penal de los países:

a) En el campo nacional:

- En todos los países existen proyectos de reforma penal relacionados con la lucha anticorrupción. Se ha demostrado que los medios legales existentes, penales y extrapenales, no han sido suficientes para contener el avance de la corrupción. Este fenómeno ya no se considera como un problema típico de países subdesarrollados.
- Mayormente, en países de tradición románica, con una gran variedad de tipos penales, se está tratando de mejorar la técnica legislativa en los tipos penales de "cohecho" y en otros similares. P. ej. se especifica que el "beneficio" del cohecho no tiene que dirigirse solamente al funcionario público, sino también a terceros.
- En países de tradición germánica, además de perfeccionar los tipos penales existentes, se ha recomendado la introducción de nuevos tipos penales para cubrir vacíos de punibilidad: el "tráfico de influencias", la "concusión". Se ha rechazado hasta ahora la introducción de un tipo penal de "enriquecimiento ilícito".
- En todos los países, se están tratando de superar los casos de impunidad derivados de la construcción de los tipos de cohecho como "delito especial". Así, o bien se amplia aún más el concepto penal de "funcionario público" para abarcar expresamente a privados que realicen prestaciones por encargo de la administración pública, o bien se crean tipos penales específicos para estos sujetos. Y también se trata de ampliar el concepto de funcionario público para incluir en él a funcionarios de organizaciones internacionales.
- Se comprende la necesidad de mejorar la aplicabilidad del Derecho penal a conductas corruptas de funcionarios políticos, sea comprendiendo a estos dentro del concepto "funcionario público" o previendo para ellos tipos penales específicos.

b) En el campo internacional:

- El interés por luchar contra la corrupción de funcionarios públicos ha ido en aumento y ha merecido el interés de las organizaciones internacionales. Pero este "despertar" ha sido motivado por razones económicas, más que por razones jurídico-penales o éticas.

- Los esfuerzos por reprimir en todo el mundo la corrupción activa de funcionarios públicos extranjeros han culminado en instrumentos de Derecho internacional público. Los países firmantes se han obligado a reprimir estas conductas. Pero existen muchas diferencias de objetivos y metodología entre los distintos convenios. En no pocos casos, la lucha contra la corrupción se orienta a evitar perjuicios económicos de los países signatarios o desventajas competitivas de sus empresas en mercados extranjeros.
- También regionalmente existen esfuerzos para luchar contra la corrupción de funcionarios. Son destacables los esfuerzos de la Unión Europea y de Latinoamerica. Pero mientras que en el primer caso existen mecanismos de presión y control para el cumplimiento de los acuerdos suscritos; en el caso latinoamericano, las mejoras en el Derecho interno dependen hasta ahora solamente de la buena voluntad de los gobiernos firmantes.

Por cierto que el incremento de la efectividad material y procesal en la lucha contra la corrupción no debe darse sacrificando principios jurídicos básicos. La presión social, atizada por los medios de comunicación masiva, muchas veces predisponen ("condena pública anticipada") a la justicia penal a decidir en determinado sentido, sin la suficiente reflexión crítica, hasta llegar a condenas mal motivadas o amparándose en tipos penales o interpretaciones de dudosa constitucionalidad[125]. Estos "triunfos de la justicia" también son simbólicos, pues, por un lado, socavan el respeto de principios jurídicos y derechos individuales, llevando a un Derecho penal autoritario[126]; y, por otro, tampoco pueden sostenerse a la larga. En las instancias más elevadas o, a más

---

[125] En España, ha destacado este fenómeno, sobre todo en el campo procesal penal, BACIGALUPO, p. 718 y ss. Critica el autor algunos defectos procesales que afectan al inculpado; p. ej. la imposibilidad de apelar allá al mandato de detención, del cual se ha hecho mucho abuso últimamente. Pero también critica los "procesos paralelos" de los medios de comunicación, los cuales no aceptan una decisión judicial distinta de la condena anticipada efectuada por ellos y llevan a cabo campañas contra algunos jueces, poniendo en duda su "imparcialidad" e "independencia"; p. 722. También en el Perú, en el marco de la avalancha de procesos penales contra funcionarios públicos del anterior régimen, se observa, a veces, una tendencia a "castigar" a los "corruptos" ya con un mandato de detención apresurado, a veces, innecesario (o por lo menos insuficientemente inmotivado en la resolución correspondiente), pero aplaudido por la opinión pública y los medios de comunicación; algunas pocas veces estas resoluciones han sido revocadas por el Tribunal superior. En otros casos, se ha recurrido a basar los procesos (y algunas sentencias) en tipos penales de fácil aplicación, pero de dudosa constitucionalidad (p. ej. el "enriquecimiento ilícito" o el "abuso de autoridad innominado") o con interpretaciones dudosamente extensivas del tipo tradicional de "cohecho".

[126] En las leyes penales y procesales sobre terrorismo y tráfico de drogas, se encuentran precedentes de las tendencias hacia un modelo de "control" (movimiento del "law and order"), el cual, bajo influencia de los medios de comunicación, se manifiesta ahora en el tema de la corrupción de funcionarios; BACIGALUPO, p. 726 y s. También en Italia, en el marco de los procesos penales contra la mafia y altos funcionarios corruptos se han cometido excesos y atentados contra principios del Derecho penal; ver al respecto críticamente contra dudosas interpretaciones judiciales, SGUBBI, p. 115 y ss.

tardar, en las instancias internacionales, tales sentencias tienen todas las posibilidades de ser revocadas. El Derecho penal, y sobre todo el que se refiere a la corrupción de funcionarios, tiene sus limitaciones. Es tarea nuestra aprender de los errores del pasado para llenar los vacíos y luchar con más eficacia contra la corrupción de funcionarios públicos. En ese camino, la justicia "rápida" y al "gusto del cliente" es la decisión equivocada.

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: "Participación necesaria, intervención necesaria o delitos plurisubjetivos. Una aproximación a la discusión", Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, n° 34, abril 2003, p. 11 y ss. [en esta compilación: p. 411-438]; "El transfuguismo político: '¿delito de cohecho?'", revista "Cátedra", UNMSM, n° 8, Lima, 2001, p. 79 y ss. [en esta compilación: p. 823-846]; "Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano", Lima, 1ra. ed. (2001), 2da. ed.(2003); "Derecho penal económico. Parte especial", Lima, 2000; "Derecho de la libre competencia", Lima, 1997; "Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas", Lima, 1997.

ARZT, Gunther: "Filz statt Kriminalität", L. H. a G. Kaiser, tomo I, Berlín 1998, p. 495 y ss.

BACIGALUPO, Enrique: "Politische Korruption und Strafverfahren", ZStW 111 (1999), p. 715 y ss.

BANNENBERG, Britta: "Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle. Eine kriminologisch-strafrechtliche Analyse", Neuwied, Kriftel, 2002.

BARTON, Stephan: "Der Tatbestand der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB), NJW 1994, p. 1098 y ss.

BOTTKE, Winfried: "Korruption und Kriminalität in der Bundesrepublik Deutschland", ZRP 1998, p. 215 y ss.

BROCKER, Lars: "Umfang und Grenzen der Immunität des Abgeordneten im Strafverfahren", GA 2002, p. 44 y ss.

CRAMER, Peter: Comentarios a los arts. 331 y ss. del C. P. alemán, en: Schönke/Schröder, "Strafgesetzbuch. Kommentar", 26ta. ed., Múnich, 2001, p. 2568 y ss.

DÖLLING, Dieter: "Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozeßrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?, en: "Verhandlungen des einundsechzigsten Deutschen Juristentages", tomo 1: "Gutachten C", tomo 2: "Sitzungsberichte", Karlsruhe, 1996, p. C 20.

DU PUIT, José: "Corrupción en el Perú: breve reseña histórica", Anuario Derecho Penal 95, Lima, 1996.

FERREIRA DELGADO, Francisco: "Delitos contra la administración pública", Bogotá, 1985.

GÄNSSLE, Peter: "Das Antikorruptionsstrafrecht – Balsam aus der Tube der symbolischen Gesetzgebung-?, NStZ 1999, p. 543 y ss.

HETTINGER, Michael: "Das Strafrecht als Büttel?", NJW 1996, p. 2263 y ss.

HUBER, Bárbara: "La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional", Revista penal, n° 11, 2003, p. 41 y ss.

KARGL, Walter: "Über die Bekämpfung des Anscheins der Kriminalität bei der Vorteilsannahme (§ 331 StGB)", ZStW 114 (2002), p. 763 ff.

KILLIAS, Martin: "Korruption: Vive la Repression! - Oder was sonst?", L. H. a Hans Joachim Schneider, Berlín-Nueva Yorkt, 1998, p. 239 y ss.

KLEINMANN, Werner/ BERG, Werner: "Änderungen des Kartellrechts durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13.08.1997", Betriebsberater 1998, p. 277 y ss.

KORTE, Matthias: "Der Einsatz des Strafrechts zur Bekämpfung der internationalen Korruption", Wistra 1999, p. 81 y ss.

MAUNZ, en: Maunz/Dürig: "Grundgesetz", actualizado a agosto de 2000.

OSTENDORF, Heribert: "Bekämpfung der Korruption als rechtliches Problem oder zunächst moralisches Problem?, NJW 1999, p. 615 y ss.

PIETH, Mark: "Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität", ZStW 109 (1997), p. 756 y ss.

PIETH, Mark/EIGEN, Peter (edits.), "Korruption im internationalen Geschaftsverkehr. Bestandsaufnahme, Bekämpfung, Prävention", Neuwied, 1999.

RANFT, Otfried: "Staatsanwaltschaftliche Ermittlungstätigkeit und Immunität der parlamentarischen Abgeordneten", ZRP 1981, p. 271 y ss.

ROXIN, Claus: "Derecho procesal penal", Buenos Aires, 2002.

RÜGEMER, Werner: "Die deutsche Justiz und die Korruption", en: Kritische Justiz, n° 30 (1997), Alemania, p. 458 y ss.

SANCINETTI, Marcelo A.: "El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público –art. 268 (2), C.P.", 2da. ed., Buenos Aires, 2000.

SCHAUPENSTEINER, Wolfgang: "Bekämpfung von Korruptionsdelinquenz", Kriminalistik 1994, p. 514 y ss., "Gesamtkonzept zur Eindämmung der Korruption", NStZ 1996, p. 409 y ss.

SCHLÜCHTER, Ellen: "Zur (Un-)Lauterkeit in den Volksvertretungen", L. H. a Friedrich Geerds, Lübeck, 1995, p. 713 y s.

SCHULZE-FIELEITZ, en: Dreier, "Grundgesetz", tomo II, 1998.

SGUBBI, Filippo: "Los delitos contra la administración pública. Reflexiones dogmáticas y político-criminales a la luz de la reciente evolución del Derecho penal italiano", CPC, n° 70 (2000), p. 115 y ss.

SORIANO, Ramón: "La inmunidad de los parlamentarios: más privilegio que garantía", Revista "Jueces para la democracia", n° 43 (marzo 2002), Madrid, p. 28 y ss.

TIEDEMANN, Klaus (edit.), "Multinationale Unternehmen und Strafrecht", Colonia, 1980; "Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für eine wirksamere

Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?, Múnich, 1972; "Poder económico y delito", Barcelona, 1985; Leipziger Kommentar, 11ra. ed. (2001), art. 298, 299.

TRUTE, Hans-Heinrich: Observaciones a la sentencia del BverfG de 17-12-2001 (2 BvE 2/00), JZ 2003, p. 148 y ss.

ÜBERHOFEN, Michael: "Korruption und Bestechungsdelikte im staatlichen Bereich", Freiburg im Breisgau, 1999.

VOLK, Klaus: "Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihrer Bekämpfung", en: L. C. a Heinz Zipf, Heidelberg 1999, p. 419 y ss.

ZIESCHANG, Frank: "Das EU-Bestechungsgesetz und das Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung", NJW, 1999, p. 105 y ss.

Vacíos en la legislación penal peruana sobre corrupción de funcionarios(*)

Una detallada confrontación con la alternativa "normativista radical" tiene que comenzar por los planteamientos iniciales (¿protección de bienes jurídicos o de normas?, ¿fines empíricamente mensurables de la pena o no?, etc.). Este no es el lugar para ello; al respecto puedo, sin embargo, remitir a otros trabajos(1) y a las discusiones previas que se han dado en el marco de este Congreso.

En el análisis de un tema referido a la parte especial del Derecho penal, se tiene que partir ya de un modelo determinado. Ello no quiere decir, por cierto, que no pueda retornarse a la discusión en el tratamiento de algunos problemas particulares, como ocurre, especialmente en el tema de la "autoría" y "participación, para comprobar cuál de los modelos otorga una solución más coherente. Entonces, como punto de partida del análisis que viene a continuación sostengo, siguiendo en esto a la doctrina dominante (y en especial bajo una teoría constitucional), la idea de que el Derecho penal tiene por misión proteger bienes jurídicos importantes ante los ataques más graves dirigidos por los miembros de la sociedad.

(*) Artículo desarrollado sobre la base de la conferencia dictada en Lima en junio de 2006 en el marco del "VIII curso internacional de Derecho Penal. El funcionalismo jurídico-penal a debate". Publicado en la Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 7 (2007), pp. 179-232.

(1) En particular remito a mis últimos trabajos "Normativismo radical o normativismo moderado", Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales, N° 5 (2004), p. 17 y ss. (también en "Revista Penal", España, N° 16, p. 3 y ss.) [en esta compilación: p. 209-268], "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", "Revista Penal", España, N° 18, p. 3 y ss. (también se publicará próximamente en el Libro-Homenaje a Juan Bustos Ramírez, bajo la dirección de José Urquizo Olaechea, Lima, 2006) [en esta compilación: p. 13-87]. Desde una perspectiva normativista moderada véase, de manera especialmente clara e ilustrativa la exposición de Claus ROXIN (a quien sigo en este aspecto) recientemente en la 4ta. edición de su "Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo I, § 2, n. marg. p. 109 y ss. También ver el excelente artículo "Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik heute", en: Schünemann (ed.), "Strafrechtssystem und Betrug", Herbolzheim, 2002, p. 21 y ss.; obra que lamentablemente ha pasado desapercibida por la literatura hispanoparlante (debido quizás a su publicación alemana dentro de un libro que se refiere más bien a la parte especial) y que recientemente he traducido al español para su publicación próxima en la colección de artículos del autor bajo el título: "La teoría del delito en la discusión actual" (editorial Grijley, Lima, 2006, p. 40-68). En el Perú, también en esta línea, ver URQUIZO OLAECHEA, José: "¿Bien jurídico?", L.-H. a Enrique Bacigalupo, Lima, 2003, p. 283 y ss., esp. 299 y ss.

1. Aplicación de la teoría de bienes jurídicos en los delitos contra la administración pública

1.1. El bien jurídico tutelado en general

Hasta hace unas décadas, en el Derecho penal se veía a la "administración pública" como si fuera un poder casi sacrosanto que debía ser protegido por sí mismo, como si se tratara de un ente superior a los ciudadanos. Debido a eso se pretendía proteger penalmente distintos aspectos de este "poder", tales como el "prestigio", el "honor", la "intangibilidad", ciertas facultades monopólicas, etc.

Según esta concepción se legitimaba la existencia de tipos penales como la "usurpación de insignias, títulos y honores" (art. 362 CP peruano[2]), que penan el "atrevimiento" de los ciudadanos de ostentar públicamente insignias o distintivos propios de los funcionarios públicos, o el "desacato" (art. 374 y s. CP), por el cual un acto de injuria dirigido contra un funcionario público, más que un simple atentado contra la persona de éste, era considerado un atentado contra el "honor" o el "decoro" de la función pública[3]. Por esto, también la sistemática de los delitos contra la administración pública tenía ciertas peculiaridades que hoy en día nos parecen inexplicables. Así, tendía a absorber una serie de figuras que ahora se consideran que atentan contra otros bienes jurídicos; p. ej. el "ejercicio ilegal de una profesión" (art. 363 y s. CP), figura que, en realidad, tiene que ver con la "fe pública", aunque, bajo la lógica de la concepción antigüa, era vista como un atentado contra el monopolio de las instituciones públicas de reconocer el ejercicio de las profesiones con el otorgamiento de títulos. En última instancia, esta última concepción, por lo demás, llevaba (y lleva aún de lege lata en el CP peruano) a la absurda situación de dejar impune a aquel que ejerce una profesión sin tener título alguno[4].

En la actualidad se ha cambiado de concepción, pues se considera incompatible con un Estado de Derecho que la administración pública merezca una protección por sí misma y no en cuanto a los servicios que debe prestar a los administrados. Por eso, modernamente solo interesa proteger el **correcto funcionamiento de la administración pública**[5].

---

[2] En adelante, los artículos que se citan, si no dicen específicamente lo contrario, se refieren al Código Penal peruano de 1991.

[3] Ver, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos...", p. 124 y s., 204 y s., respectivamente.

[4] Ver, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos...", p. 133 y ss. En el Perú todavía es así de lege lata, salvo para el caso del "ejercicio ilegal de la medicina" que ha sido tipificado por separado como delito contra la "salud pública" (art. 290 CP peruano).

[5] Ver las refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos...", p. 16 y ss. De manera particular, destacan el desarrollo

La protección penal de este bien jurídico se da a través de diversos tipos penales que, en concreto, reprimen conductas que atentaren contra alguno de los *aspectos* que posibilitan este adecuado funcionamiento; o sea, los **objetos de protección** del bien jurídico. P. ej. en el "cohecho pasivo propio" (art. 393 CP), se trata de proteger la "imparcialidad" y "legalidad" en el ejercicio de la función; en el "peculado" (art. 387 CP), el "patrimonio" de la administración pública; en la "usurpación de funciones" (art. 361), la "legalidad del ejercicio funcionarial", etc.[6]. Es decir, existe un bien jurídico tutelado, propio de todos los delitos contra la administración pública, pero cada una de la figuras típicas se refiere, en concreto, a una serie de "objetos de protección" de dicho bien jurídico que son directamente atacados por las conductas ilícitas. Esta precisión se basa en una distinción entre "bien jurídico" y "objeto de protección" que, con algunas diferencias terminológicas, puede considerarse dominante en la doctrina actual que parte de la teoría de bienes jurídicos[7].

Por supuesto que el antes aludido cambio de concepción sobre el concepto "administración pública" trae algunos problemas en la aplicación de tipos penales ya vigentes y que fueron introducidos bajo la concepción ya superada. En estos casos, se tiene que producir una reinterpretación en el sentido garantista indicado. Por ejemplo, en la interpretación según la teoría de bienes jurídicos resulta problemático comprender la figura del "desacato" (art. 374) y delimitar con exactitud el tipo de "usurpación de insignias" (art. 362, primera modalidad); en ambos casos, la interpretación debe darse en el sentido de que solamente serían punibles aquellas conductas que muestren algún grado de lesividad para un "objeto de protección" del bien jurídico. Luego, en el "desacato" no debería haber bastado con un mero "atentado contra el honor" de la persona del funcionario público (para tal caso ya existen los tipos de delitos contra el honor), sino que deberá ser de tal gravedad que afecte de algún modo el "ejercicio ordenado y tranquilo" de la función pública[8]. Con buen tino, el legislador peruano derogó esta figura mediante la Ley 27975 de 29 de mayo de 2003.

---

de este entendimiento en la jurisprudencia española referida a los delitos de cohecho (de la protección de un "deber de probidad que debía presidir la actuación del funcionario" hacia la del "correcto funcionamiento de la administración pública conforme a los parámetros constitucionales"), MORALES PRATS/ RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares/ Morales Prats, 4ta. ed., p. 2104. DONNA hace la pertinente aclaración que aquí, el Derecho penal entiende la "función pública" de manera muy amplia en el sentido de la "función administrativa" de todos los poderes del Estado; ver c. más refs,. "Delitos contra la administración pública", p. 15.

[6] Ver ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos...", p. 421 y ss., 333 y s., 103, respectivamente.

[7] Al respecto ver, recientemente, ABANTO VÁSQUEZ, c. más refs., "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", p. 15 y ss. [en esta compilación: p. 33 y ss.]. De manera similar a la terminología aquí empleada, en la doctrina española se distingue entre el bien jurídico "genérico" "correcto funcionamiento de la administración pública" y los "bienes jurídicos específicos" que cada tipo penal protege de manera concreta.

[8] ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos...", p. 206.

En el caso de la "usurpación de insignias", todavía vigente, no debería bastar con una mera "ostentación pública" de distintivos propios de una función pública, si esta no es idónea para sugerir en el público la legitimidad de tal ostentación[9]. En el caso mencionado del "ejercicio ilegal de la profesión", la interpretación solamente se puede dar en el sentido de que se trata de un atentado contra la "fe pública"; por lo tanto, la lesividad de las conductas debe verificarse en el sentido de que el sujeto no reunía las cualidades "materiales" para el ejercicio (y no solamente se trata de infracciones formales); el vacío existente (la impunidad del ejercicio de una profesión sin "título" alguno) tiene que ser llenado por la vía legislativa.

Hasta donde puedo ver, estas consideraciones "críticas" de la legislación penal vigente, basadas en la teoría del bien jurídico, no pueden ni quieren ser aportadas por una teoría normativista radical (también llamada "funcionalismo sistémico"). Esta ventaja de la concepción defendida me parece decisiva, por más que el normativismo radical, debido a su basamento en la "utilidad social", también pueda llevar a reducciones interpretativas y hasta coincidencias de resultados con un modelo normativista moderado como el que postula Roxin[10].

1.2. El bien jurídico tutelado en los delitos de "corrupción de funcionarios"

En los delitos de "corrupción de funcionarios" también está en juego, en general, el "correcto funcionamiento de la administración pública", y, en concreto, el ataque se dirige a distintos aspectos de este bien jurídico. En la doctrina referida a estos tipos penales, se suele distinguir por ello, entre el bien jurídico general (correcto funcionamiento de la administración pública) y bienes jurídicos "específicos" según los tipos delictivos en concreto[11]. A

---

[9] ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos...", p. 126 y s.

[10] Ver las críticas en ABANTO VÁSQUEZ, "Normativismo radical...", p. 17 y ss., esp. 54 y ss. [en esta compilación: p. 209 y ss. 242 y ss.]; "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", p. 13 y s., 25 y ss. ROXIN ha destacado las coincidencias "funcionalistas" entre su sistema y el de Jakobs, pero también las insalvables; ver especialmente en "Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik heute", en: Tiedemann/Schünemann (eds.), "Strafrechtssystem und Betrug", Herbolzheim, 2002, p. 21 y ss, esp. 27 y ss.

[11] En la doctrina también se defienden tesis "monistas", es decir, que postulan un solo bien jurídico como característico de los tipos de cohecho. En España, VALEIJE, "El tratamiento penal...", p. 28; la misma autora en "El transfuguismo...", p. 622; RODRÍGUEZ PUERTA, p. 78 y ss.; ver más refs. en la exposición de Carlos MIR, p. 226 y ss. MORALES PRATS/ RODRÍGUEZ PUERTA dan cuenta de que la jurisprudencia española tiende últimamente a considerar como bien jurídico tutelado al "correcto funcionamiento de la administración pública", pero insisten en que el bien jurídico característico de estos delitos sería más bien (directamente) el "principio de imparcialidad u objetividad" en el desempeño de la actividad pública; ver en Quintero Olivares/ Morales Prats (eds.), 4ta. ed., p. 2105 y s. En Alemania, se critica la capacidad explicativa de la "imparcialidad" en tipos penales donde ella no está en juego, como en el "cohecho impropio" y se propone como bien jurídico al "carácter público" de la función; ver CRAMER en Schönke/Schröder, 26ta. p. 2572, n. marg. 2; de igual parecer en España, FEIJOO, p. 704 y s., 719. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA reconocen la dificultad de sostener la "imparcialidad" como bien jurídico en el caso del "cohecho impropio" del art. 425, primer párrafo del

estos últimos, siguiendo una doctrina que he expuesto y desarrollado en otro lugar, los denomino "objetos de protección del bien jurídico", y los distingo, además, del "objeto de ataque" que emprenda el autor del delito (teoría tripartita)[12].

Para analizar cuáles son los **objetos de protección** atacados en el "cohecho", hay que diferenciar primero según si el pacto injusto se ha realizado con violación de deberes funcionariales (cohecho propio) o sin tal violación (cohecho impropio). Y es que en el primer caso se afecta la "legalidad" y la "imparcialidad" del desempeño funcionarial reglado; mientras que, en el segundo caso, tal "imparcialidad" estará en juego a lo sumo en aquellos casos en que el funcionario tenga un cierto ámbito legal de discrecionalidad. Más allá de esto, solamente podría hablarse, para el cohecho impropio de una "puesta en peligro" de tal "imparcialidad", cuando la conducta delictiva tienda a "sembrar" el terreno para entablar relaciones destinadas al "inicio de la venalidad". El mismo "peligro" para la "legalidad" y la "imparcialidad" se da en el "tráfico de influencias" del CP peruano (art. 400), pero además, por su peculiaridad, también existe una modalidad (influencia simulada) que se dirige en contra del "patrimonio individual". En el "cohecho activo", por lo demás, no solamente se trata de los "objetos de protección" mencionados (la punibilidad del cohechador activo es independiente de la del pasivo), sino la "tranquilidad" del desempeño funcionarial ante tentaciones producidas por aquel que hace una "oferta de compra" de aquella. También en la "negociación incompatible con el cargo" (art. 397), el "objeto de protección" está constituido por la "imparcialidad" en el ejercicio funcionarial, referido específicamente a un "contrato u operación" en el cual intervenga el funcionario[13]. En el "enriquecimiento ilícito", ubicado también como delito de "corrupción de funcionarios", en cambio, resulta dudosa su vinculación con algún bien jurídico y menos aún con algún objeto de protección. Como ya he dicho antes, aunándome a voces críticas al respecto y en contra de la tendencia política coyuntural, no existe

---

CP español (un "cohecho subsiguiente" de "aceptar dádivas en consideración al cargo"), pero sostienen que se podría subsanar esta inconsistencia con ayuda de una "interpretación teleológica" restrictiva a casos de falta de prueba del cohecho antecedente; ver ibídem, p. 2107, 2138; también hacen una interpretación restrictiva con el "cohecho impropio" del art. 426, ver ibídem p. 2139 y ss. Igualmente VALEIJE observa esta incompatibilidad con la tesis de la "imparcialidad" (ver "El transfuguismo...", p. 623) pero explica la existencia de tal art. 425, primer párrafo, en la finalidad legislativa de facilitar la represión del cohecho. DONNA, aunque resalta las diferencias entre cohecho "propio" e "impropio" en la argumentación sobre el bien jurídico tutelado, admite, junto al "principio de imparcialidad" y siguiendo a la jurisprudencia española, al "prestigio" y la "probidad" como bienes tutelados en los delitos de cohecho; "Delitos contra la administración pública", p. 212.

[12] Ver ABANTO VÁSQUEZ, ampliamente y con múltiples refs., "Acerca de la teoría del bien jurídico", p. 15 y ss. [en esta compilación: p. 33 y ss.]; "Los delitos contra la administración pública...", 2da. ed., p. 420 y ss.; anteriormente también en "Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas", Lima, 1997, p. 50 y ss.

[13] Ver ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", c. más refs., p. 506 y s.

justificación alguna, desde la perspectiva de los principios del Derecho penal y de un estado de Derecho, para la existencia de un tipo penal que implique un "tipo de sospecha" (de un enriquecimiento debido a la comisión de otros delitos que no han podido probarse) y una inversión de la carga de la prueba (el acusado deberá probar la proveniencia lícita de los bienes que llevan a un "desbalance patrimonial" entre sus ingresos regulares y su riqueza acumulada)[14].

Particularmente para el "cohecho" se ha discutido la existencia (aunque sea potencial como en los delitos de peligro abstracto) de un "objeto de la acción". Según la doctrina, en estos delitos habrían "bienes jurídicos intermediarios espiritualizados", donde el "desvalor de la acción" portaría, por sí solo, el atentado contra el bien jurídico; p. ej. en el "cohecho" y tipos afines (arts. 331 y ss. StGB; 393 y ss. CP peruano; arts. 419 y ss. CP español)[15]. En realidad, en estos tipos penales el "pacto venal" típico se caracteriza porque tanto el funcionario corrupto que recibe una "ventaja" como el interesado que la otorga o promete, no sufren por sí mismos ningún perjuicio, ni dirigen el atentado contra ninguna persona o institución concretas, sino que tal atentado se dirige contra un tercero, contra un interés concreto de la "administración pública": la "legalidad" y/o la "imparcialidad" en las decisiones del funcionario público, elementos básicos del bien jurídico (colectivo) "correcto funcionamiento de la administración pública"[16]. Luego, aunque sí existe un "objeto" del bien jurídico, no puede identificarse ningún "objeto de la acción" concreto. Aquí podría verse, en todo caso, un "objeto de la acción" en el "deber funcionarial" concreto materia de la "compra-venta" entre el funcionario y el interesado.

1.3. La "lucha" contra la corrupción mediante el Derecho penal

Desde el planteamiento que aquí se aplica, la protección "fragmentaria" de bienes jurídicos tiene sus límites en el "merecimiento" y la "necesidad" de pena. Estos conceptos constituyen criterios que guían al legislador para decidirse por el "si" y el "cómo" de la intervención penal y que también se manifiestan en una serie de medidas penales y procesales[17].

Y también, para un planteamiento basado en la teoría de "bienes jurídicos", y que atribuye a la "pena" una función social (preventivo-especial y preventivo-general) limitada por la culpabilidad del autor, el "control" o la "lucha"

---

[14] Ver más refs. en "Los delitos contra la administración pública...", p. 540 y ss. También ver más abajo 3.6.

[15] ROXIN, c. más ref., aunque desde una distinción meramente "bipartita" entre bien jurídico y objeto de la acción e incluyendo como ejemplo también al "falso testimonio"; ver "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 431, n. marg. 161.

[16] Al respecto, ampliamente, ABANTO VÁSQUEZ, "Delitos contra la administración pública", p. 420 y ss.

[17] Al respecto ver, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", p. 11 y ss. [en esta compilación: p. 25 y ss.]

que afectan los delitos contra la administración pública, no son suficientes las herramientas penales. Es más, a veces la tarea de control más importante ni siquiera es penal. Como ha aclarado ROXIN de manera impresionante, desde un enfoque exclusivamente preventivo-general (que él no defiende así) son destinatarios de la norma todos los ciudadanos y el mayor "control" (con consecuencias intolerables para la libertad individual) está fuera del Derecho penal: en especial, en manos de la Policía[18].

Como es sabido desde hace tiempo, por ejemplo, en el caso de los delitos de "corrupción de funcionarios", la mejor manera de contenerlos consiste en garantizar una mayor "transparencia" en la actividad funcionarial, una mejor remuneración para los "funcionarios", una mejor regulación de las "incompatibilidades" para ejercer cargos públicos, etc. Por eso, se ha recomendado, p. ej., garantizar el derecho a la "información" de los ciudadanos[19], o establecer la prohibición expresa de la recepción de cualquier dádiva y el registro de aquellas que sean inevitables en el ejercicio funcionarial[20].

Pero se puede decir que también la "impunidad" retroalimenta, da alicientes, para la comisión más frecuente de delitos contra la administración pública. Y aquí juega un papel importante, además del Derecho procesal y policial, sobre todo el Derecho penal.

Espero demostrar, a continuación, aunque sea de manera breve, dónde radican los principales problemas de impunidad en el tratamiento penal de los delitos contra la administración pública, pero también dónde, pese a las buenas intenciones, el legislador penal puede caer en el abandono de los principios de Estado de Derecho que debieran inspirarlo. Emplearé para ello, en lo básico, el modelo peruano vigente de lucha penal contra la corrupción.

---

[18] Ver ROXIN, "Wandlungen der Starfzwecklehre", L.-H. a Müller-Dietz (próxima publicación en "La teoría del delito en la discusión actual", ed. Grijley, Lima, 2006), p. 708 y ss.

[19] No obstante, tal transparencia resulta difícil de imponer incluso ante una ley expresa garantizadora del derecho de información. Así en Alemania, donde, siguiendo el modelo norteamericano de la "Feedom of Infomation Act" rige la "Informationsfreiheitsgesetz" desde enero de 2006, la administración pública trata de incumplir las solicitudes de información ciudadana sobre el contenido de los contratos entre la administración pública y empresas privadas. Para ello se emplean los más distintos medios que van desde la protección de "secreto comercial" y los "derechos de autor" hasta la burda táctica dilatoria y la exigencia del pago de tarifas elevadísimas; ver "Schikane von Amts wegen" en la revista alemana "Der Spiegel", N° 21 (22-05-06), p. 50.

[20] P. ej., últimamente, en Argentina, a través del artículo 18 de la "Ley de Ética de la Función pública" (Ley 25.188, promulgada el 26-10-99): "Los funcionarios públicos no podrán recibir regalos, obsequios o donaciones, sean de cosas, servicios o bienes, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones. En el caso de que los obsequios sean de cortesía o de costumbre diplomática la autoridad de aplicación reglamentará su registración y en qué casos y cómo deberán ser incorporados al patrimonio del Estado, para ser destinados a fines de salud, acción social y educación o al patrimonio histórico-cultural si correspondiere". Citado por DONNA, "Delitos contra la administración pública", p. 253..

2. Problemas de la "parte general" en los delitos contra la administración pública

2.1. El concepto de "funcionario público"

El primer gran problema técnico que se presenta es el de la definición del concepto "funcionario público", pues muchos tipos penales se refieren a él. En estos casos, se trata de una problemática conocida en la doctrina bajo el concepto de los **delitos especiales**, o sea de aquellos tipos penales donde ya de lege lata solamente pueden ser autores del delito un grupo limitado de sujetos que reúnan las características señaladas. En el caso de los delitos contra la administración pública, se trata de sujetos que tengan la característica de ser "funcionarios públicos".

El **concepto penal de funcionario público** no es idéntico, aunque sí sea semejante, al manejado en el Derecho administrativo, laboral o constitucional. Como la tarea del Derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos, su concepto tendrá que estar vinculado con el bien jurídico "funcionamiento de la administración pública" en el sentido de que sea considerado "funcionario público" todo aquel que tenga una posición especial en relación con tal funcionamiento[21]; o sea, que ejerza una "función pública" y que haya "accedido" a ella de cualquier forma legítima.

Usualmente los códigos penales prevén una definición más o menos detallada del "funcionario público". En el caso peruano, en el art. 425 se prevé una lista de casos específicos con una cláusula final que permite a la Constitución y las leyes introducir otros casos de "funcionario público" en sentido penal (numeral 6). Aparte de los casos coincidentes con las áreas extrapenales (los comprendidos en la carrera administrativa, los administradores y depositarios de caudales embargados, los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales), el art. 425 prevé dos supuestos particulares.

El primero es el de aquellos que "ejercen cargos políticos" y los "funcionario de confianza" (numeral 2) "incluso si emanan de elección popular". Estos sujetos, aunque no entren dentro de la carrera administrativa, tienen aquella posición especial que los hace sujetos idóneos del mayor reproche penal que presuponen los tipos especiales de los delitos contra la administración pública. El mayor problema práctico que se presenta aquí es determinar el

---

[21] Esta es la posición de la doctrina dominante; el concepto de "funcionario público" tendrá que construirse a partir de esta vinculación especial entre el sujeto y el bien jurídico: será funcionario público quien tenga una posición especial y una capacidad especial para afectar el bien jurídico; ver en este sentido ABANTO VÁSQUEZ, c. más refs., "Los delitos contra la administración pública...", p. 35 y s.; DONNA, "El concepto dogmático...", p. 1097 y s.; el mismo autor en "Delitos contra la administración pública", p. 26 y ss.

momento a partir del cual se puede considerar el "acceso" de los sujetos "electos". Y es que existen muchos momentos en los cuales el sujeto podría ser considerado ya como electo y vender sus funciones futuras, aunque todavía no ejerza función alguna: el momento de la publicación (extraoficial u oficial) de los resultados electorales, el momento de recepción de la credencial oficial y el momento de asunción oficial del cargo. La ley no dice nada al respecto, pero anteriormente he sostenido aquí que debería considerarse el momento de "proclamación" de los resultados, porque con ella se tiene por "elegido" (en el sentido de la definición penal del art. 425) al sujeto[22]; en la doctrina y jurisprudencia españolas se suele esperar, hasta donde puedo apreciar, todavía hasta el "acceso a la credencial"[23].

El caso más polémico es, sin embargo, el de empleados de empresas públicas que, aunque estén bajo el régimen laboral privado, ejerzan allí funciones públicas (numeral 3). Este caso extiende al máximo el elemento "acceso" a la función pública, pues bastaría con laborar en empresas públicas y tener a su cargo alguna función, sin que haya existido un previo nombramiento o alguna formalidad de acceso a la misma. Esta extensión del concepto lleva a muchos problemas de interpretación. Sin embargo, en los momentos actuales en los que el Estado tiende a "privatizar" una serie de actividades, dejándolas en manos de empresas privadas, resulta imprescindible para la labor protectora del bien jurídico, incluir estos casos dentro del concepto penal de "funcionario público".

Comparado con otras legislaciones extranjeras, la peruana es muy similar en este aspecto. Así, puede decirse que se inscribe dentro de la tendencia actual en la doctrina y legislación penal de trabajar con un concepto amplio de "funcionario público". Pero también hay diferencias importantes. Así, el CP español prevé una "cláusula amplia" a la manera de una regla interpretativa que distingue entre "autoridad" y "funcionario público", en función de si el sujeto tiene "poder de mando y jurisdicción" o no[24]. O, para poner otro ejemplo, en el CP alemán, donde se tiene un concepto penal relativamente amplio de "funcionario público" (art. 11, numerales 2 y 4 StGB), no obstante, se excluye de él a los miembros del Parlamento, quienes, por eso, no inigresan en los tipos

---

[22] ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", 2da. ed., p. 39; "El transfuguismo político...", p. 84 [en esta compilación: p. 830 y ss.].

[23] VALEIJE, c. más refs., "El transfuguismo...", p. 627.

[24] Art. 24 CP español: *"1.- A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal."*

"2.- Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones publicas."

de "cohecho". Para estos se ha previsto una figura específica: el denominado "cohecho de parlamentarios" (art. 108e StGB), el cual solamente se refiere al caso de aquel que "intenta" comprar o vender votos (tipo de "emprendimiento") para una elección o decisión en el Parlamento Europeo o en una representación popular de la Federación, los Estados federados, las municipalidades o las asociaciones comunales. Esta cuestión está vinculada con el problema del tratamiento de la "corrupción política" que se verá más adelante (3.3.).

2.2. La autoría y participación

Como se mencionó más arriba, muchos tipos penales de los delitos contra la administración pública están construidos como "delitos especiales", es decir, solamente pueden ser cometidos por sujetos que reúnan una cualidad determinada (los "intranei"), mientras que los que no reúnan tal cualidad (los "extranei" o "extraños"), ya por mandato de la ley, no pueden cometer tal delito especial como "autores". Además, según la terminología tradicional, los delitos especiales pueden presentarse como "propios" o como "impropios"[25]. Los **delitos especiales "propios"** serían aquellos en los que el injusto penal se basa decisivamente en la cualidad especial de quien comete los hechos; p. ej. en el CP peruano, el "prevaricato" (art. 418), el "abuso de autoridad" (art. 376 y ss.), la "malversación de fondos" (art. 389) o el "cohecho" (art. 393 y ss.). No existiría un tipo común similar a estos. En cambio, en los **delitos especiales impropios** la cualidad no constituiría, sino solamente agravaría el injusto penal ya existente; o sea, existe ya un tipo penal común al cual se puede recurrir en caso de no existir tal cualidad en el autor; ello ocurre, en el CP peruano, con el "peculado" (art. 387) que puede verse como un caso agravado del "hurto" (art. 185) o de la "apropiación indebida" (art. 190); o la "concusión" (art. 382) en relación con las coacciones (art. 151) o la "estafa" (art. 196).

A diferencia de los delitos comunes, en los delitos "especiales" se presentan problemas de autoría y participación cuando intervienen sujetos que reúnan la cualidad exigida en el tipo (los intranei) y otros que no la reúna (los extranei), sobre todo cuando estos últimos ejecuten los hechos y los primeros solamente presten una contribución menor (caso del "instrumento doloso no cualificado). Las consecuencias de esto han sido discutidas mediante tres teorías que, de manera resumida, se pueden explicar así[26]:

---

[25] De manera correspondiente, siguiendo la teoría de la "infracción del deber" podría hablarse de delitos "propios" o "impropios" de "infracción del deber". Sin embargo, recientemente SÁNCHEZ-VERA ha destacado que tal distinción no sería posible, pues no habrían términos medios entre los delitos comunes y los de "infracción del deber": o se infringe el deber o no se lo infringe; ver p. 196 y ss., 225.

[26] Ver un análisis más amplio en ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra...", p. 48 y ss.; últimamente también DONNA, "El concepto dogmático...", p. 1084 y ss.; ídem, "Delitos contra la administración pública", p.17 y ss.

a. Para la teoría de la **"ruptura del título de imputación"**, como de lege lata el autor de un delito especial tiene que ser un "intraneus", el "extraneus" nunca podrá ser ni autor ni partícipe de este delito. Cada interviniente deberá responder *por su propio injusto penal*, aun cuando hayan participado en la comisión de un solo hecho. Luego, en un "peculado" (delito especial impropio), el "funcionario público" habrá cometido un "peculado", si se hubiera apropiado de bienes que tenía el deber de administrar, y el "extraneus" que hubiera colaborado con él, según su grado de "dominio", habrá sido autor o partícipe de un "hurto" o de una "apropiación ilícita". En los delitos especiales propios, el "extraneus" siempre deberá quedar impune debido a que no existiría un tipo penal aplicable para él.

b. Para la teoría de la **"unidad del título de imputación"**, tanto "intraneus" (el funcionario público) como "extraneus" cometen *un solo injusto penal*. La norma subyacente al tipo penal se dirigiría a todos y solamente se restringiría la autoría para el "intraneus". Luego, nada impediría que el "extraneus" sea partícipe de un delito de "peculado" (delito especial impropio) o "cohecho" (delito especial propio). Solamente habría impunidad del "extraneus" cuando la conducta del "intraneus" fuera impune debido a que este no hubiera tenido "dominio del hecho". En el "peculado" ocurriría esto cuando no fuera el funcionario público sino el "extraneus" quien, con "dominio del hecho" se apropiare de los bienes que aquel debe administrar. En este caso, ambos tendrían que ser punibles por el delito efectivamente cometido: un "hurto". En cambio, habría impunidad de las dos partes cuando se tratara de un "delito especial propio" ejecutado, con dominio del hecho, por el "extraneus"; p. ej. un "abuso de autoridad" que, en nombre o por encargo del funcionario, es llevado a cabo por el extraneus.

c. Finalmente, Claus ROXIN[27] propone una teoría (relativamente) nueva conocida como la **teoría de la "infracción del deber"**. Según él, existirían dos grupos de delitos: los "delitos de dominio", en los cuales el tipo penal exigiría del autor un "dominio del hecho", y los "delitos de infracción del deber", en los cuales el tipo penal solamente exigiría la "infracción" de un "deber especial" en el autor. Luego, en los delitos especiales se trataría precisamente de este último grupo de delitos, motivo por el cual debiera bastar con la "infracción del deber" para admitir la autoría; sería totalmente prescindible el "dominio del hecho", así como no importaría si tal infracción del deber se hubiera llevado a cabo por acción u omisión, de manera directa o a través de terceros, con dolo o sin él. Con esto, no

---

[27] Ver en "Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo 2, Múnich, 2003, p. 106 y ss.

habría problemas para solucionar los casos de "instrumento doloso no cualificado". P. ej. bastaría para afirmar la autoría por "peculado" (ROXIN pone como ejemplo la "administración desleal" del art. 266 StGB), con que el funcionario público se vaya al extranjero para permitir que otro (aleccionado y ayudado por el funcionario) sustraiga los caudales administrados; este "otro", aunque haya tenido el "dominio" de los hechos, siempre será partícipe del delito cometido por el primero como autor.

Pero ROXIN va más lejos aún, pues con su teoría, propone solucionar los polémicos casos de "instrumento cualificado *no doloso*": cuando sea el extraneus quien, aprovechándose de un error del intraneus (funcionario público, juez, conductor causante de un accidente), haga que este realice, sin dolo, los hechos constitutivos del delito especial (p. ej. revelación de secretos, prevaricato, alejarse del lugar del accidente). En estos casos, según el profesor alemán, el extraneus sería punible como partícipe de un delito de infracción del deber, aunque el intraneus resulte impune, pues tal participación punible solamente presupone la existencia de una "infracción del deber"; no importaría que esta haya sido realizada dolosamente[28].

En la actualidad, debe considerarse dominante la teoría de la "unidad del título de imputación" y la posibilidad de participación punible del extraneus en un delito expecial[29]. La tesis de ROXIN, aunque no haya sido aceptada aún en toda su plenitud[30], por lo menos encuentra acogida, por parte de la teoría dominante, en algunos casos, cuando el tipo penal ya de lege lata puede ser interpretado en el sentido de que no ha partido del "dominio del hecho", sino efectivamente de la "infracción del deber"; en tal caso, no importaría ningún dominio del hecho sino que se haya infringido tal deber de cualquier forma[31]. Esto ocurre en el tipo penal alemán de "administración desleal" que no exis-

---

[28] Esta solución es muy polémica. Ver las distintas posiciones en SÁNCHEZ-VERA, quien considera (al igual que la doctrina dominante, aunque con distinta fundamentación) que estos casos serían impunes y exigirían más bien el llenado de los vacíos a través del legislador, p. 176, nota 37, p. 177, 224.

[29] Ver ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra...", p. 57; refiriéndose a los delitos de "cohecho pasivo", también ver DONNA, "Delitos contra la administración pública", p. 224.

[30] Aquí puedo remitir a mi análisis crítico anterior de esta teoría, en ABANTO VÁSQUEZ, "Autoría y participación...", p. 8 y ss. [en esta compilación: p. 385 y ss.]. Para España y Alemania, puede verse, en especial el análisis amplio y desarrollo de la teoría de Roxin integrándola con elementos del "funcionalismo sistémico" (expectativas, roles, deberes institucionales, etc.) por SÁNCHEZ-VERA, p. 22 y ss., 51 y ss., 214 y ss. En Latinoamérica, últimamente DONNA admite que habría sustento para admitir la teoría de Roxin cuando, como en Argentina, existe una "Ley de Ética Pública", donde se prevén deberes funcionariales vinculados con el Derecho penal, ver "El concepto dogmático...", p. 1086 y ss. Pero, desde la perspectiva del bien jurídico, el "funcionario público" está vinculado con aquel como una especie de "garante", lo cual exigiría un "dominio del hecho" de este; ver ibídem, p. 1097 y s. Anteriormente ver también su posición crítica, siguiendo a Gracia Martín, basada sobre todo en la falta de certeza del concepto "deber", en "Delitos contra la administración pública", p. 18 y ss.

[31] Ver así, poniendo ejemplos CRAMER/HEINE, en Schönke/Schröder, comentarios previos al art. 13, p. 477, n. marg. 84a.

te en la legislación penal peruana; en los demás casos, el tipo penal describe siempre una conducta de "dominio", motivo por el cual la autoría tiene que considerar este elemento, además de la "cualidad especial" en el autor; aplicar aquí la teoría de la "infracción del deber" implicaría un atentado contra el principio de legalidad.

La alternativa ofrecida por el normativismo radical, asumiendo que sus premisas metodológicas sean correctas o aceptables, distingue entre autoría por "arrogación de una organización ajena" y autoría por "lesión de una institución" o "lesión de deberes institucionales" (similar a la "infracción del deber" en el sentido de Roxin)[32]. En el primer caso, la autoría presupone un "dominio del hecho" en cuanto el actor responde por los daños que haya causado su propia organización en otro (la víctima); ello ocurriría en los "delitos comunes"; en cambio, en otros delitos, determinadas "personas" responden por la existencia de un bien con el cual tienen un deber inmediato (deber institucional); en este caso, se trata de "delitos de infracción del deber" en donde la "intercalación" de conductas de terceros (extranei) no puede tener relevancia para la autoría del intraneus.

Pero, ya con la calificación de la "institución" como un "bien", se tiene que tampoco es posible renunciar por completo a los bienes jurídicos, aunque estos no sean llamados por su nombre. Y es que la mera infracción del deber no puede sino ser un elemento más de la autoría ya que, sin la corroboración de un atentado contra un bien jurídico, no se podría explicar por qué tendría que sancionarse penalmente, recurriendo al mismo tipo penal, la participación de los extranei (ellos no pueden infringir deber alguno) en un delito especial (o de infracción del deber)[33]. Pero más allá de esto, la "infracción del deber" en el sentido de JAKOBS, como es constitutiva de la responsabilidad penal, va mucho más lejos que la "infracción del deber" según ROXIN, para quien solamente sirve de criterio diferenciador entre autoría y participación[34]: para JAKOBS, el "deber institucional" no tiene por qué estar positivado, razón por la cual, para él, existirían muchos más delitos de "infracción del deber" que para ROXIN, pues también los tipos penales construidos como "delitos comunes" pueden convertirse en "delitos especiales" para aquel interviniente que tuviera un "deber institucional", o sea, una "posición de garante"[35].

---

[32] JAKOBS, "Strafrecht Algemeiner Teil", p. 655 y s.; ver la exposición amplia de esta teoría en SÁNCHEZ-VERA, p. 29 y ss.

[33] ROXIN, "Strafrecht. A. T.", tomo I, p. 50, n. marg. 113; "¿La protección de bienes jurídicos...?", p. 304 y s.

[34] Ver la confrontación en SÁNCHEZ-VERA, p. 34 y s., 147 y ss.

[35] Ver SÁNCHEZ-VERA, c. más refs., p. 34 y s.

La jurisprudencia peruana se ha referido últimamente a los "delitos de infracción del deber" y ha distinguido también entre "intraneus" y "extraneus" en los delitos especiales. En general, se puede decir que admite la teoría de la "unidad del título de imputación", pues considera como único autor posible de los delitos especiales al intraneus, pero admite que pueda ser partícipe el extraneus. Así en la sentencia de la Primera Sala Penal Transitoria (R. N. N° 375-2004) de 11-10-2004, donde se declara nulo el auto de enjuiciamiento de la Sala Superior de Ucayali, y se admite expresamente la posibilidad de una complicidad del extraneus, "en segundo término y sólo limitadamente" en el delito especial del intraneus (en el caso concreto: un peculado según el art. 387 CP peruano)[36]. Igualmente, en la sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (R. N. N° 2976-2004) de 30-12-2004, se admitió la posibilidad básica de una "complicidad" punible de extranei en un delito especial propio ("enriquecimiento ilícito"), aunque hubo discusión en cuanto a si las conductas concretas imputadas (el empleo de cuentas bancarias de la esposa del autor y sus hijas, así como de la empresa, cuyas representantes legales eran las hijas del autor principal) podían ser vistas como actos de complicidad en tal delito, debido a su contribución supuestamente posterior a la "conducta típica"[37].

2.3. La "participación necesaria"

En algunos casos, los tipos penales están construidos como tipos de "participación necesaria"; es decir, para la comisión del injusto se necesita de dos o más actos cometidos por dos o más personas[38]. No se debe confundir esto con la "coautoría", donde dos o más sujetos, bajo un solo designio criminal, ejecutan "un solo acto" (matar, robar, violar), aunque con diversas contribuciones. En la "participación necesaria", el delito, ya según la descripción típica, necesariamente tiene que ser realizado por varios sujetos con actos similares y en la misma dirección para la afección del bien jurídico (delitos de "convergencia") o con actos provenientes de distintas direcciones y que se complementan entre ellos (delitos de "encuentro"). Ejemplos del primer caso serían el "robo en banda", la "rebelión" y la "sedición", el "abandono colectivo del servicio público"; ejemplos del segundo caso, el "favorecimiento

---

[36] Ver en la Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 6 (2005), p. 545 y s.

[37] Ver en la Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 6 (2005), p. 548 y ss., 551 y ss.

[38] A continuación se sigue la terminología utilizada en la doctrina alemana, tal como se ha expuesto ampliamente en ABANTO VÁSQUEZ. "Participación necesaria...", p. 11 y ss. [en esta compilación: p. 411-438]. La terminología empleada, desde hace poco, en España tiene más bien influencia italiana y suele diferenciar entre "participación necesaria", como concepto amplio que presupone el aporte de varios sujetos para que se dé la tipicidad, y "delito plurisubjetivo", como aquella participación necesaria que se encuentra expresamente penada en la ley para todas las partes intervinientes; ver p. ej. c. más refs. MORALES PRATS/ RODRÍGUEZ PUERTA, p. 2107 y s.

de la prostitución", el "encubrimiento real", la "usura", el "auxilio al suicidio" (cuando fuera punible), la comercialización de drogas o productos reproducidos ilegalmente, etc.

El mayor problema intrepretativo proviene de los **delitos de encuentro.** En ellos, como se trata de dos conductas distintas que aportan, cada una por su lado, a la realización del injusto penal, la punibilidad solamente será posible si ella estuviera prevista expresamente para todas las partes[39]. Por ejemplo, el "cohecho pasivo" constituye precisamente un injusto penal en el cual, debido a la "bilateralidad", hacen falta dos aportes: el del funcionario público que solicita o recibe, y el del otro que atiende a la solicitud o entrega la dádiva, promesa o ventaja. Pero a veces, voluntaria o involuntariamente, el legislador solamente ha descrito la conducta de una sola parte en el tipo penal. Luego, aquí se presenta el problema de la punibilidad de aquella parte cuya conducta no haya sido expresamente declarada punible. Esto ocurre, p. ej., con el delito de "tráfico de influencias" del CP peruano. En el art. 400, el legislador solamente describe la conducta de aquel que "vende" la influencia, mas no la del que la compra. Lo mismo ocurre con la "comercialización de productos reproducidos ilícitamente" (pirateo) donde las legislaciones penales usualmente solo reprimen la conducta del vendedor, mas no la del comprador. En cambio, en otros casos, se ha previsto por separado ambas conductas. Por ejemplo, en cuanto a los "nombramientos ilegales", tanto en el art. 381 del CP peruano como en los arts. 405 y s. del CP español, se sanciona por separado tanto la conducta de quien nombra, como también la de aquel que acepta el nombramiento ilegal. Y también todas las legislaciones conocidas criminalizan por separado un clásico delito de encuentro: el cohecho, que se divide así en "cohecho pasivo" y "cohecho activo", según se trate de quien "vende" o quien "compra" la función pública.

La doctrina considera que el "partícipe necesario", cuando su conducta no haya sido expresamente declarada punible, debe quedar impune si su "contribución" se limitara a la **contribución mínima necesaria** descrita en el tipo penal[40]. Pero si el "partícipe necesario" fuera más allá de ese mínimo, incurriría en una "complicidad" o una "inducción". Para el caso del tipo penal peruano de "tráfico de influencias" (art. 400), la aplicación de esta teoría no es fácil debido a la redacción del tipo. En este, que además está siendo empleado actualmente en una serie de procesos penales en el Perú, solo está prevista

---

[39] Ver ampliamente sobre el tema, c. más refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Participación necesaria...", p. 18 y ss. [en esta compilación: p. 420]. También DONNA observa en el "cohecho pasivo" el carácter de delito de participación necesaria, "Delitos contra la administración pública", p. 214.

[40] Ampliamente, c. más refs., ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra...", p. 79 y ss. 88.

expresamente la punibilidad de la "venta" del traficante (el ofrecimiento, bajo una retribución, de influir en un funcionario público), pero de tal manera que hace difícil la posibilidad de una punibilidad del partícipe necesario (el "vendedor" debe "invocar influencias reales y simuladas" y "ofrecerlas"). Está claro que el partícipe necesario siempre quedaría impune si solamente accediera al ofrecimiento. Pero puede interpretarse, aunque ello también sería discutible de lege lata, que podría haber punibilidad cuando su conducta fuera más allá de esta mera aceptación de la oferta; p. ej. si fuera el "comprador" quien, activamente y bajo promesa de pago o pago de un beneficio, pidiera interceder a un conocido del funcionario público ante este para que resuelva favorablemente un caso.

2.4. La "inmunidad parlamentaria" y la "prescripción"

No pocos son los casos de delitos contra la administración pública (particularmente "corrupción" y "abuso de autoridad") que involucran a miembros del Parlamento u otros altos funcionarios de gobierno. Sin embargo, en la práctica, existe mucha dificultad para sancionar estos delitos o siquiera para investigarlos.

El origen de la **inmunidad parlamentaria** se basó en la idea de otorgar un "privilegio" al Parlamento" (no al parlamentario en particular) para evitar que el Ejecutivo influya en él (es decir, en su "libertad de discusión y decisión", así como en su conformación representativa), afectando así su funcionabilidad. Solamente de manera mediata se buscaba proteger al propio parlamentario contra "persecuciones tendenciosas". Sin embargo, últimamente la doctrina y la jurisprudencia constitucional alemanas destacan más el "derecho del parlamentario" a la inmunidad y el respeto a su estatus, y exigen que el Parlamento, en su decisión de levantarla, no proceda "arbitrariamente"[41]. Con esto, se tiende a restringir las posibilidades del **"levantamiento"** de la inmunidad parlamentaria. Pese a todo, las constituciones políticas parecen haberse inspirado en la idea original de la inmunidad parlamentaria como "privilegio del Parlamento" y no del "parlamentario" (art. 46, segundo párrafo de la GG alemana; art. 71, segundo párrafo de la Constitución Española; art. 93, tercer párrafo, Const. Peruana de 1993).

Independientemente de la discusión sobre la naturaleza de la "inmunidad parlamentaria" (¿simple prerrogativa o privilegio?), hay una suerte de consen-

---

[41] Así se entiende también en Alemania; ver, entre otros, MAUNZ, art. 46, n. marg. 26; BROCKER, p. 44; RANFT, c. más ref. p. 275; TRUTE, p. 148, col. der. Se ha reafirmado esta doctrina en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional Alemán (B VerfG, Urteil vom 17.12.2001-2 BvE 2/00); ver el texto de la resolución en JZ 3/2003, p. 145-148. La réplica a la crítica doctrinaria es sencilla: ella presupone una relación ideal entre el Derecho escrito y la realidad constitucional (o sea una relación armoniosa entre los miembros del parlamento y los demás poderes), ver p. 146, col. izq. y s.

so en la mayor parte de la doctrina acerca de la necesidad de que esta medida continúe existiendo, pues el peligro latente de las persecuciones tendenciosas contra los parlamentarios es indesligable de todo sistema de división de poderes. Esta afirmación se sostiene incluso a pesar de existir otras medidas modernas de protección del Parlamento frente al Ejecutivo (p. ej. el "voto de desconfianza"; la garantía del juicio penal a través de la Corte Suprema)[42] y de la importante crítica de parte de la doctrina, basada sobre todo en experiencias recientes de notoria impunidad penal[43].

Además, desde la perspectiva de la doctrina dominante, la "inmunidad" como "protección" de su titular ante persecuciones tendenciosas motivadas políticamente, también parece ser necesaria para los miembros del tercer poder del Estado: los magistrados del Tribunal Constitucional (art. 201, segundo párrafo Const. Peruana de 1993). Y también, en cierta medida, para el máximo funcionario del Ejecutivo, el Presidente de la República (Canciller federal en Alemania). No se entiende en cambio por qué deberían gozar de esta inmunidad otros altos funcionarios del Ejecutivo como los Ministros de Estado (salvo que sean, al mismo tiempo, parlamentarios), el Fiscal de la Nación (o Fiscal General) o los miembros de la Corte Suprema. En resumen, aunque todavía puede sostenerse la necesidad de la "inmunidad parlamentaria", deberían buscarse opciones a dicha medida para reducir las posibilidades de abuso e impunidad de los políticos[44] que se observa en la práctica.

Más allá de esta dificultad de "principio" en cuanto a la legitimidad de una "inmunidad parlamentaria" y sus alcances, existen otros problemas prácticos. Así, no se ha aclarado si tal "privilegio" impediría incluso las investigaciones previas al inicio formal del proceso[45], o cuáles serían los efectos procesales de la "inmunidad parlamentaria" (dado su carácter de "impedimento procesal"

---

[42] Ver ref. en RANFT, quien también muestra las posibilidades prácticas actuales de tal "persecución tendenciosa", sobre todo en caso de parlamentarios comprometidos, tanto de la mayoría como de la minoría parlamentaria; ver p. 275, col. izq.

[43] Las críticas se remontan a Kelsen y todavía tienen defensores; ver ref. en TRUTE, nota 2, p. 148. En España, ver las críticas de SORIANO, citando además bibliografía hispana en ese sentido, p. 28 y ss.

[44] P. ej., es interesante la propuesta de SORIANO, quien recomienda eliminar la inmunidad parlamentaria, pero conservar la competencia del Tribunal Supremo, el cual (esto es nuevo) deberá recabar previamente un informe motivado de la cámara parlamentaria sobre las implicancias políticas del proceso; ver p. 32. col. izq.

[45] Tradicionalmente se ha entendido en Alemania que, salvo delitos flagrantes, también se necesitaría la autorización del parlamento para las investigaciones previas; ver por todos y c. más ref., MAUNZ, art. 46, n. marg. 41. También sigue esta línea BROKER, p. 45. En cambio, otra posición cree que cumple mejor la finalidad de impedir "persecuciones tendenciosas", el que la policía y la Fiscalía puedan reunir previa y libremente el material necesario para poder fundamentar luego el pedido de levantamiento de inmunidad; además, al hacerse las investigaciones discretamente, se evitaría tanto la publicidad (en perjuicio del parlamentario) como la posibilidad de eliminación de pruebas; ver c. más argumentos, RANFT, p. 275, col. der. y s.

expreso de rango constitucional, ¿pueden o no aprovecharse las pruebas obtenidas en las investigaciones ya llevadas a cabo? [46]. Tampoco se ha aclarado si la "inmunidad parlamentaria" sería aplicable también para casos no penales, o sea, si sería necesario pedir el "levantamiento" antes de iniciar procesos administrativos contra el parlamentario?[47].

Otro de los problemas prácticos más importantes en la lucha contra la corrupción de altos funcionarios políticos se presenta con la **prescripción de la acción** (eventualmente, aunque con menos frecuencia, también con la prescripción de la pena). Se ha llegado a tal punto que esta constituye una de las "armas de defensa" más útiles para lograr la impunidad de los casos más escandalosos de corrupción de altos funcionarios públicos[48]. Dado que los plazos fijados en la ley apuntan a la "seguridad jurídica" y no tienen que ver, en realidad, con la definición del injusto penal, su modificación no debería tener consecuencias similares a las de las modificaciones de la "ley penal material", pese a que existe un importante sector doctrinario que postula la "naturaleza sustantiva" de la prescripción, sobre todo en España[49]. En Alemania, la doctrina dominante, la cual me parece correcta, admite que la "prescripción" solamente tendría una naturaleza "procesal" (algunos, aunque con la misma consecuencia, hablan de una naturaleza "mixta"); por eso, sería posible cambiar "retroactivamente" los plazos de prescripción de la acción, sea directamente,

---

[46] La doctrina alemana mayoritaria opina que, como la inmunidad no está destinada a proteger a la persona del parlamentario (para este solamente existiría un "reflejo jurídico" de dicha finalidad), sino la funcionabilidad del Parlamento, no habría necesidad de prohibir tal aprovechamiento de las pruebas. Pero una doctrina minoritaria, que apoya la jurisprudencia alemana, argumenta que incluso los "reflejos jurídicos" podrían ser suficientes para fundamentar una prohibición de aprovechamiento de pruebas obtenidas en un proceso antijurídico, pues también en estos casos, se habría atentado contra la finalidad protegida por estas prohibiciones de aprovechamiento (la protección de intereses superiores); en concreto "la funcionabilidad" y el "prestigio" del Parlamento; además, si no se admitiera esta prohibición, se correría el peligro de que los órganos de justicia violen conscientemente las reglas sobre la inmunidad para asegurar pruebas con miras a una posterior persecución penal. Siguiendo esta doctrina, BROCKER, p. 52 y ss.

[47] Una parte importante de la doctrina exige, para evitar abusos en contra del Parlamentario, la extensión del privilegio también al Derecho administrativo (ver ref. en BROCKER, p. 48 y ss.); la jurisprudencia alemana y otro sector de la doctrina, en cambio, creen que las investigaciones administrativas no perjudicarían la funcionabilidad del Parlamento y podrían ser necesarias para reunir elementos previos a la determinación de un injusto penal.

[48] P. ej., los procesos penales contra el ex presidente peruano Alan García Pérez (1985-1990) prescribieron uno tras otro, mientras el procesado se encontraba refugiado en Francia. En algunos procesos penales por delitos contra la administración pública cometidos durante el gobierno de Fujimori, también se ha tenido que admitir, en el sentido de la ley vigente, la "prescripción de la acción" o, por lo menos, la "prescripción extraordinaria". Igualmente, algunos casos seguidos por las justicia italiana contra Silvio Berlusconi han prescrito y otros amenazan con prescribir, incluso gracias a oportunas leyes dadas por el propio gobierno del investigado para reducir los plazos de prescripción de la acción penal de los delitos materia de las investigaciones en contra de este. En especial, sobre el proceso sobre "tráfico de influencias" contra el ex asesor presidencial Montesinos y un empresario chileno (caso "Luccetti"), que finalmente también culminó con la declaración de la "prescripción de la acción", ver recientemente el amplio análisis de Reiner CHOCANO, "Instigación al delito e interrupción de la prescripción penal".

[49] Así ver, c. más refs. y jurisp. MORALES PRATS en Quintero Olivares/ Morales Prats, 4ta. ed., p. 698 y s.

sea indirectamente (p. ej., introduciendo nuevos casos de "suspensión" de los plazos de prescripción)[50].

En cambio, cuando la ley, para los **plazos de prescripción** remita al injusto básico de los tipos penales (como ocurre en los Códigos Penales de Perú, España y Alemania), aquí no debería haber lugar para un reducción o ampliación de estos plazos recurriendo (como suele admitir mayoritariamente la doctrina española[51]) a las atenuantes y agravantes que pudieran existir para el caso concreto, llegando así a construir un marco penal y un plazo de prescripción ad hoc. Esto debe ser así no solamente por una interpretación de lege lata, sino porque también la aplicación de una "teoría concreta" (fijación del plazo de prescripción según el marco de pena que resultare aplicable al caso concreto, teniendo en cuenta las agravantes y atenuantes) llevaría a consecuencias inaceptables: se estarían creando nuevos tipos penales ad-hoc (con nuevos marcos penales) y se caería en una contradicción valorativa de las instituciones, pues mientras las atenuaciones y agravaciones genéricas son circunstancias que recién se van a constatar y valorar dentro del proceso, la aplicación de los plazos de prescripción debe ser posible desde antes de iniciado el proceso y hasta su finalización[52]. En el Perú, la Corte Suprema ha admitido, sin embargo, en un sentencia muy discutida, la llamada "teoría concreta" para determinar el plazo de prescripción de la acción penal en el delito de "tráfico de influencias" (delito común), incluyendo dentro del máximo de la pena, la agravante genérica del art. 46-A (condición de funcionario público del autor)[53]. Se buscaba así subsanar, mediante la interpretación, dos deficiencias graves del sistema penal peruano que permiten la impunidad: un sistema de plazos de la prescripción de la acción extremadamente benigno que no prevé suficientes supuestos de "suspensión" e "interrupción" (arts. 80, 84, 87), y el

---

[50] Al respecto ver ABANTO VÁSQUEZ, "Acerca de la naturaleza de la prescripción de la acción", Libro-Homenaje a Peña Cabrera, 2005, p. 543 y ss. [en esta compilación: p. 587 y ss.].

[51] La doctrina mayoritaria es favorable todavía a la teoría "concreta", pero la jurisprudencia española ha optado últimamente por una solución "ecléctica", según la cual si bien los plazos se basarían en la pena "concreta", deben excluirse del análisis las circunstancias agravantes genéricas o específicas y la posibilidad legal facultativa de elevar el grado de pena; ver MORALES PRATS en Quintero Olivares/ Morales Prats, 4ta. ed., p. 706.

[52] Estos argumentos provienen de la doctrina alemana donde predomina ampliamente la tesis abstracta; ver por todos, c. más refs. STREE/ STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder, 26. ed., § 78, p. 1021, n. marg. 10.

[53] Ver la Sentencia de la Primera Sala Penal Transitoria (R. N. N° 4166-2004) de 27-04-2005 en la Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 6 (2005), p. 555 y ss. Ver un análisis amplio de esta sentencia en CHOCANO, quien por cierto concuerda con el resultado final de la resolución suprema (un mayor plazo de la prescripción de la acción), pero tras incluir interpretativamente una "suspensión del plazo", bajo una discutible interpretación del art. 83 CP peruano (para el cómputo de la "prescripción extraordinaria" no entraría a tallar el plazo trascurrido antes de la "apertura de instrucción"); p. 127 y ss., 139 y ss. Finalmente, el 6 de febrero de 2006, la Corte Suprema, tras revisar nuevamente el caso a través de la vía del habeas corpus, reconoció la "prescripción extraordinaria" de la acción en el caso mencionado; ver al respecto también en CHOCANO, p. 165 y ss.

entendimiento doctrinario, también benigno e inocente, de que la naturaleza de la "prescripción" sería material y, por lo tanto, nunca podría ser afectada retroactivamente por una modificación legal[54].

Aquí se manifiesta precisamente, con toda claridad, el peligro que ya había advertido en su momento[55] en cuanto a la **agravante genérica** introducida en 1997 mediante el art. 46-A. Entre otras cosas, la disposición señala que se agravará la pena (hasta un tercio por encima del máximo legal) cuando "el sujeto activo se aprovecha de su condición de... funcionario o servidor público para cometer un hecho punible". En el caso de los delitos contra la administración pública, esta cláusula genérica es en muchos casos innecesaria, porque aquellos tipos penales que prevén como autor a un "funcionario público" precisamente basan el injusto en el aprovechamiento o abuso de tal condición. Esa aclaración la hace también el propio legislador en el tercer párrafo del art. 46-A. Pero subsiste el peligro práctico de que, si fuera mal utilizada (como es de temer en un medio donde la dogmática penal no tiene aún tanta difusión), podría llevar a la imposición de penas desproporcionadamente elevadas. O, como ha ocurrido en el caso analizado de la "prescripción de la acción" sea utilizado para crear interpretativamente un nuevo tipo penal (tráfico de influencias cometido por funcionarios públicos) al cual se vincule el plazo de prescripción, para aplicar luego este a los particulares intervinientes en la conducta típica.

2.5. La penalidad

En general, se observa que, a nivel mundial, parece haber existido durante mucho tiempo y existe aún en parte una valoración extremadamente benigna (o inocente) cuando se trata de la "corrupción" o, más concretamente, del "cohecho"[56]. Así, en España, las penas siguen siendo bastante bajas. El "cohecho pasivo" se reprime como propio, en su modalidad más grave posible (art. 419: acto del cargo constitutivo de delito), se reprime, entre otras cosas, con pena de prisión de dos a seis años; y el más leve (art. 420: acto injusto no constitutivo de delito) con prisión de uno a cuatro años; mientras que el "cohecho pasivo impropio" tiene penas realmente mínimas: cuando se trate de un "acto propio del cargo" (art. 425, primer párrafo), la pena será de seis meses a tres años, mientras que cuando se trate de recibir dádivas "en consideración al

---

[54] Al respecto me he pronunciado anteriormente, siguiendo nuevamente la rica doctrina y jurisprudencia alemanas que sí admiten una naturaleza procesal o, por lo menos, mixta, de la prescripción en "Acerca de la naturaleza de la prescripción", L.-H. a Peña Cabrera, Lima, 2006.

[55] Ver ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", 2da. ed., p. 95 y s.

[56] Al respecto ver las refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "La lucha contra la corrupción...", p. 303 y ss. [en esta compilación: p. 725 y s.]

cargo" (art. 426) solamente habrá pena de multa de tres a seis meses. Y en Alemania, que tiene un modelo similar al peruano, incluso después de la reforma de 1997, la represión penal tampoco da la impresión de haber sido materia de una valoración realista de la gravedad que tienen los delitos de cohecho. En el caso del tipo básico de cohecho pasivo impropio (art. 331, primer párrafo) la pena de prisión es de hasta tres años (con la alternativa de una simple multa) y en el "cohecho pasivo propio" (art. 332 primer párrafo), de seis meses a cinco años. Solamente en caso de que el sujeto activo del cohecho pasivo sea un "juez o árbitro" y el objeto del delito se refiera a una "actividad judicial", las penas de prisión se elevan algo más: en el "cohecho pasivo impropio" (art. 331, primer párrafo) el máximo de la privación de libertad sube a cinco años (pero persiste la alternativa de la multa), en el "cohecho pasivo propio", el máximo de la prisión llega a los diez años (art. 332 segundo párrafo).

En Latinoamérica, debido a las experiencias de los últimos años, y también por cierto, a la instrumentalización política que usualmente se hace del Derecho penal, se observa que el legislador penal ha tendido a elevar paulatinamente las penas para los tipos de "cohecho" y tipos afines. Así en el Perú, con las modificaciones introducidas por la Ley 28355 de 06-10-2004, la pena privativa de libertad para el "cohecho pasivo propio" que antes se fijaba entre 3 y seis años, ahora está entre cinco y ocho años; y el "cohecho pasivo impropio" que antes tenía una pena privativa de libertad de dos a cuatro años, ahora se reprime con prisión de cuatro a seis años. Y el "tráfico de influencias" que antes tenía un tipo único con una pena de prisión de dos a cuatro años, ahora conoce un tipo básico con una pena de cuatro a seis años y un tipo agravado de cuatro a ocho años.

Pero, aunque me parezca en principio acertado este cambio de valoración en el legislador peruano hacia un mayor reproche penal de la "corrupción", todavía observo que no se han modificado los mecanismos básicos que permiten una amplia impunidad, así como una inadecuada represión penal en el sentido de falta de suficiente "prevención general". Así, aparte de lo que ya se dijo sobre el sistema de "prescripción de la acción", la "inmunidad parlamentaria" y otros problemas técnicos de la parte general, así como lo que se va a decir aún sobre problemas interpretativos de los tipos existentes, habría que criticar la ausencia de una adecuada regulación referida a las "consecuencias accesorias" para los casos de corrupción (p. ej. "confiscación de ganancias", creación de un "registro" de empresas corruptas, exclusión de la contratación pública, etc.), la "sanción directa de la empresa", así como una mejor regulación y coordinación con el sistema administrativo sancionador[57].

---

[57] Me he referido con más detalle a estos problemas en otro lugar, "La lucha contra la corrupción...", p. 304 y ss.

3. Vacíos en la represión penal peruana de la "corrupción"

3.1. Los tipos peruanos de "cohecho"

En el CP peruano, bajo la denominación "corrupción de funcionarios públicos", se entiende una serie de figuras típicas: el "cohecho" (arts. 393 a 396, 398 a 399), las "negociaciones incompatibles con el cargo" (art. 397), el "tráfico de influencias" (art. 400), y el "enriquecimiento ilícito" (art. 401). El término "corrupción", por sí mismo, se referiría así a un fenómeno que va más allá del mero "cohecho" (la compraventa ilícita entre un funcionario público y un particular).

El **"cohecho"**, en su acepción más clásica, consiste básicamente en una especie de "compraventa" de la función pública (do ut des). Es decir, una especie de contrato ilegal entre el funcionario y otro, en el que ambos acuerdan libre y voluntariamente un intercambio de prestaciones: el funcionario, una determinada actividad o inactividad funcionarial; y el otro, la entrega de un bien o la realización de una prestación a favor del primero. A este núcleo del injusto, contenido en la modalidad de "recibir" o "aceptar" "bienes, dádivas o ventajas", se agrega una modalidad de ejecución (aparentemente) unilateral: el "solicitar". Esta modalidad, según parte de la doctrina, no implicaría propiamente un "pacto injusto" y, por ello, la parte activa (el particular) ni siquiera tendría que conocer la solicitud para que esta modalidad se vea consumada[58]; pero la "contractualidad sui géneris del cohecho" (que la distingue de los casos de "exacciones ilegales") sí podría existir si se exigiera, para la consumación de esta modalidad, que el funcionario haya "solicitado" bajo el supuesto de querer ofrecer algo a cambio de una contraprestación.

Algunas legislaciones (España) exigen que la contraprestación al funcionario público tenga contenido económico; otras (Alemania, Perú, etc.) se refieren ampliamente a "ventajas", las que pueden tener contenido económico o no. El elemento "contractualidad" o "bilateralidad" sui generis (existente incluso en la modalidad de "solicitar") distingue el "cohecho" de la "concusión" y de las "exacciones ilegales"; estos últimos tipos penales –configurados de diferente manera– existen en Perú, España y muchos países latinoamericanos, pero no en Alemania.

Ahora bien, la técnica legal ha preferido expresar por separado el injusto de las dos partes del "pacto injusto" en sendos tipos penales; para el caso del funcionario público, se trata de los tipos de "cohecho pasivo"; para el otro, de

---

[58] Ver últimamente, c. ref. de la doctrina alemana, KARGL, quien sin embargo, critica la admisión interpretativa de un "pacto injusto" (y por lo tanto de "contractualidad") en la modalidad de "solicitar"; ver p. 773 y s. Más ref. latinoamericanas y europeas en ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública", p. 378 y ss., 398 y s.

"cohecho activo". Y cuando el pacto injusto entre funcionario e interesado se refiera a una violación de deberes funcionariales, se trata de un "cohecho propio"; cuando no exista tal violación, se trata de un "cohecho impropio". Consecuentemente, suelen existir tipos penales de "cohecho pasivo propio", "cohecho pasivo impropio", "cohecho activo propio" y "cohecho activo impropio". Por último, cuando el pacto injusto presuponga un cumplimiento "futuro" por parte del funcionario, se habla de un "cohecho antecedente", cuando tal pacto injusto se produzca en un momento posterior a la actividad del funcionario, se tratará de un "cohecho subsiguiente".

Por lo general, las legislaciones penales reprimen tanto el cohecho antecedente como el subsiguiente cuando se trata de un "cohecho pasivo"[59]; en el caso del "cohecho activo", a veces se considera que el "cohecho subsiguiente" no tendría suficiente injusto penal (p. ej. en el CP peruano). Por último, en todos los casos de "cohecho", los tipos penales exigen que una de las partes reúna la cualidad de "funcionario público", es decir, se trata de delitos especiales.

3.2. Problemas valorativos e interpretativos de los tipos tradicionales de "cohecho"

Un primer problema valorativo de política criminal está en el tratamiento que debe merecer el llamado **cohecho subsiguiente**. En la doctrina, se suele cuestionar la necesidad de su punibilidad por falta de "lesividad" (el soborno no habría influido en la actividad funcionarial). Los que están a favor de la punibilidad argumentan que, sobre todo, cuando se trata del cohecho "pasivo" subsiguiente, albergaría una especial "peligrosidad": tales formas de cohecho encubrirían auténticos cohechos antecedentes o formarían parte de una estrategia amplia de establecer contacto con el funcionario (la "alimentación" del funcionario) para futuros acuerdos ilegales. Muchas legislaciones (p. ej. Perú) solamente prevén la punibilidad del cohecho "pasivo" subsiguiente, mas no del *cohecho "activo" subsiguiente*.

También se considera, a veces, que el **cohecho activo impropio** no contendría suficiente injusto penal. Por eso, en España, solamente se reprime el "cohecho activo propio" que sea "antecedente" (art. 423: "... para corromper o intentar corromper a las autoridades o funcionarios públicos..."). El cohecho

---

[59] En España, solamente se reprime el cohecho "subsiguiente" en un caso especial (y menos grave) de "cohecho pasivo": el "cohecho impropio" del art. 425, primer párrafo ("para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado"). Pero esta falta de sistemática, además de las dudas de legitimidad del "cohecho subisiguiente" ha generado críticas. Así MORALES PRATS/ RODRÍGUEZ PUERTA recomienda, en todo caso, introducir la represión del "cohecho subsiguiente" en los casos más graves de los arts. 419 ("acción u omisión constitutiva de delito") y 420 ("acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito"); ver en Quintero Olivares/ Morales Prats, 4ta. ed., p.2109, 2138 y s.

activo impropio ha sido allí considerado impune; la doctrina arguye las siguientes razones: falta de verdadero injusto penal en cuanto "atentado contra la imparcialidad" del ejercicio funcionarial (no lleva implícita una compraventa de la función), la aplicación del principio de mínima intervención, la confusión entre cohecho y concusión (teniendo al particular como "víctima")[60]. Obviamente, esta es una decisión de política criminal ante una evidente diferencia de injusto entre el "cohecho pasivo propio" y el "cohecho activo impropio". En el Perú, incluso después de la reforma de octubre de 2004, el legislador sigue reprimiendo el "cohecho activo impropio", junto con el "propio", pero también ha mantenido, acertadamente, la impunidad de todo "cohecho activo subsiguiente".

En lo interpretativo de los tipos vigentes, se ha discutido mucho sobre el elemento **provecho propio**. En este caso, cuando el tipo penal no especifica nada, la doctrina mayoritaria ha entendido tradicionalmente que el tipo penal solamente abarcaría casos de *provecho propio del funcionario público*, es decir, quedarían excluidos los casos en los que el funcionario quiera la ventaja para un tercero. Posteriormente se ha interpretado que también existiría este provecho propio del funcionario cuando él se vea favorecido de manera "mediata". Esta posición es correcta, aunque a veces se haya llegado a excesos haciendo coincidir provecho propio "mediato" con "ventaja inmaterial" (directa), pues se puede decir que el funcionario se vería ya favorecido él mismo (espiritualmente) cuando la ventaja material la obtenga un tercero (p. ej. un partido político, una empresa, etc.). Con esto se pierde precisión y se puede llegar a la analogía. Como he sostenido en otro lugar, es posible abarcar estos casos de ventajas de terceros, empleando los tipos existentes siempre que se probara algún "beneficio indirecto" para el funcionario público[61]. Lo que sí me parecía y me parece claro es que, de lege lata, deben quedar excluidos los casos de provecho al propio portador del bien jurídico, es decir, cuando la retribución esté destinada a favorecer a la administración pública (p. ej. una donación de equipos, trabajos o servicios de distinta índole para la oficina, etc.)[62].

La reforma peruana de 2004 (Ley 28355) ha introducido el elemento **persona intermediaria** como modalidad de la acción de "solicitar" en el "cohecho pasivo" (art. 393, segundo párrafo; y art. 394, segundo párrafo). Una mejor redacción, en el sentido de la doctrina y legislación comparadas (p. ej. en Espa-

---

[60] En este sentido, la interpretación que hacen al art. 423 del CP español (aunque con algunas divergencias interpretativas por la terminología utilizada por la ley, la cual no guarda simetría con la descripción típica del "cohecho pasivo propio") en: VALEIJE, "El transfuguismo...", p. 643; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/Morales Prats, 4ta. ed., p. 2130 y ss.

[61] En "Los delitos contra la administración pública...", 2da. ed., p. 444 y s.

[62] ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", 2da. ed., p. 444; en igual sentido, aunque manifestando algunas dudas motivadas por la reciente jurisprudencia española, VALEIJE, "El transfuguismo...", p. 638.

ña), debió haber precisado, si se querían aclarar dudas interpretativas respecto al "provecho propio", que las "dádivas o ventajas" buscadas por el funcionario estén destinadas a beneficiarlo a él o a terceros. La redacción pudo haber sido de la siguiente manera: "El funcionario público que, *para sí o para otro...*"; o "El funcionario público que, *en provecho propio o de un tercero...*"[63]. Esta precisión de la "persona intermedia" o en el llamado "cohecho transversal" no debe confundirse con el "sujeto intermediario" o "persona interpuesta" de la acción típica, tal como ahora ha quedado tras las modificaciones aludidas, o sea de aquel extraneus que reciba para el funcionario o solicite en nombre del funcionario el soborno[64]. Tal "intermediario" (salvo las nuevas modalidades específicas de cohecho pasivo por "solicitud") seguirá generando problemas cuando el tipo penal no lo haya incluido dentro de la conducta típica ("el funcionario público que por sí mismo o a través de terceros... acepte o reciba"), pues el "dominio del hecho" de estos "delitos especiales" (o, según otra teoría, el "deber") recae solamente en el funcionario público[65].

Por otro lado, dado que algunos tipos penales (como el peruano) se refieren simplemente a "cualquier ventaja", la doctrina ha hecho la distinción entre ventajas materiales (o sea con contenido objetivo, mensurable económicamente) y **ventajas inmateriales**[66]. Pero estas últimas no han podido ser de-

---

[63] Anteriormente he señalado que la falta de aclaración legal no impediría considerar que el beneficio pueda dirigirse a terceros distintos de la propia adminstración pública siempre que, de todos modos, se pueda verificar algún beneficio "mediato" para el propio funcionario; ver "Los delitos contra la administración pública...", p. 444. En España, pese a la previsión legal específica del "beneficio de terceros" todavía se discute si, en este caso, debiera exigirse de todos modos el provecho "mediato" del funcionario público; así MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA exigen este elemento, pues afirman que cuando el funcionario no buscara un provecho propio, no habría ningún atentado contra la "imparcialidad"; ver en Quintero Olivares, 4ta. ed., p. 2114 y s. Sin embargo, para el caso español me parece dudosa esta fundamentación, pues (aparte del entendimiento que se tenga del bien jurídico tutelado) el "provecho propio" no tiene nada que ver con la "imparcialidad" del funcionario público, imparcialidad que sí ha sido influida por la "dádiva", pues en caso de no haberla recibido, el funcionario público no hubiera actuado o lo hubiera hecho de distinto modo. Otra cosa es que en los casos altruistas presentados (funcionario que con las "dádivas" obtenidas realiza obras públicas) la culpabilidad se vea disminuida.

[64] VALEIJE, "El transfuguismo...", p. 632.

[65] Ver mi anterior análisis en "Los delitos contra la administración pública...", p. 427, 449. En España, este sujeto era ya de todos modos partícipe en el sentido de "cómplice primario" (también llamado "cooperador necesario") del delito cometido por el funcionario público; ver VALEIJE, "El transfuguismo...", p. 633. Ahora la situación es más clara y la "persona interpuesta" está prevista para todos los supuestos de cohecho pasivo, con lo cual la punibilidad del funcionario público, en estos casos, no presenta problema alguno; ver MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares/ Morales Prats, 4ta. ed., p. 2120. En Argentina, el tipo penal describe expresamente a la "persona interpuesta"; ver al respecto DONNA, "Delitos contra la administración pública", p. 219 y ss.

[66] Ver últimamente en KARGL, c. ref., p. 678, 770 y s. En España, también se discute esto, aunque hay una tendencia marcada hacia la restricción de la "retribución" en sentido meramente "económico"; ver VALEIJE, "El transfuguismo...", p. 633 y ss. En Argentina, la discusión se presenta en torno al concepto "dádiva", empleada por los arts. 256 (cohecho pasivo) y 258 (cohecho pasivo) del Código Penal, en su versión modificada por la Ley de Ética Pública 25.188; ver, exponiendo ampliamente las dos posiciones divergentes, DONNA, p. 216 y ss.

finidas, pues algunas veces esconden auténticas ventajas materiales (en el sentido de mensurables económicamente) como en el caso del favor sexual (existe un mercado de ello) o bien van demasiado lejos y abarcan conductas altruistas o inocuas (la mera satisfacción propia, la vanidad, etc.). Especialmente actual es el problema de la ventaja inmaterial en el caso de los "fondos de terceros" o los "auspicios" en la actividad de algunos funcionarios públicos (particulamente médicos, investigadores de instituciones científicas o universidades).

El elemento "ventaja" también trae consigo el problema de determinar su **magnitud**. Tampoco este problema ha podido ser solucionado hasta ahora. En la doctrina[67], dominan opiniones que aplican los criterios de "adecuación social" o la "imputación objetiva" para excluir de la tipicidad algunos casos de ventajas mínimas[68]; aunque aisladamente se ha afirmado también que debería bastar cualquier tipo de ventaja o se ha propuesto introducir cuantías para las ventajas materiales.

La **sistemática** peruana referida al "cohecho" merecía las más duras críticas, pues no se observaba una adecuada organización de los tipos penales, tanto en la descripción de los tipos como en las consecuencias jurídicas, que distinguiera entre tipos básicos y tipos agravados. Mediante la Ley 28355 de octubre de 2004, se han reorganizado los tipos penales y se ha conseguido una sistemática un poco mejor. En el caso del "cohecho pasivo" se ha optado ahora por desdoblar la conducta típica en dos modalidades: "aceptar o recibir", por un lado; y "solicitar directa o indirectamente", por el otro, manteniendo por lo demás la división general entre "cohecho pasivo" propio (art. 393) y cohecho pasivo "impropio" (art. 394). El "cohecho activo" ha pasado a ubicarse en el art. 397 (el propio, en el primer párrafo, y el impropio, en el segundo) y armoniza mejor como contrapartida del cohecho pasivo (se ha renunciado al elemento "tratar de corromper"). Los tipos "agravados" de cohecho pasivo se vinculan mejor, en cuanto a la conducta típica, con los tipos básicos: en los arts. 395 (cohecho pasivo de magistrados y otros) y los de cohecho activo en el art. 398 (cohecho activo a magistrados y otros, y cohecho activo del abogado y otros).

---

(67) Ver al respecto, c. ref. en ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública", 2da. p. 435 y s. También últimamente ver KARGL, p. 772, 778 y ss., quien manifiesta que tras la "adecuación social" se encontraría más bien una "interpretación teleológica" (por lo visto en el sentido de aplicar los criterios de la imputación objetiva, especialmente el de la "finalidad de la protección").

(68) VALEIJE hace referencia a propuestas italianas para aplicar aquí el "principio de insignificancia"; ver "El transfuguismo...", p. 636. También MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA exigen un mínimo de "idoneidad" y "proporcionalidad" de la dádiva en relación con la afección al bien jurídico, y recuerdan los ejemplos de Welzel para ilustrar su propuesta de la "adecuación social" como excluyente de la tipicidad; ver en Quintero Olivares/ Morales Prats, 4ta. ed., p. 2114 y 2140 respectivamente. DONNA tampoco exige una "proporcionalidad" entre la "dádiva" solicitada o recibida por el funcionario público y el acto esperado, sino solamente una "idoneidad", en el sentido de "precio del contrato entre las partes", para motivar al funcionario; ver "Delitos contra la administración pública", p. 219

Pero persisten algunas incongruencias sistemáticas. Así, en el caso "atenuado" del cohecho pasivo del "auxiliar jurisdiccional" (art. 396), éste, pese a su mayor injusto por su calidad y función específica, tiene la misma penalidad que el autor simple de un "cohecho pasivo propio" (art. 393). Y también se ha agregado, innecesariamente una modalidad de "concusión" (art. 382) al tipo básico de cohecho pasivo propio: "el condicionamiento de la actividad funcionarial a la entrega o promesa de donativo o ventaja" (art. 393, tercer párrafo). En el caso del "tráfico de influencias", también reformado, se ha desaprovechado la oportunidad para eliminar del tipo las "influencias simuladas" que constituyen en realidad un tipo de estafa. Tampoco se ha considerado la punibilidad expresa del "comprador de la influencia" (o sea: el "partícipe necesario"). Y por último, también es discutible el criterio introducido para diferenciar entre tipo básico y tipo agravado; no me parece que para ello importe tanto la persona del traficante de influencia (particular o funcionario público), para quien por lo demás ya está la agravante genérica del art. 46-A, sino aquello con lo cual se trafica (cualquier actividad funcionarial o una función específica).

Por último, podría evaluarse la posibilidad de introducir un tipo penal de "cohecho en consideración de la función pública", tal como se ha previsto en el CP español de 1995 o en el art. 259 del CP argentino ("en consideración a su oficio"). Esta modalidad, desvinculada de la "actividad funcionarial" por sí misma, pero relacionada con el "cargo", tiende ciertamente a llenar vacíos probatorios, pero ha sido criticada por la doctrina hispana[69] y argentina[70]. Además, también presenta el problema de la "magnitud" de la dádiva o regalo al funcionario público que, en este caso, es todavía más problemática que en los casos usuales de cohecho, pues, en la práctica precisamente se presentan numerosos casos de regalos a funcionarios simplemente por el hecho de ser tales, tal como ocurre sobre todo en pueblos pequeños o en sociedades donde

---

[69] Para MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, no habría legitimidad (solamente se estarían penando bajo un reproche meramente ético o moral) ni en tal modalidad ni en la otra prevista en el art. 426: la admisión de dádiva o regalo "para la consecución de un acto no prohibido legalmente"; ver en Quintero Olivares/Morales Prats, 4ta. ed., p. 2139 y s. Pero sugieren de todos modos una forzada restricción interpretativa de las dos modalidades, a fin de poder hacerlas compatibles con el principio de lesividad en el sentido de un "peligro concreto". Luego, la primera modalidad ("en consideración de su función") se referiría a casos en los que el funcionario acepte dádivas, pero siempre que este tenga competencias referidas a un caso que interese al particular, aunque todavía las tenga que ver en el futuro y no exista o no se pueda probar la existencia de un acuerdo ilícito entre ambos; la segunda modalidad ("acto no prohibido legalmente") abarcaría los casos en que el funcionario recibe la dádiva para realizar "un acto de naturaleza reglada conforme a Derecho" (o sea, equivaldría a un "cohecho pasivo impropio" como en el caso peruano); ver p. 2141, 2143. Además, la "dádiva" deberá tener una "capacidad ex ante de menoscabar el principio de legalidad", con lo cual se excluiría el "regalo navideño" de mínimo valor; ibídem, p. 2142.

[70] DONNA considera que se trataría de un tipo de "sospecha" destinado a proteger la "incorruptibilidad del funcionario público", pues se estaría penando a un funcionario que ha recibido una ventaja, porque se sospecha que este sería "infiel"; ver "Delitos contra la administración pública", p. 252 y s.

existe un respeto exagerado a la autoridad; p. ej. regalos navideños, de cumpleaños, por el aniversario de la institución, etc. A propósito, hay que remitir a lo que se dijo antes sobre la "magnitud" de la "ventaja" en el cohecho y en otro lugar[71].

Finalmente, es de lamentar que no se hubieran previsto algunas **cláusulas de atenuación o exención** para los particulares que denuncien el "cohecho". Estas medidas son especialmente aconsejables para los casos de la llamada corrupción estructural o sistemática, donde los particulares, sin necesidad de ningún pacto con los funcionarios, no ven otra opción que recurrir al pago de sobornos para conseguir alguna actividad de aquellos. Bajo el reconocimiento de esta necesidad, en España el CP de 1995 ha introducido en el art. 427 la posibilidad de "levantamiento de pena" al particular que denunciare los hechos antes de los diez días de producidos estos y antes de iniciado el procedimiento. Con esto se ha creído incluso poder prescindir de tipos específicos de "concusión" y "exacciones ilegales"[72], tales como sí existen en el CP peruano[73]. Y también en España se prevé una modalidad atenuada de "cohecho activo propio" cuando el sujeto solamente haya "atendido a la solicitud del funcionario público", es decir, cuando la "iniciativa" hubiera provenido de este último[74]. La disposición española tiene sentido en casos de "corrupción estructural", donde el particular parte de que no existiría otro camino para obtener una actividad funcionarial. Pero me parece ilógico que se premie, como en el caso español, *todo* cohecho activo dirigido a obtener actividades funcionariales constitutivas de "delito" o de "actos injustos"; la reducción de pena solamente debería tener sentido cuando se trate de conductas menos graves.

Otro caso de "atenuación" razonable de la pena para el cohechador activo ha sido previsto en el art. 424 del CP español: cuando el soborno se diera en el marco de una "causa criminal" para favorecer al reo, su cónyuge, otros parientes o con quienes tenga relación de afectividad. Esta atenuación se explica por el "conflicto individual" en el que se encuentra el sujeto activo[75].

---

(71) ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", p. 435 y s.

(72) Ver c. más refs. VALEIJE, "El transfuguismo...", p. 631.

(73) A pesar de que todo un importante sector de la doctrina española reclama la introducción de un tipo penal de "concusión" para llenar clamorosos vacíos en casos de "abusos del cargo" cometidos mediante engaño para obtener beneficios económicos u otros de distinta naturaleza. Reclaman expresamente la introducción de un tipo de "concusión", OLAIZOLA NOGALES, "Cohecho y amenazas...", p. 425 y ss., 470 y s.; MORALES PRATS/ RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares/Morales Prats (eds.), 4ta. ed., p. 2127 y s., 2180.

(74) Ver los comentarios de MORALES PRATS/ RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/ Morales Prats, 4ta. ed., p. 2133.

(75) Cfr. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/ Morales Prats, 4ta. ed., p. 2134.

3.3. El cohecho de parlamentarios y representantes populares ("corrupción política")

Se puede definir al "funcionario político", de manera estrecha, como aquel sujeto que ejerza funciones públicas, habiendo tenido acceso al cargo por elección popular. Según un concepto más amplio, se podrían agregar también a los funcionarios de confianza que hayan sido elegidos por los primeros (p. ej. los ministros, algunos diplomáticos, asesores, etc.), pero para este caso no debería haber problemas con emplear las reglas generales de la definición penal de "funcionario público" (en el caso peruano, los tipos de corrupción de funcionarios y el numeral 3 del art. 425).

Como ya se vio arriba en 2.1., no siempre el concepto penal de "funcionario público" abarca también al "funcionario político". Se ha mencionado así el caso alemán, cuya legislación penal excluye expresamente al Parlamentario de los tipos de "cohecho", y se prevé para él un tipo específico (con numerosos vacíos) de "cohecho de parlamentarios". Esta es una alternativa posible de configuración legal del injusto penal, e incluso quizá sea la que, bajo una adecuada configuración, ofrezca una mejor solución frente al tratamiento de la corrupción política con los tipos generales de cohecho[76]. Si se siguiera esta vía, se tendría que definir legalmente al "funcionario político" (miembro del Parlamento federal, regional, municipal, etc.) y prever de manera suficientemente clara y practicable el injusto penal (p. ej. solicitar o recibir ventajas o promesas de ventajas futuras por actuar de determinado modo en el marco de su cargo público), así como prever una serie de medidas sustantivas y procesales específicas para estos casos (plazos de prescripción, levantamiento del fuero, etc.).

En la mayoría de los países, y entre ellos, en el Perú, el parlamentario también suele ser considerado "funcionario público" en sentido penal, y puede, en teoría, ser abarcado por los tipos "comunes" de cohecho pasivo. En la práctica, sin embargo, ha demostrado ser muy difícil la aplicación al "funcionario político" de los tipos comunes de cohecho.

Y es que resulta difícil encajar una conducta política dentro del "pacto venal" que caracteriza al injusto penal del "cohecho", pues la actividad política, por su naturaleza, tiene que permitir una amplia libertad al representante popular para tratar con todas las partes interesadas antes de adoptar una decisión, decisión que, por lo general, tenderá a favorecer a algunos en desmedro

---

[76] Me manifesté en este sentido ya en "La lucha contra la corrupción...", p. 303. No cree necesaria una tipificación penal específica de la modalidad de "transfuguismo", pues bastarían los tipos vigentes de cohecho, VALEIJE, en "El transfuguismo...", p. 651.

de otros. El "funcionario político" tiene, por eso, un amplio margen de actuación discrecional mayor que el de cualquier otro "funcionario público", pero que encuentra su fundamentación y limitación en que tal actuación se ciña a los intereses públicos[77]. El problema no está, entonces, en que un "funcionario político" no pueda de hecho "vender" su actividad funcionarial, sino (salvo casos extraordinarios de compraventa funcionarial "documentada" como en el caso peruano de los llamados "vladivideos") en poder encontrar grupos de casos a partir de los cuales se pueda reforzar, con indicios suficientes, la sospecha de que se ha producido tal "compraventa" reprochable. Después de todo, una acusación de naturaleza penal a un representante popular se enfrenta con una serie de requisitos previos antes de poder iniciarse un proceso penal.

Esto se manifiesta de la manera más clara y frecuente en la práctica, en los casos de *transfuguismo*. Independientemente del problema en torno al elemento típico "funcionario público" en los casos de transfuguismo producidos antes de asumir el cargo[78], se discute si todo cambio de partido político tiene que implicar un injusto penal[79]. Al respecto se ha dicho que el transfuguismo de consecuencias penales debería reunir por lo menos tres requisitos: el autor debe tener un cargo público representativo (no se puede impedir cualquier cambio de partido político sin atentar contra la libertad de convicciones políticas y de expresión), el cambio inicial o posterior del partido político que lo apoyó para llegar al cargo público (se excluyen los votos distintos dentro del partido, la ruptura de la "disciplina de partido") y la "compensación económica" como motivo para la conducta típica (distinta de la motivación que se arguye ante el público)[80]. Precisamente este último elemento es el decisivo en la evaluación del "injusto penal", pues, si bien el "tránsfuga" puede invocar el carácter político de su decisión (e incluso asumir las consecuencias políticas negativas de ello) esto no significa que le esté permitida la "arbitrariedad": no puede defenderse afirmando que habría estado justificado por una "parcialidad legítima" (en el sentido político de representar legítimamente determinados intereses populares) cuando su "cambio de partido" (o cualquier otra

---

[77] Cfr en este sentido MORALES PRATS/ RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/ Morales Prats, 4ta. ed., p. 2121.

[78] Esta problemática la trato específicamente en relación con un famoso caso reciente de la jurisprudencia peruana, donde además estaba en duda la cualidad de funcionario público del parlamentario al momento de vender su cambio de partido político (transfuguismo); ver, c. más ref. en ABANTO VÁSQUEZ, "El transfuguismo político", p. 79 y ss. [en esta compilación: p. 823 y ss.]; también en "Los delitos contra la administración pública...", 2da. ed., p. 25 y s.

[79] Ver el extenso artículo dedicado al tema en general, c. más refs., de VALEIJE, "El transfuguismo...", p. 615 y ss. La experiencia española de finales de los años 70 y principios de los 80 del siglo XX demuestra que incluso una prohibición legal indiscriminada de todo tipo de "transfuguismo" con la previsión expresa de pérdida del escaño representativo puede atentar contra principios constitucionales (principio de la elección popular), tal como lo declaró el Tribunal Constitucional español en contra de la ley de elecciones locales; ver las refs. en VALEIJE, ibídem, p. 619 y s.

[80] VALEIJE, "El transfuguismo...", p. 616 y ss.

actividad política) haya sido influido por un interés meramente privado, es decir, el beneficio propio (directo o indirecto), o sea, cuando se tratare de un "transfuguismo retribuido"[81].

Ahora bien, en la doctrina se discute acerca de si debiera existir previamente una ley que señale expecíficamente los "deberes políticos" y cuándo estos serían violados. Para la intervención penal con los tipos penales vigentes de "cohecho", no se necesitaría tal precisión legal si se admitiera, como me parece correcto, que tales deberes pueden ser extraídos directamente de las disposiciones constitucionales referidas a la participación ciudadana en la vida política y la función pública[82]. En el caso peruano, son destacables el art. 35 de la Const. Peruana de 1993 que reconoce la manifestación popular a través de los partidos políticos y el art. 39, donde se establece el deber de todos los funcionarios públicos (incluidos los políticos) de estar "al servicio de la Nación". E incluso puede deducirse interpretativamente la infracción de deberes del "transfuguismo remunerado" a partir de las incompatibilidades de la función parlamentaria con la actividad privada (art. 92).

Por otro lado, el que el transfuguismo sea visto como "cohecho pasivo propio" (Perú)[83] o "cohecho pasivo impropio" (España)[84] depende de la construcción legal de los tipos. La razón de la valoración española está en que, para su CP, la propiedad o impropiedad del cohecho no está vinculado a una "violación de deberes" por sí misma, sino a si la actividad funcionarial "vendida" se dirige a "actos injustos" (que, a su vez se subdividen en constitutivos de delito en el art. 419 o no constitutivos de delito en el art. 420) o, por otro lado, a "actos propios de la función" (art. 425) o a la "calidad de funcionario público" y "conductas no prohibidas legalmente" (art. 426)[85]. En el primer

---

[81] Ver MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/Morales Prats, 4ta. ed., p. 2105, 2121; ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", 2da. ed., p. 441, 445 y s.; VALEIJE, analizando la jurisprudencia española al respecto que se ha considerado, aunque con variada fundamentación y subsunción típica, la punibilidad del transfuguismo remunerado tanto como cohecho pasivo como también como cohecho activo, "El transfuguismo...", p. 621, 643 y ss. Para el caso español, esta ausencia de "legalidad", en sentido estricto, de los "deberes políticos" podría sustentar (como argumenta VALEIJE) una falta de tipicidad por "cohecho propio", pero no por lo menos una por "cohecho impropio".

[82] Tal como se sostuvo en la sentencia del Tribunal Supremo español, mediante la sentencia de 19 de diciembre de 2000; ver la exposición de los hechos (pago de dinero a un concejal para que se abstuviera en la votación destinada a elegir un Alcalde y conseguir así la mayoría necesaria para el partido de los cohechadores activos), la transcripción parcial de la argumentación de la Sala Suprema y los comentarios de VALEIJE en "El transfuguismo...", p. 647 y ss.

[83] ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", p. 441 y s.; en contra Fidel ROJAS, para quien la conducta sería atípica, 3ra. edición, p. 478 y s.

[84] Así, entre otros, Carlos MIR, p. 238; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/Morales Prats, 4ta. ed., p. 2121; VALEIJE, "El transfuguismo...", p. 651.

[85] En el caso del cohecho activo, este está vinculado de lege lata con los tipos precedentes de cohecho pasivo aunque con una descripción diferente y discutible de la conducta típica (art. 422: "... corrompieren o intentaren

caso, habría, básicamente, un atentado contra la "imparcialidad" y la "legalidad" de la función; en los otros dos, habría atentados (o peligros) contra la "imparcialidad" del ejercicio funcionarial. Luego, se afirma que con los actos de la llamada corrupción política no se atentaría contra la "legalidad" (las actividades funcionariales que se venden al particular estarían permitidas por las leyes), sino solamente contra la "imparcialidad" en el sentido de "interferencia en la adopción de decisiones públicas", a través de motivaciones de carácter privado. En cambio, el CP peruano sigue un modelo más clásico que distingue simplemente entre la "compraventa" de actos funcionariales que violen deberes del cargo y otros que no los violen. Luego, en el caso del "transfuguismo por retribución" se tiene que tratar de un "cohecho propio", pues el funcionario público vende la función, infringiendo deberes funcionariales implícitos en su función: la imparcialidad, deberes de representación de intereses populares y no propios. Si tal infracción de deberes está contenida expresamente en una ley o no, no debería interesar para esta valoración según el CP peruano.

Más allá de la represión penal es recomendable aquí trabajar más en el campo previo al Derecho penal, dando una mejor regulación de las normas parlamentarias y electorales, exigiendo, p. ej., determinados requisitos en los candidatos (reglas sobre incompatibilidades) y parlamentarios (prohibición de "transfuguismo", trasparencia de la actividad parlamentaria, control de los lobbies) y previendo algunas consecuencias en caso de incumplimiento (sanciones de todo tipo hasta la exclusión de la función parlamentaria), así como una mejor regulación del "levantamiento de la inmunidad parlamentaria".

Esto no quiere decir que un "cohecho de parlamentarios" no merezca reproche penal; es más, dada la elevada función que estos cumplen, una "venta

---

corromper") y una modalidad atenuada de cohecho activo que toma en cuenta la situación de necesidad del autor cuando este o sujetos afines a él estuvieren sometidos a una "causa criminal" (art. 423). Pero se excluye de la punibilidad el cohecho activo "impropio", pues no está prevista su vinculación con los tipos de "cohecho pasivo impropio" de los arts. 425 y art. 426. Ver así, aplicando aquí las reglas de la "participación necesaria", MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, p. 2142, 2137. Pero hay que observar que es polémica la denominación del cohecho pasivo previsto en el art. 425, pues para unos se trataría de un "cohecho pasivo propio" (VALEIJE, ibídem, p. 645), mientras que para otros se trataría de un "cohecho pasivo impropio" (MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, ibídem, p. 2135 y ss.); así como la del art. 426, que para algunos contienen casos auténticos de "cohecho pasivo impropio" (VALEIJE, ibídem, p. 645), mientras que para otros ni siquiera se trataría de casos auténticos de cohecho sino de "abuso del cargo" (MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, ibídem, p. 2139 y ss.). Por último, el CP español también contiene una modalidad de "cohecho pasivo omisivo" (art. 421) que crea problemas interpretativos, pues, pese a un contenido de injusto por lo menos similar a muchos casos de cohecho pasivo por comisión (art. 419 y 420), se prevé una pena levísima: multa e inhabilitación especial; ver el análisis y las críticas en MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, ibídem, p. 2125 y ss.

También hay un diferente entendimiento sobre la clasificación de los tipos penales. Así, para MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, el "cohecho impropio" sería la modalidad básica frente a las modalidades agravadas de "cohecho propio", en Quintero Olivares/ Morales Prats, 4ta. ed., p. 2109 y ss. Por lo demás, para estos autores, las modalidades del art. 426 no constituirían modalidades auténticas de "cohecho" (ibídem, p. 2139), mientras que para VALEIJE son estas precisamente las únicas modalidades de "cohecho pasivo impropio", ver "El transfuguismo..", p. 645.

de la función parlamentaria" resulta incluso más grave que la compraventa de cualquier otra función pública. Siguiendo este razonamiento (defraudación de la confianza puesta y ataque a los fundamentos de la democracia), en el proyecto argentino de Ley de 1999 se ha previsto, entre otras agravantes (grave perjuicio al Estado), el que el delito hubiese sido cometido "en ejercicio de una función pública proveniente de una elección popular"[86]. El modelo alemán de prever por separado un tipo penal de "corrupción de parlamentarios", excluyendo a estos de los tipos comunes de cohecho, resulta muy limitado y ha recibido, con toda justicia, críticas de la doctrina alemana, pues excluye muchos casos presentes en la práctica y exige demasiados elementos para la configuración del injusto[87].

3.4. La "corrupción transnacional" y la "corrupción privada"

La interpretación tradicional del concepto "funcionario público" ha presupuesto siempre que se trataría de personas que ejercen "funciones" dentro de la administración pública "nacional". Mejor dicho, siempre han quedado fuera del concepto tanto los "funcionarios privados" (miembros del directorio de empresas nacionales o extranjeras, altos directivos o empleados de entes colectivos o instituciones de todo tipo, etc.) como los "funcionarios públicos extranjeros" (p. ej. miembros de organizaciones internacionales, trabajadores de embajadas, consulados, miembros de delegaciones extranjeras, etc.), por más que ejerzan sus funciones dentro del territorio de la legislación penal con jurisdicción para el proceso respectivo. En uno y otro caso, aunque el "funcionario" defraude la posición de confianza especial que le haya concedido una organización o un país extranjero, vendiendo su actividad funcionarial, siempre ha quedado impune. En el primer caso, se habla de "corrupción privada"; en el segundo, de "corrupción transnacional".

Los supuestos de **corrupción privada**[88] se asemejan al "cohecho" tradicional en cuanto a que se influye secretamente en una persona cualquiera, en cuyas manos está la decisión de un asunto o que debe contribuir con sus esfuerzos o conocimientos acostumbrados a un resultado positivo esperado; pero esta persona no tiene la cualidad de "funcionario público", sino en todo caso de un "funcionario privado", que actúa en el marco de cualquier activi-

---

[86] Ver en DONNA, "Delitos contra la administración pública", p. 228.

[87] Ver la crítica de BARTON, p. 1098, 1099 y ss.; más ref. ÜBERHOFEN, quien sin embargo recomienda mantener el tipo penal (p. 207) y propone algunas modificaciones: incluir la punibilidad de acuerdos y recepción posterior de donativos (cohecho subsiguiente), ampliar la enumeración de funciones parlamentarias vendibles (en el tipo: votaciones y elecciones) a los discursos, solicitudes y preguntas en el Parlamento, y extender la punibilidad a las actividades dentro de los grupos parlamentarios; ver p. 207 y s.

[88] Ver, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", p. 415 y ss.

dad empresarial (un concurso de méritos, una competencia de calidades, una competencia deportiva, etc.). Una modalidad de esta figura es la que está estrechamente vinculada con los delitos contra la leal competencia: el soborno de empleados privados para obtener alguna información sobre la empresa para la cual trabajan ("soborno comercial" o "revelación de secretos")[89]. La dañosidad de estas prácticas ha sido destacada en la doctrina[90]; la empresa afectada puede sufrir perjuicios de todo tipo, dependiendo del objetivo de la maniobra corruptora: si se sobornó al empleado para obtener condiciones favorables en la contratación, la empresa del sobornado podría recibir una contraprestación de menor calidad o pagar un precio superior al del mercado; si el soborno buscaba que el empleado revelara secretos empresariales, la afectada perderá el valor que estos secretos importen, etc.

Lamentablemente, hasta la actualidad, los legisladores penales han prestado poca atención a esta figura penal. Así, en Latinoamérica, el tema no ha sido previsto ni siquiera en la mencionada "Convención Interamericana contra la corrupción" de 1996. Y en los países de Europa, entre otros, España no ha introducido aún un tipo penal pertinente. Pero aun en el caso de que se previera tal tipo penal, la técnica no siempre ha sido la mejor. Así, con la reforma de 1997, Alemania ciertamente ha cumplido con mejorar sus tipos penales contra la "corrupción privada" y ha trasladado las figuras penales que antes estaban en el art. 12 de la "Ley contra la competencia desleal" (actos de corrupción de funcionarios privados y particulares de manera paralela al cohecho pasivo y activo de funcionarios públicos) al StGB con lo cual se tienen aquí ahora dos nuevos tipos penales: arts. 299 y 300 del StGB ("cohecho pasivo y activo en el tráfico comercial")[91]. Pero estos "nuevos" tipos penales se refieren expresamente a "atentados contra la competencia"[92] y, por ello,

---

[89] C. más ref., ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", 2000, p. 400 y ss.

[90] TIEDEMANN, "Welche strafrechtliche Mittel...", p. C 63; remitiéndose al primero, DÖLLING, "Empfehlen sich Änderungen...", p. C 27.

[91] Art. 299 StGB (traducción libre): *"(1) Quien como empleado o encargado de una empresa comercial, en el tráfico comercial, exija, se haga prometer o acepte una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación de que favorezca de manera desleal a otro en el marco de la competencia por la adquisición de bienes o prestaciones comerciales, será penado con privación de la libertad de hasta 3 años o con multa.*

(2) Igualmente será penado quien, en el tráfico comercial con fines de competencia, ofrezca, prometa u otorgue a un empleado o encargado de una empresa comercial una ventaja para éste o un tercero como contraprestación de que prefiera a éste o a otro, de manera desleal, en la adquisición de bienes o de prestaciones comerciales".

(3) Los párrafos 1 y 2 rigen también para acciones de competencia en el extranjero".

[92] Se buscaba con esto evidentemente una mayor efectividad preventivo-general ante la constatación del incremento de la corrupción en el sector empresarial; al respecto, c. más ref. DÖLLING, "Empfehlen sich...", p. C 24; BANNENBERG, p. 25 y s.; TIEDEMANN, c. más ref., Leipziger Kommentar, art. 299, p. 157 y ss.

presuponen demasiados elementos típicos que dificultan su aplicación[93]. Por otro lado, también en el campo de la "corrupción privada" se han visto vacíos de punibilidad cuando se trata de abarcar las conductas de "cohecho activo" y "cohecho pasivo" en la actividad de empleados o titulares de empresas consultoras, cuando estos son sobornados para prestar su actividad asesora a favor del interesado, faltando así a su deber de "objetividad" y "lealtad" frente al asesorado[94]. Y también podría pensarse en introducir un "tráfico de influencias" en la "actividad privada" para abarcar los casos en los que intervengan "empresas intermediarias", cobrando comisiones por conseguir la contratación entre dos empresas o entre una empresa privada y una empresa pública o la administración pública[95].

En la llamada **corrupción transnacional**[96], sí existe un acto de "cohecho activo" dirigido a un "funcionario público", pero este es un "funcionario extranjero". Este tipo de cohecho suele quedar impune, dado que las legislaciones penales tradicionales han vinculado el concepto de "funcionario público" solamente con funciones nacionales. Pese a todo, ya casi nadie discute la dañosidad de este tipo de corrupción, pues tiene graves implicancias político-sociales. Y es que si tales conductas son toleradas, las empresas transnacionales tienden a elaborar, desde el principio, estrategias en las que se prevén partidas especiales para actividades corruptoras y aprovecharse de su poder para presionar y chantajear a la clase política de los países huéspedes con el resultado de una espiral de corrupción y graves consecuencias económicas para estos países y sus ciudadanos. Además, como se ha reconocido, aquí no solamente se afecta al país del funcionario corrupto, sino también al país de quien realiza el acto de corrupción, pues su industria pierde confianza internacional, con la consiguiente afección del sistema competitivo nacional[97]. Especialmente escandalosa fue la situación en Alemania hasta antes de la reforma, pues incluso el Derecho tributario permitía incluso deducir tributariamente a empresas nacionales que actuaran en el extranjero, aquellos "gastos empresariales" hechos en actividades corruptoras en el extranjero; esta situación ha sido modificada

---

[93] TIEDEMANN recomienda, por ejemplo, la supresión del elemento "en el marco de la competencia" por innecesario desde la perspectiva de la protección de los consumidores y del principal, y de la protección de la "lealtad competitiva"; ver "Schmiergeldzahlungen...", p. 768; también en "Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil", p. 96, n. marg. 202.

[94] Ver la recomendación de TIEDEMANN, quien sigue aquí la propuesta de Ernst-Joachim Lampe; "Schmiergeldzahlungen...", p. 763, 767; también "Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil", p. 100, n. marg. 213.

[95] Así TIEDEMANN, "Schmiergeldzahlungen...", p. 768 y s.

[96] Al respecto ver PIETH, p. 758 y ss.; más refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública..."; p. 418 y s.

[97] Ver TIEDEMANN, "Poder económico y delito", p. 65.

gracias a los correspondientes cambios en la legislación tributaria y la adición específica de un tercer párrafo en el art. 299 del StGB, referido a los actos de corrupción privada cometidos en el extranjero[98]. Dado que los países menos desarrollados se encuentran presionados por el deseo de atraer capitales, usualmente no reprimen penalmente estas prácticas. Ahora bien, a pesar del avance que implica la introducción de tipos penales para combatir este tipo de corrupción, no obstante se ha criticado, con razón, que se limiten sus alcances tanto al "cohecho activo" (también debería establecerse alguna punibilidad del funcionario extranjero radicado en el país o en su país de origen, si no radicara en el país), y no debería restringirse el alcance del tipo a actividades competitivas, pues no se trata solamente de un delito económico en el sentido de que afecte la "competitividad" de las empresas, sino, sobre todo, "el correcto funcionamiento de la administración pública"[99].

La legislación norteamericana, consecuente con la protección de la libre competencia, ha tenido una labor pionera en la lucha contra la "corrupción transnacional". Así, ya desde 1977 está vigente en los EEUU, la "Foreign Corrupt Practices Act" que persigue penalmente en territorio nacional, entre otras conductas, los actos de corrupción de funcionarios llevados a cabo por ciudadanos norteamericanos incluso en el extranjero; y también se dirige esta figura contra la corrupción de funcionarios, políticos o candidatos políticos en el extranjero; es más, incluso se persigue a extranjeros que hayan cometido estas conductas en el extranjero en el marco de actividades competitivas de empresas norteamericanas (principio de los "efectos en el mercado nacional")[100].

En Latinoamérica, la "Convención Interamericana contra la corrupción" de 29-03-1996, además de ocuparse de la corrupción nacional se refiere también a la "corrupción internacional" en su artículo VII. Los países firmantes se comprometen a luchar contra estos actos de corrupción desde el momento de su ratificación. Por cierto que la propia Convención tampoco hace propuestas técnicamente óptimas[101]: por un lado, solamente se refiere a la "corrupción

---

[98] Al respecto ver TIEDEMANN, "Schmiergeldzahlungen...", p. 765 y ss.

[99] En este sentido, ver las críticas de MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/ Morales Prats, 4ta. ed., p. 2194. Ellos sugieren renunciar a introducir un tipo penal específico y ampliar más bien el concepto penal de "funcionario público", previsto en la cláusula respectiva y, en la parte especial, que se prevea una modalidad agravada de cohecho que tenga que ver con "transacciones económicas internacionales".

[100] Al respecto ver ampliamente TIEDEMANN, "Delinquenzverhalten...", p. 32 y ss.; igualmente en "Poder económico y delito", p. 62 y ss.

[101] *Artículo VIII de la Convención: "Soborno transnacional: Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dá-*

activa" (los funcionarios extranjeros o de organizaciones internacionales, así radiquen o laboren en el país, que soliciten o reciban el soborno quedan impunes), se exige que la actividad funcionarial esté relacionada con actividades de naturaleza comercial o económica y, por otro lado, tampoco prevé la "corrupción privada". Asimismo se entiende por qué el sujeto activo extranjero tenga que estar domiciliado en el país, ni que se excluyan los sobornos de nacionales o extranjeros, cometidos en el extranjero, pero con efectos para la competitividad en el mercado nacional. Pese a que el Perú ratificó la Convención el 24 de marzo de 1997, no ha cumplido hasta ahora con el compromiso internacional. En cambio, Chile sí ha introducido tal tipo penal en los arts. 250bisA y 250bisB del CP, mediante la Ley 19.829 de 8 de octubre de 2002[102]. También Argentina ha incorporado ya hace algún tiempo, mediante la Ley 24.759 de 1997, un tipo penal de "soborno transnacional" en cumplimiento de la referida Convención Interamericana de la OEA muy apegado al texto de la propuesta del art. VIII[103].

Alemania también ha cumplido ya con el compromiso de penar la "corrupción transnacional" que adquirió al suscribir el "Convenio sobre la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos en el tráfico comercial internacional" de 17 de diciembre de 1997 (también suscrito e incumplido hasta ahora por el Perú). En 1998, se ha introducido allá la "Ley de lucha contra la corrupción internacional", que prevé tipos de cohecho activo a funcionarios públicos extranjeros de cualquier país del mundo (no solamente de los países signatarios del Convenio), con el objeto de que este funcionario ayude al interesado a conseguir o mantener un contrato en el tráfico comercial internacional o cualquier otra ventaja injusta.

---

divas, favores, promesas o ventajas a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial...".

[102] *Art. 250bis A: "El que ofreciese dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales, será sancionado con las mismas penas de reclusión, multa e inhabilitación establecidas en el inciso primero del artículo 248 bis. De igual forma será castigado el que ofreciere dar el aludido beneficio a un funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas.*

El que, en iguales hipótesis a las descritas en el inciso anterior, consintiere en dar el referido beneficio, será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo, además de las mismas penas de multa e inhabilitación señaladas".

Art. 250bis B: Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se considera funcionario público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa de servicio público. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional".

[103] *Art. 258bis: "Será reprimido con reclusión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionados con una transacción de naturaleza económica o comercial".*

En España, se introdujo recién en el 2000, en cumplimiento de un Convenio de la OECD que databa de 1997, el actual artículo 445 del CP[104]. También aquí el tipo penal vincula el "cohecho activo" del particular extranjero (el funcionario extranjero o de una organización internacional queda impune) a una finalidad económica: "conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales". O sea, también aquí el legislador español ha buscado proteger más bien aspectos referidos a la "competencia internacional", debido a lo cual ha utilizado una terminología algo distinta que en los tipos de "cohecho" y dado pie a problemas interpretativos serios[105]. Con la última modificación del tipo en octubre de 2003, se ha introducido la posibilidad de aplicar "consecuencias accesorias", cuando hubieran participado en la comisión de los hechos una "sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio"; en la doctrina, esto ha sido declarado como un acierto, debido a la naturaleza económica del delito en el que usualmente van a intervenir empresas interesadas[106].

Tanto la "corrupción privada" como la "corrupción transnacional" coinciden en muchos elementos de la conducta típica y, expresa o tácitamente, presuponen su comisión a través de empresas y en el marco de la lucha competitiva entre ellas. Pero mientras que el tipo del primero se orienta claramente a proteger la "lealtad de competencia"; en el segundo, destaca también, con igual o mayor rango que la protección de la lealtad de competencia, la protección del "funcionamiento de la administración pública".

3.5. El "tráfico de influencias"

Muchas veces se producen actos previos al "cohecho" que, desde la perspectiva penal, pueden tener igual contenido de injusto que este y, sin embargo, quedar impunes. El caso más evidente es el del llamado "tráfico de influencias", el cual ocurre cuando se ofrece en venta la "influencia" que se pueda tener en el funcionario público que tiene a su cargo un asunto de interés para

---

[104] Art. 445 CP (mod. LO 15/2003 de 25 de noviembre): *"1.- Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas previstas en el artículo 423, en sus respectivos casos.*

2.- Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código".

[105] MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/Morales Prats, 4ta. ed., 2193 y ss.; VALEIJE, "El transfuguismo...", p. 625.

[106] MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/Morales Prats, 4ta. ed., p. 2197.

el potencial comprador. Como los tipos de "cohecho" no abarcan estos casos, en muchos países, se han introducido ya desde hace algún tiempo (Francia, Austria, España, Perú, Argentina) tipos penales que describen esta conducta y la sancionan penalmente.

Entonces, la figura de "tráfico de influencias" se acerca al injusto típico del "cohecho", pero no es idéntico a éste: con este tipo penal se buscar abarcar penalmente la "compraventa" de la influencia que se tenga o pueda tener en funcionarios públicos; o sea, se adelantan las barreras del derecho penal para reprimir conductas que pudieran influir efectivamente en el ejercicio funcionarial. Este injusto "puro" del "tráfico de influencias" ofrece problemas a la hora de precisar el bien jurídico tutelado, pues, si el funcionario público no interviene para nada (si lo hiciera, serían aplicables los tipos de "cohecho"), no puede afirmarse que se atente contra la "imparcialidad" en el ejercicio funcionarial. Aquí la doctrina está dividida, pues para algunos sí existe un bien jurídico u "objeto de protección" identificable, mientras que para otros el legislador habría ido demasiado lejos tipificando conductas inocuas[107].

Pese a las críticas, la práctica ha demostrado la gravedad de estas conductas, sobre todo cuando, como ocurre modernamente, los "vendedores de influencias" están organizados como empresas de asesoramiento. Pero también hay que reconocer que la técnica penal empleada por el legislador para controlarlas no siempre ha sido la mejor ni ha llevado a su aplicación exitosa en la práctica. Precisamente el caso peruano es testimonio teórico y práctico de este defecto. Como ya se vio más arriba, en el tipo penal peruano del art. 400, se ha "olvidado" de describir la conducta del "comprador de la influencia", desconociendo que el "tráfico de influencias", al igual que el "cohecho" y otros tipos penales (muerte a petición, aborto, usura, venta ilegal de reproducciones ilícitas, etc.), constituye un "delito plurisubjetivo" o "de participación necesaria", es decir, el injusto penal del autor principal se da recién cuando es complementado con la conducta de otro (la víctima, el favorecido, un tercero). En el tráfico de influencias, esta conducta es la de la parte compradora, la cual, entonces, quedará casi siempre impune ya de lege lata.

En el marco de la Unión Europea, se ha recomendado repetidamente la introducción de un tipo de "traffic d'influences" o "trading in influence" en los países miembros para reprimir, sobre todo, convenientemente aquellos casos en que verdaderas "empresas de lobismo", hasta ahora legalmente,

---

[107] Ver las refs. sobre esta discusión en DONNA, "Delitos contra la administración pública", p. 229 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", p. 523 y ss. Especialmente críticos contra un tipo penal "puro" de "tráfico de influencias", son MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, c. más refs. de la doctrina española, en Quintero Olivares/Morales Prats, 4ta. ed., p. 2154.

"intermedian", bajo una remuneración, entre políticos y los interesados. Particularmente, en Alemania, TIEDEMANN constata este vacío en el actual tipo penal de "corrupción privada" (art. 299 StGB) y recomienda la introducción de un tipo penal de "tráfico de influencias"[108].

También en Argentina, el legislador penal ha introducido el nuevo art. 256 bis, mediante la "Ley de Ética de la Función pública" (Ley 25.188, promulgada el 26-10-99), la figura de "tráfico de influencias"[109], similar al tipo peruano en cuanto a tipo común (cualquiera puede ser sujeto activo) y al defecto de no prever expresamente la punibilidad del "partícipe necesario" (el comprador de la influencia). Por lo demás, ha acertado el legislador argentino en referirse a influencias reales y a que, de manera paralela al cohecho, la influencia en el funcionario público se refiera a que este "haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones". Además, en un segundo párrafo, se contiene como agravante (y no como tipo básico como en el caso peruano) de que el "tráfico de influencias" esté dirigido a un "magistrado del Poder judicial o del Ministerio Público", y se refiera a un dictamen, resolución o fallo de competencia de estos. Esta distinción entre tipo básico y tipo agravado del "tráfico de influencias" es más razonable que la peruana (basada en la calidad del sujeto activo), pues más que por la "condición de funcionario público" (lo cual, por lo demás, ya está abarcado por la agravante genérica del art. 46-A), es más grave que se trafique con influencias referidas a la administración de justicia (a lo que habría que agregar también: los ministerios o el Parlamento), que si se hace en relación con cualquier otra función pública. Por último, la penalidad es de prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, para el tipo básico; y un máximo de prisión de hasta 12 años, para el caso agravado.

El modelo español sigue una sistemática amplia. Allá se tienen tipos de "ejercicio de influencia, bajo prevalimiento, de un funcionario público sobre otro para conseguir una resolución económicamente beneficiosa" (art. 428), "ejercicio de influencia de un particular en un funcionario público, bajo prevalimiento, para conseguir una resolución económicamente favorable" (art. 429) y "el ofrecimiento, bajo remuneración, de ejercer influencia" (art. 430). Solamente este último supuesto es comparable al tipo penal peruano de tráfico de influencias (art. 400), incluyendo la problemática de la "participación necesaria".

Si bien la idea del legislador español parece ha sido la de evitar la "interferencia" en la actividad funcionarial, de manera similar al cohecho, a mi parecer

---

[108] TIEDEMANN, c. más refs. en "Schmiergeldzahlungen...", p. 769; también recientemente en "Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil", p. 100, n. marg. 214.

[109] Ver el análisis de DONNA, "Delitos contra la administración pública", p. 228 y ss.

ha restringido demasiado las posibilidades de aplicación de los tipos. Si bien se acierta en exigir que se trate de "influencias reales", se exige también que el objeto de la influencia sea la consecución de una "resolución" que proporcione un "beneficio económico". Estos dos últimos elementos (la búsqueda de una resolución favorable y que esta tenga un contenido económico para sí o un tercero) eran, a mi parecer, innecesarios, pues ya el ejercicio de influencia bajo "prevalimiento", por parte del funcionario (aprovechándose de su realización personal o jerárquica según el art. 428) o, por parte del particular (valiéndose de su relación personal con el funcionario o con otros, según el art. 429) implicaba un atentado suficientemente grave contra el bien jurídico que, por lo demás, se superpone con otros tipos penales ya existentes (coacciones, extorsión y, en el caso peruano además: "concusión", "patrocinio ilegal", "negociaciones incompatibles")[110]. Ahora bien, habría que rescatar del modelo español que es capaz de cubrir algunos vacíos que dejan los tipos de "cohecho", pues la exigencia de "prevalimiento" en cuanto a "relación personal" no está vinculada a ninguna contraprestación concreta que sí exigen estos (en el caso español, además debe tener contenido económico); p. ej. cuando el funcionario hace algo (violando o sin violar sus funciones) para ayudar a un amigo[111]. En tal caso, tampoco estamos ante una "compraventa" de la función pública, sino, en realidad una forma de "abuso de autoridad". Luego, solamente resulta recomendable introducir, en el Perú, un tipo penal similar al art. 429 español en que se prevea la conducta de "aquel que valiéndose de sus relaciones personales con el funcionario u otros allegados a él, funcionarios o no, influya en el primero para tratar de conseguir una actividad funcionarial cualquiera", con la agravación seguida en caso de que la actividad funcionarial buscada constituyera una violación de deberes funcionariales".

Por lo demás, en ambos artículos españoles analizados, también se ha descuidado la problemática del "partícipe necesario", pues no se dice nada en relación con el "funcionario que se dejara influir", motivo por el cual este solamente podría ser punible si su conducta encajara dentro de otros tipos penales tales como la prevaricación (art. 439), pero con ello se produce una desproporcionalidad de la penalidad, pues para este último delito la pena es menor que para el "tráfico de influencias"[112]. En la propuesta hecha más arri-

---

[110] Así, no obstante, MORALES PRATS/ RODRÍGUEZ PUERTA, quienes, además postulan una mayor restricción de los tipos penales exigiendo que la conducta típica se dirija a conseguir "resoluciones injustas"; ver en Quintero Olivares/ Morales Prats, 4ta. ed., p. 2147.

[111] Cfr. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/ Morales Prats, 4ta. ed., p. 2147.

[112] Cfr. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/ Morales Prats, 4ta. ed., p. 2148. Los autores españoles constatan también una desproporción en relación con los tipos de cohecho, pues la penalidad del "tráfico de influencias" solamente es comparable con los casos más graves de aquel delito. La cuestión está en decidir si la

ba se tendría que agregar, por eso, que "el funcionario que se dejare influir" también será merecedor a una pena determinada.

Como ya se dijo arriba, en España, los auténticos casos de pura "venta de influencias" son muy polémicos. Tal supuesto está previsto en el art. 430 del CP español, en donde al igual que en art. 400 del CP peruano, resulta difícil encontrar una conexión con la "imparcialidad" del ejercicio funcionarial, pues no se exige el uso efectivo de las influencias ni siquiera que estas existan. Por eso, en la doctrina española se señala críticamente que aquí se estaría protegiendo solamente el "prestigio" y el "buen nombre" de la administración[113].

Ahora bien, en estos supuestos se trata de un sujeto activo diferente del propio interesado, o sea un "traficante de influencias". Estos casos han tenido relevancia práctica en muchos países; es más, algunos sistemas incluso permiten la actividad de "lobbies" en el sentido de un ejercicio legítimo de influencias de una manera muy amplia. En la Unión Europea, se han producido una serie de casos que han motivado la recomendación de introducir un auténtico tipo penal de tráfico de influencias en los países miembros que no dispongan de un tipo similar (p. ej., en Alemania). El tipo penal peruano puede mejorarse para abarcar estos casos, p. ej. eliminando el elemento "invocar influencias" y el caso de la "influencia simulada" (cubierta por el tipo de "estafa"); pero además se debe prever expresamente la punibilidad del partícipe necesario[114].

3.6. El "enriquecimiento ilícito"[115]

En la doctrina penal latinoamericana, ante la desesperación originada por el deseo de controlar la masiva y creciente corrupción de funcionarios públicos, se suele aceptar acríticamente la existencia del tipo penal de "enriquecimiento ilícito", e incluso algunos instrumentos internacionales (la Conven-

---

penalidad del cohecho y del prevaricato o, por lo menos de los supestos agravados, en realidad, no han resultado ser demasiado leves.

[113] Cfr. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, quienes postulan la eliminación del tipo penal y la aplicación, en todo caso, de otras figuras como la "estafa" (para las influencias ficticias) y la figura de "ejercicio de influencias por particulares bajo prevalimiento" (art. 429) para el caso de las influencias reales; ver en Quintero Olivares/ Morales Prats, 2da. ed., p. 2154.

[114] Sobre este tema ya me he pronunciado anteriormente; ver en "Los delitos contra la administración pública...", p. 522 y ss., 536. Ver también un análisis crítico del art. 430 del CP español, similar al art. 400 peruano, de MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/ Morales Prats, 2da. ed., p. 2153 y ss.

[115] El artículo 401 del CP peruano dice: *"El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.*

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita".

ción Interamericana de 1996) recomiendan su inclusión. No obstante, si se lee atentamente el tipo penal, rápidamente puede uno darse cuenta de que el injusto penal está basado en la "no-justificación" de un "incremento patrimonial" (considerable), con lo cual se atenta evidentemente contra una serie de principios básicos del Derecho penal.

Y es que este tipo penal tiene todas las características de un "delito de sospecha"; el injusto penal consistiría en el no poder demostrar la legalidad del incremento patrimonial del funcionario público. Por su estructura, recuerda al llamado "tipo de canallas" (Schurkenparagraph) que, en la doctrina alemana, es tomado como ejemplo de atentado contra el principio de certeza: "Todo canalla será penado con...". Y es que aquí el legislador está incumpliendo con su obligación de precisar el contenido de injusto de la conducta. También ocurre lo mismo con el tipo de "enriquecimiento ilícito", donde se sanciona un "estado" (el hecho de enriquecerse) y se invierte la carga de la prueba (el imputado debe probar que su enriquecimiento provino de fuentes lícitas). Más bien el trasfondo es la "sospecha" de que el funcionario público se habría enriquecido cometiendo otros delitos contra la administración pública[116]. Y esto es precisamente lo que se tiene que probar; el "enriquecimiento ilícito" solamente debería ser indicio de la comisión de otros delitos, mas no un delito por sí mismo, pues no tiene ni un "bien jurídico" ni "objetos concretos" de algún bien jurídico que se quiera tutelar.

Pese a los esfuerzos legislativos en los países donde existe tal tipo penal, no es posible que, dada su naturaleza, pueda concordar con los principios básicos del Derecho penal y constitucional. Estas críticas rigen también para Argentina, donde la "Ley de ética en el ejercicio de la función pública" de 1999 ha querido dar legitimidad al supuesto injusto penal contenido en el art. 268 mediante dos precisiones adicionales: el concepto de "enriquecimiento" y el "plazo" dentro del cual puede cometerse el delito (hasta dos años después de cesar en el ejercicio del cargo)[117]. Allá se ha ido incluso más lejos al introducir

---

[116] Igualmente, DONNA, "Delitos contra la administración pública", p. 392.

[117] En la Argentina, los defensores se basan en la reforma constitucional (artículo 36, quinto párrafo) que expresamente declara como grave atentado contra el "Estado democrático" toda conducta que implique un "grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento". Ver una exposición amplia de las críticas y de las nuevas posiciones de defensa del tipo penal, c. más refs. en DONNA, p. 382 y ss. Pero incluso así, ni siquiera puede admitirse que de lege lata la Constitución cree tipos penales, sino que se refiera a ellos; y en este sentido solamente indica que existen delitos, con los cuales se enriquecen los delincuentes y que serían los más graves. Por lo demás, la misma Constitución, como no puede ser de otra manera en una Carta Magna de contenido democrático, también tiene que conocer otros principios básicos que se oponen a un delito de sospecha: el principio de culpabilidad, la responsabilidad por actos y la presunción de la inocencia. En sentido crítico, también DONNA, quien afirma la inconstitucionalidad del tipo de "enriquecimiento ilícito", también después de la reforma constitucional argentina, y circunscribe la introducción de tipos penales como ese, dentro de la corriente del "Derecho penal del enemigo"; ver ibídem, p. 387 y ss.

como delito, una figura nueva: la "omisión o la falsedad en las declaraciones juradas patrimoniales" de los funcionarios públicos obligados por ley. Se ha entendido que en este último caso, el bien jurídico tutelado sería la "transparencia" en el ejercicio de la función pública[118].

4. Conclusiones

Después de este apretado recorrido por el amplio capítulo de los delitos contra la administración pública, se puede decir de manera resumida lo siguiente:

a. La doctrina penal y la legislación penal reciente han emprendido la tarea de adecuar los delitos contra la administración pública a un entendimiento moderno del Estado de Derecho. En este sentido, debe entenderse como bien jurídico tutelado al "correcto funcionamiento de la administración pública" y, en cada caso concreto, verificar la "lesividad" dirigida a los distintos "objetos de protección" que tal bien jurídico englobe.

b. No obstante, todavía existen una serie de problemas técnicos por solucionar. Particularmente problemático es el concepto de "funcionario público" y los problemas de autoría y participación que se derivan de él. Pero también tienen que solucionarse aun cuestiones de la parte especial. Para ello, por lo visto, hay ya una corriente internacional, basada en una serie de Convenios, que está influyendo en la legislación penal nacional, sobre todo en lo que respecta al tratamiento de la "corrupción de funcionarios" (introducción de la "corrupción transnacional", la "corrupción privada" y la "corrupción política"). Merecen crítica, sin embargo, las recomendaciones dirigidas a introducir o mantener el tipo penal de "enriquecimiento ilícito" en el área latinoamericana. En Europa, se ha prescindido hasta ahora de un tipo penal semejante por razones de principio, sin que por ello, en muchos países, se pueda decir que no hayan tenido una exitosa lucha contra la corrupción.

c. Pero, en mi opinión, al igual de lo que se observa con los delitos económicos, hay hasta ahora un "déficit de valoración" penal en cuanto a la gravedad e incidencia social de los delitos contra la administración pública, en especial, en el caso de los tipos de "corrupción". Y es que los países parecen vivir bajo la ilusión de no ser afectados mayormente por este grupo de delitos o de que el instrumental legal sería suficiente para controlarlos. Un buen ejemplo de lo primero es Alemania, remecida des-

---

[118] DONNA, "Delitos contra la administración pública", p. 408.

de hace algunos años por escandalosos casos de corrupción, y donde, pese a la reforma de 1998, muchos de estos terminan o bien con la absolución o bien con una pena meramente simbólica. En el caso del Perú, aunque se es consciente del grave problema que se tiene con estos delitos y, gracias a la coyuntura política, ha habido últimamente una ardua labor judicial, la técnica penal ha sido deficiente por todos lados: se ha pecado por "exceso" introduciendo exageradamente tipos penales que dificultan la interpretación, se han cometido fallas técnicas que dejan vacíos de punibilidad, y subsisten posibilidades de lograr la impunidad aplicando una serie de medidas procesales y materiales previstas en la legislación vigente (p. ej. la prescripción, la inmunidad parlamentaria, las medidas alternativas a la pena, etc.).

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", Revista Penal N° 18 (España), p. 3 y ss. (también va a ser publicado en el Libro-Homenaje a Juan Bustos Ramírez, bajo la dirección de José Urquizo Olaechea, Lima, 2006) [en esta compilación: p. 13-87]; "El tratamiento penal de los delitos contra la administración pública", en: "XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano, I Nacional de Derecho penal y Criminología. Guayaquil-Ecuador", Lima, 2005, p. 387 y ss.; "Acerca de la prescripción de la acción", Libro-Homenaje a Raúl Peña Cabrera, Lima, 2006, tomo I, p. 543 y ss. [en esta compilación: p. 583-602]; "Autoría y participación y la teoría de los delitos de 'infracción del deber'", Revista Penal N° 14 (abril 2004), España, p. 3 y ss. [en esta compilación: p. 377-410]; "Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano", 2da. edición, 2003; "La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado", en: Losano/Muñoz Conde, "El Derecho ante la globalización y el terrorismo", Valencia, 2004, p. 273 y ss. [en esta compilación: p. 701-746]; "Participación necesaria, intervención necesaria o delitos plurisubjetivos. Una aproximación a la discusión", Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, n° 34, abril 2003, p. 11 y ss. [en esta compilación: p. 411-438]; "El transfuguismo político: "¿delito de cohecho?", Revista "Cátedra", UNMSM, n° 8, Lima, 2001, p. 79 y ss. [en esta compilación: p. 823-846].

BANNENBERG, Britta: "Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle. Eine kriminologisch-strafrechtliche Analyse", Neuwied, 2002.

BARTON, Stephan: "Der Tatbestand derAbgeordnetenbestechung (§ 108e StGB)", NJW 1994, p. 1098 y ss.

BROCKER, Lars: "Umfang und Grenzen der Immunität des Abgeordneten im Strafverfahren", GA 2002, p. 44 y ss.

CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner: "Instigación al delito e interrupción de la prescripción penal", Lima, 2006.

DÖLLING, Dieter: "Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozeßrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?", en: "Verhandlungen des einundsechzigsten Deutschen Juristentages", tomo I: "Gutachten C", tomo 2: "Sitzungsberichte", Karlsruhe 1996, p. C20 y ss.

DONNA, Edgardo Alberto: "Delitos contra la administración pública", Buenos Aires, 2002 (igualmente el tomo III del "Tratado de Derecho penal"); "El concepto dogmático de funcionario público en el Código penal", L.-H. a Enrique Bacigalupo, Lima 2004, p. 1079 y ss.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: "Delitos contra la administración pública en el Código penal español de 1995: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas", Revista Peruana de Ciencias Penales N° 7/8, p. 697 y ss.

JAKOBS, Günther: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 2da. ed., Berlín, 1993.

KARGL, Walter: "Über die Bekämpfung des Ancheins der Kriminalität bei der Vorteilsannahme (§ 331 StGB)", ZStW 114 (2002), p. 763 y ss.

LAMPE, Ernst-Joachim: "Gedanken zum materiellen Straftatbegriff", Libro-Homenaje a Rudolf Schmitt, Tubinga, 1992, p. 77 y ss.

MAUNZ: en Maunz/Dürig: "Grundgesetz", comentarios a la Ley Fundamental alemana, actualizado a agosto de 2000.

PIETH, Mark: "Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität", ZStW 109 (1997), p. 756 y ss.

OLAIZOLA NOGALES, Inés: "Cohecho y amenazas: la relación entre ambos delitos", Poder Judicial, N° 40 (oct.-dic. 1995), España, p. 425 y ss.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/MORALES Prats, Fermín (editores): "Comentarios al nuevo Código penal", 4ta. edición, Elcano, España, 2005.

RANFT, Otfried: "Staatsanwaltschaftliche Ermittlungstätigkeit und Immunität der parlamentarischen Abgeordneten", ZRP 1981, p. 271 y ss.

ROXIN, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo I, 4ta. ed., Múnich, 2006; tomo II, Múnich, 2003; "Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik heute", en: Tiedemann/Schünemann (eds.), "Strafrechtssystem und Betrug", Herbolzheim, 2002, p. 21 y ss. [próxima publicación en el Perú en la recopilación de artículo del autor bajo el título: "La teoría del delito en la discusión actual", editorial Grijley, Lima, 2006].

SÁNCHEZ-VERA, Javier: "Pflichtdelikt und Beteiligung", Berlín, 1999.

SCHÖNKE/SCHRÖDER y otros: "Strafgesetzbuch", Múnich, 26ta. ed., 2001.

SORIANO, Ramón: "La inmunidad de los parlamentarios: más privilegio que garantía", en: "Jueces para la democracia", N° 43 (marzo 2002), Madrid, p. 28 y ss.

TIEDEMANN, Klaus: "Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil", Colonia, 2006; Comentarios a los arts. 298 y 299 del StGB, "Leipziger Kommentar", 11ra. edición

(2001); "Poder económico y delito", Barcelona, 1985; "Schmiergeldzahlungen in der Wirtschaft. Alte und neue Reformprobleme", en L.-H. a Lampe, Berlín, 2003, p. 759 y ss.; "Delinquenzverhalten und Machtmißbrauch multinationaler Unternehmen", en: Tiedemann (ed.), "Multinationale Unternehmen und Strafrecht", Colonia 1980, p. 3 y ss.; "Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", Múnich, 1972.

TRUTE, Hans-Heinrich: Observaciones a la sentencia del BVerfG de 17-12-2001 (2 BvE 2/00), JZ 2003, p. 148 y ss.

ÜBERHOFEN, Michael: "Korruption und Bestechungsdelikte im staatlichen Bereich", Freiburg i. Br., 1999.

VALEIJE ÁLVAREZ, Inma: "El transfuguismo bajo una perspectiva penal", en: "Temas actuales de Derecho penal. Desafíos del Derecho penal contemporáneo" (obra colectiva), Trujillo (Perú), 2004, p. 615 y ss.; "El tratamiento penal de la corrupción de funcionarios: el delito de cohecho", Madrid, 1996.

Acerca del merecimiento de pena del tráfico de influencias[*]

El venerable homenajeado ha sido uno de los pocos penalistas alemanes que han advertido anticipadamente el peligro del "tráfico de influencias", considerando también la posibilidad de introducir, con la cautela debida, tipos penales apropiados, aunque como delitos económicos (o sea como un subcaso de la corrupción privada del art. 299 StGB)[1]. A continuación, se analizará en qué medida está justificada esta estimación. Para ello se procederá primero a desvelar los orígenes históricos de esta figura y, de manera ilustrativa, se mostrará su desarrollo en la legislación penal de algunos países seleccionados (tres europeos y tres iberoamericanos[2]), a fin de extraer de allí los posibles modelos de respuesta penal. Finalmente se intentará fundamentar teóricamente la necesidad de introducir en Alemania un tipo penal de tráfico de influencias y se expondrá sobre los primeros pasos en esta dirección que ha dado el Derecho supranacional europeo.

---

[*] El artículo fue publicado por primera vez en alemán en: Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter (coords.), "Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag", Colonia, 2007, pp. 913-938. En español se ha publicado por primera vez en: Pariona Arana (director), "20 años de vigencia del Código penal peruano", Lima, 2012, pp. 579-608. También se ha publicado en Brasil bajo el título "Sobre o merecimiento de pena do tráfico de influência" (traducido por William Terra Oliveira) en: Oliveira, William Terra/Leite Neto, Pedro Ferreira/Essado, Tiago Cintra/Saad-Diniz, Eduardo (organizadores), "Direito penal econômico: estudos em homenagem aus 75 anos do Prof. Klaus Tiedemann", Sao Paulo, 2013, p. 103-122. En esta versión en español se ha tratado de mantener en lo posible la fidelidad con el texto original. La base legal del "tráfico de influencias" no ha variado sustancialmente en los distintos países analizados, salvo en el caso peruano que se analiza en el lugar correspondiente. En el caso español ha habido una ligera modificación de la penalidad a través de las reformas (importantes en otros aspectos) introducidas por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio (BOE nº 152, de 23 de junio de 2010) y que entraron en vigor en diciembre del mismo año; en el texto se hace referencia a estas variaciones. Hasta donde me ha sido posible, he tratado de actualizar también las citas. Los artículos sin referencia a un país se refieren al Derecho (penal) alemán. Entre corchetes se colocan algunas adiciones al texto original que me han parecido necesarias para una mejor comprensión del texto.

[1] Ver c. más refs. TIEDEMANN en "Schmiergeldzahlungen", p. 769; últimamente también en "Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil", p. 100, n. marg. 214, y en Arroyo Zapatero/Nieto Martín, p. 34 y s.

[2] Sobre la situación en otros países (p. ej. Austria, Portugal, Grecia, Polonia, etc.), donde también se cuenta con sendos tipos penales de tráfico de influencias, habría que mencionar sobre todo el trabajo del Instituto Max Planck y sus correspondientes informes por países: Eser/Überhofen/Huber (edits.), "Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht, Friburgo", 1999. Ver también allí la sección "Rechtsvergleichender Querschnitt" a cargo de ÜBERHOFEN, p. 752 y ss. En detalle ver también CUGAT MAURI refiriéndose a Portugal (además de España, Italia y Francia) y los diferentes tratados internacionales en: Arroyo Zapatero/Nieto Martín (coords.), p. 73 y ss.; y SEMERARO sobre Portugal y los países anglosajones (además de Italia, Francia y España); ver p. 207 y ss., 213 y ss.

1. El origen histórico de la figura de "tráfico de influencias"

En el ámbito jurídico latino, el tráfico de influencias es conocido también como "venta de humo". Esto insinúa ya el origen romano de esta figura (venditio fumi): un amigo del emperador Alejando Severo vendía secretamente la influencia que él supuestamente tenía (pero que no era cierta) y, tras ser descubierto, fue condenado a muerte por asfixia con humo[3]. Modernamente se fundamenta esta designación debido a las características del objeto de la venta, pues no se vendería nada corpóreo, sino algo invisible, no sensible o incluso inexistente: la influencia[4].

En casi todos los países cuyas legislaciones penales siguen la tradición romana, existe un tipo penal de tráfico de influencias en sentido tradicional. El injusto punible está mayormente estructurado como un "tráfico", o sea la venta de una "prestación" antijurídica, la venta de una influencia (real o simulada) en funcionarios públicos, sin que para ello importe que este se disponga a realizar luego una actividad funcionarial concreta[5]. A veces también se describe de manera expresa la conducta de la parte compradora de la influencia, aunque mayormente se la deja de lado.

En *España* se previó por primera vez el "tráfico de influencias" en el marco de los delitos de cohecho en el Código Penal de 1928 (art. 476); el tenor legal consistía en un delito común y con ello seguía la descripción tradicional del injusto bajo la forma del tipo italiano de "millantato credito" *[que se analiza más adelante]*[6]. En el CP de 1944, desapareció el tipo penal en relación con la modalidad de las "influencias reales", pero siguió siendo punible el tráfico con influencias ficticias, aunque a partir de entonces como un caso agravado de "estafa"[7]. Recién con la reforma del 22 de marzo de 1991 reapareció el (verdadero) tráfico de influencias, aunque esta vez bajo una nueva concepción del injusto punible (arts. 404 bis-a, 404 bis-b y 404 bis-c CP español de 1944/1973)[8].

---

[3] Sobre los orígenes históricos ver c. más refs. SEMERARO, p. 7. Cuando el condenado estaba asfixiándose, un pregonero habría anunciado: "fumo punitur qui fumo vendit"; ver c. más refs. ibídem.

[4] Ver, remitiendo a la literatura italiana, MOLINA ARRUBLA, p. 346.

[5] Este también es el resultado de las investigaciones de ÜBERHOFEN en Eser/Überhofen/Huber (edits.), p. 752 y ss. Se ha publicado una versión española por la Fundación Konrad Adenauer con el título "La corrupción en el Derecho comparado"; ver allí p. 63 y ss.

[6] Al respecto, c. más refs. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES, p. 1 y s. La doctrina de entonces criticaba que la descripción del injusto, en realidad, se refería a una acción de engaño, porque el "tráfico" tuvo que ocurrir bajo una simulación de influencias ("aparentando crédito, influencia o relaciones").

[7] Al respecto, OLAIZOLA NOGALES, en Mir/Corcoy/Gómez, p. 385 y s.

[8] Sobre el desarrollo histórico de la punición del tráfico de influencias en España, ver DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES, p. 1 y ss. Habían antecedido muchos escándalos políticos (p. ej., el caso Juan Guerra), en los cuales se había evidenciado la influencia que ejercían empresas en personas allegadas a la política y la administración de justicia, pese a lo cual estos actos quedaban impunes debido a la falta de una tipificación penal.

Estos tipos penales pueden ser considerados como predecesores directos de las descripciones típicas hispanas vigentes[9].

El *Código Penal español de 1995* (arts. 428-431)[10] trata el tráfico de influencias como un complemento de los tipos de cohecho activo y pasivo[11]. Así, el art. 428[12] describe el ejercicio de influencias por parte de un funcionario público (delito especial) sobre otro funcionario público aprovechándose de su cargo, sus relaciones personales o jerarquía (prevalimiento) para conseguir una "resolución" que pueda favorecerlo económicamente a él mismo o a un tercero (ventaja de contenido económico). La penalidad mínima es de seis meses; la máxima, antes de 1 año, ha sido elevada con la reciente reforma a dos años; además se prevé multa equivalente al doble del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público de 3 a 6 años. En el art. 429[13] se describe, de manera similar al art. 428, la conducta de un particular *[delito común]* que, de la misma manera, ejerciere influencia sobre un funcionario público. Ambos tipos penales se refieren al parecer a un ejercicio real de influencia sobre un funcionario, todo lo cual debe constituir algo más que una mera conducta de instigación, o sea, tiene que haber cierto "constreñimiento"[14]. En esto resulta decisivo, para el tipo español, el

---

[9] Para comparar los tipos penales anteriores con los introducidos por el CP de 1995, ver DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, quien destaca sobre todo que el legislador hubiera renunciado a exigir la producción de una ventaja económica efectiva en el funcionario público y que se elevara la punición; ver p. 171 y ss. Sobre los antiguos tipos penales ver las refs. en OLAIZOLA NOGALES, "El delito de cohecho", p. 463 y s., nota 4.

[10] Sobre cada uno de los tipos penales en el CP hispano de 1995 ver MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, p. 1207 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, p. 171 y ss.; ORTIZ DE URBINA, p. 324 y ss.; ORTS BERENGUER, p. 927 y ss.; MUÑOZ CONDE, p. 1010 y ss. Ver también, haciendo un análisis de Derecho comparado, HOFFMANN, en Eser/Überhofen/Huber (eds.), p. 595 y ss.; SEMERARO, p. 181 y ss.; MOLINA ARRUBLA, p. 350 y ss.

[11] Cfr. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, p. 1253; MUÑOZ CONDE, p. 1010. Por ello, en el concurso se presentan superposiciones con el tipo del cohecho activo (ver DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, p. 174) y, según las circunstancias, con el de prevaricación (MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, p. 1260).

[12] *Art. 428 CP español (modificado por la LO 5/2010): "El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años [antes: un año], multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior".*

[13] *Art. 429 CP español (modificado por la LO 5/2010): "El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años [antes: un año], y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior".*

[14] Se exige el ejercicio de determinado "constreñimiento", el cual sin embargo no debe ser tan fuerte como para constituir "coacciones"; ver c. más refs. y jurisprudencia, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, p. 172; MUÑOZ CONDE, p. 1012. Pero la presión debe ser por lo menos "idónea" para motivar al funcionario público a adoptar la decisión económica

aprovechamiento de determinada circunstancia (el "prevalimiento"): una "relación funcionarial" (la subordinación del funcionario que va a ser influido) o la "relación personal" (amistad, amor, parentesco, cercanía política, etc.)[15]. Pero en el influido *[el funcionario público]* no puede haber ningún tipo de remuneración, pues en tal caso entrarían a tallar los tipos de cohecho[16]. Además, no se necesita que se cumpla con la finalidad del ejercicio de influencia (la producción de una resolución económicamente favorable)[17]; basta con que el ejercicio de la influencia esté dirigido a alcanzar esta finalidad y ser idóneo para ello[18]. La consecución efectiva de la finalidad constituye tan solo un caso agravado.

Rompe, sin embargo, con la lógica de la sistemática española el art. 430[19], el cual pena la "oferta remunerada de una influencia" y caracteriza así, en principio, un auténtico tipo penal puro de "tráfico de influencias"[20]. Pero, a diferencia del art. 404 bis-c del antiguo CP de 1944, el actual se vincula ahora con los tipos penales que lo anteceden, o sea no pena la mera oferta de cualquier influencia en funcionarios públicos, sino –de manera más concreta– la influencia en el sentido del aprovechamiento de relaciones funcionariales o personales a fin de que el funcionario tome una decisión que resulte económicamente ventajosa para el comprador de la influencia.

En todos los tipos penales, el legislador hispano no ha regulado expresamente la punición del "partícipe necesario". O sea, queda sin mencionar, en los arts. 428 y 429, el "influido" (el funcionario público)[21] y, en el art. 430, el "com-

---

favorable; ver DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, p. 173. La presión no puede realizarse mediante omisión; ver ORTIZ DE URBINA, p. 325.

[15] ORTIZ DE URBINA, p. 325. MUÑOZ CONDE exige que estas circunstancias constituyan una "situación de superioridad" del sujeto activo (el que ejerce la influencia), p. 1011.

[16] ORTIZ DE URBINA, p. 325; ORTS BERENGUER, p. 928; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, p. 1254; MUÑOZ CONDE, p. 1012.

[17] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, p. 172 y s.; ORTS BERENGUER, p. 928.

[18] MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, p. 1259. *[El tipo legal tampoco decía ni dice nada actualmente sobre el "carácter" de la resolución en la que se quiere influir (¿conforme o contrario a Derecho?); la jurisprudencia española admite ambos casos, aunque la doctrina exige que, por la gravedad de la pena y las dificultades probatorias, debería entenderse que la resolución deba ser ilícita; ibídem, p. 1260].*

[19] *Art. 430 del CP español (modificado por la LO 5/2010): "Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año".*

"Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años".

"Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33".

[20] Esto es reconocido por la doctrina española, la cual critica por este motivo la denominación de los tipos; ver tan solo ORTS BERENGUER, p. 927; ORTIZ DE URBINA, p. 324 y s.; MORALES PRATS/ RODRÍGUEZ PUERTA, p. 1253 y s.

[21] Ver la crítica en MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, p. 1255 y s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, p. 174.

prador de la influencia", de manera que, en principio, estos sujetos quedan sin pena (salvo que se considerase que su conducta constituiría una instigación)[22], aunque ambos hubieran contribuido a la afección del bien jurídico[23].

Por lo visto, al igual que en los "tipos de cohecho", la regulación española tenía por finalidad evitar una "perturbación" o "interferencia" en el cumplimiento de deberes del funcionario público, es decir, una forma de "imparcialidad" que es vista, de manera general, como el bien jurídico protegido en los delitos de cohecho: el funcionario público debe basar sus decisiones sin perturbaciones y solo en función de los intereses públicos[24].

Desde la perspectiva del tipo penal tradicional de tráfico de influencias, el modelo español restringe innecesariamente la conducta punible al tomar por base la "consecución de la resolución", la cual además deberá generar un "beneficio económico". Si el legislador hubiera seguido la tradición (la punición del "tráfico de influencias" en sentido estricto), hubiera debido bastar solamente con la "oferta remunerada de una influencia bajo aprovechamiento de una relación personal", con lo cual se habría descrito en su totalidad la conducta merecedora de pena. Hasta sería innecesario este último elemento, o sea el aprovechamiento de una relación personal ("prevalimiento"). No obstante, para la casi unánime opinión de la doctrina española ni siquiera la actual descripción del delito sería suficientemente taxativa. Por ello, se propone restringir la descripción del injusto haciendo la precisión adicional de que la influencia se refiera a resoluciones injustas o resoluciones discrecionales, porque solamente así se respetaría el principio de subsidiariedad[25]. Además, se teme que iría demasiado lejos un tipo genérico de tráfico de influencias, o sea, con una redacción similar a la que existe acualmente en los arts. 428 y s. del CP español [y que, como ya se dijo, no son autónomos], pues de esta manera cualquier resolución del funcionario público a favor de un conocido, amigo o miembro del mismo partido, podría ser vista como producto de una influencia[26].

---

[22] MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, p. 1264, para quienes, sin embargo, el "partícipe necesario" debería ser penado como inductor o cómplice del delito mediante el art. 429 cuando el "vendedor de la influencia" hiciera uso luego de las ventajas obtenidas. MUÑOZ CONDE también admite la posibilidad de una participación necesaria, pero ve en ello una "ampliación excesiva" de la protección penal de la administración, cfr. p. 1015.

[23] MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, p. 1254. El funcionario público podría ser abarcado, según las circunstancias, solo mediante el tipo penal de "prevaricación" (art. 439), pero aquí la pena es menor y, por ello, resulta ser desproporcionada, cfr. p. 1255 y s.

[24] MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, p. 1207 y s., 1253 y s.; ORTS BERENGUER, p. 928; MUÑOZ CONDE, c. más refs. p. 1010.

[25] MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, p. 1255; últimamente también OLAIZOLA NOGALES, c. más refs., en Mir/Corcoy/Gómez, p. 384.

[26] MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, quienes se aúnan con ello a una crítica anterior de Muñoz Conde; p. 1255.

En caso del art. 430 (el auténtico tipo penal de "tráfico" de influencias), la "perturbación" en el "ejercicio de funciones" quedaría tan lejos que a menudo no puede encontrarse una respuesta satisfactoria a la cuestión de la protección del bien jurídico. Por ello, se afirma que no existiría una relación con la "imparcialidad", la "legalidad" y la "objetividad" de las resoluciones de los funcionarios públicos, pues el tipo no exigiría ni la presencia de un verdadero influjo en el funcionario público ni un ejercicio efectivo de la influencia realmente existente[27]. Es por esta razón que a veces se critica que el art. 430 constituiría la punición de actos preparativos y protegería solamente el prestigio o el buen nombre de la administración, por lo cual debería ser derogado[28]. Por otro lado, puesto que el art. 430 se vincula interpretativamente con los arts. 428 y s., se interpreta que el oferente de la influencia deberá referirse a influencias reales, con lo cual por lo menos puede comprobarse la existencia de una puesta en peligro del bien jurídico[29]; si se tratare de influencias falsas, entraría en consideración la punibilidad por estafa[30].

En fin de cuentas, la regulación española presenta algunos vacíos de punibilidad que no pueden ser llenados por sus tipos de cohecho. Y es que, a diferencia de otras legislaciones penales (como la alemana, la argentina, la peruana), los tipos españoles de cohecho pasivo (arts. 419 y ss.) y activo (art. 423) exigen que la contraprestación del particular pueda ser medida económicamente; o sea, no bastaría cualquier "ventaja"[31]. Consecuentemente, los arts. 428 y 429, armonizando con los tipos de cohecho, solamente requieren el "aprovechamiento de una relación personal", algo que no tiene por qué estar vinculado con una ventaja (económica); así, p. ej. cuando el funcionario público (infringiendo o sin infringir sus deberes) quiera ayudar a un amigo e influyere para ello en la resolución de otro funcionario público[32]. En el

---

[27] Cfr. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, p. 1263.

[28] Cfr. MUÑOZ CONDE, p. 1014 y s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, p. 174 y s., 177 y s.; OLAIZOLA NOGALES, "El delito de cohecho", p. 475; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, p. 1263 y s. Estos últimos consideran que el art. 430 tendría un mero carácter simbólico y que, de ser eliminado, no dejaría vacíos porque, en su lugar se podría recurrir a otros tipos penales como el de "estafa" (art. 248), en caso de una influencia falsa, o el de "influencia de privados" (art. 429), en caso de influencias reales, ver ibídem.

[29] OLAIZOLA NOGALES, en Mir/Corcoy/Gómez (coords.), p. 385.

[30] Así, ORTS BERENGUER, p. 929; OLAIZOLA NOGALES, en: Mir/Corcoy/Gómez, p. 385.

[31] MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, p. 2112. Sobre la discusión en relación con la propiedad económica de la contraprestación en los delitos de cohecho en la literatura española y latinoamericana ver ABANTO VÁSQUEZ, c. más refs., "Los delitos contra la administración pública", p. 433 y ss.

[La nueva redacción de los tipos de "cohecho" (que introduce el término "favor") parece abrir la posibilidad a contraprestaciones no económicas, pero la doctrina insiste en restringir la interpretación a "prestaciones de carácter material valorables económicamente; ver MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, ibídem]

[32] MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, p. 1254 y s.

mencionado caso, tampoco se ha producido una "venta" del "ejercicio funcionarial" en el sentido de los tipos de cohecho, sino, en todo caso, un "abuso de funciones" (lo cual es tipificado en muchos países de manera autónoma, aunque el tipo pertinente por su parte es allí duramente criticado por su falta de taxatividad[33]). La introducción de un tipo penal semejante puede recomendarse para aquellos países que, si bien disponen de un tipo penal genérico, puro de "tráfico de influencias", no hubieran previsto el caso mencionado (de la venta no remunerada de influencias) en los tipos de cohecho. Entonces, el delito consistiría en la influencia no remunerada en un funcionario público "aprovechándose de sus relaciones personales" con este o con personas allegadas al mismo, a fin de que el funcionario público realice determinada actividad funcionarial.

Por lo demás, el contenido de los arts. 428 y s. del CP español parece ser superfluo en otras legislaciones penales: un funcionario público que tratare de influir en otro funcionario a favor de un interesado resultaría punible a través de otro tipo penal autónomo (p. ej. el llamado "patrocinio ilegal" del art. 385 CP peruano). Además, también podrían entrar en consideración otros tipos penales: instigación a un "cohecho pasivo" cuando pudiera probarse un "beneficio" del funcionario influido; "prevaricación", cuando era ilegal la resolución del funcionario adoptada bajo la influencia; "coaccciones" o "extorsión", cuando el constreñimiento en el funcionario hubiera sido muy fuerte.

Aun cuando al principio los tipos penales de "tráfico de influencias" casi nunca habían sido utilizados durante la vigencia del antiguo CP español[34], últimamente sí han jugado un gran papel en los juicios de una serie de escándalos políticos[35]. La doctrina dominante se muestra a favor de mantener los tipos penales de "tráfico de influencia"; una opinión minoritaria exige eliminarlos y, en su lugar, ampliar los tipos de cohecho para abarcar los casos más graves de "tráfico de influencia"[36]. Pese a todo, el legislador parece estar satisfecho con la actual situación. El proyecto de reforma más importante del CP español solamente preveía, de manera correspondiente con la proyectada introducción

---

[33] En relación con Perú ver ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública", p. 224 y s.

[34] Hasta 1997 se había presentado solo un caso en el cual un alcalde había sido condenado, entre otras cosas, por "tráfico de influencias"; ver DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, p. 177.

[35] Ver la jurisprudencia en ORTIZ DE URBINA, p. 325 y s. Incluso el polémico art. 430 (oferta de influencia) fue aplicado en un caso en el cual un privado ofreció, bajo pago, al dueño de un restaurante la influencia en el funcionario público encargado de otorgar el permiso de funcionamiento, lo cual después no se realizó, motivo por el cual el traficante de influencias devolvió el dinero; ver también, ibídem, p. 326. Para OLAIZOLA NOGALES la aplicación de estos tipos penales sigue siendo todavía tan mínima que estaría indicando su falta de importancia práctica; ver con jurisprudencia en Mir/Corcoy/Gómez, p. 366.

[36] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, p. 178; OLAIZOLA NOGALES, en: Mir/Corcoy/Gómez, p. 384, 386.

de la punibilidad de personas jurídicas, las penas para estas cuando el delito se hubiera cometido aprovechando el marco empresarial[37].

El vigente *CP italiano de 1930* prevé en el art. 346 el delito de "millantato credito" [38], muy parecido al "tráfico de influencias". El concepto "millantare" abarca tradicionalmente tanto a la exageración como a la simulación de buenas relaciones (crédito)[39], de manera que el delito puede ser traducido como el "acuerdo remunerado al presumir *[o invocar]* que se dispone de buenas relaciones". Con esto se sobreentiende que quedan excluidas del tipo las actividades profesionales de intermediación, o sea las que estuvieran reguladas por la ley[40]. El concepto "millantare" contiene entonces, en gran parte, un injusto que se parece al de la "estafa"[41], lo cual hace que la interpretación sea difícil.

En el art. 346 del CP italiano se prevén dos delitos[42]. El párrafo 1 describe el "tráfico de influencias" en sentido puro, porque se subraya allí que el actor debe recibir un "precio por su intermediación" ("come prezzo della propria mediazione"), cuando él, afirmando tener buenas relaciones con un funcionario público, recibiera dinero o cualquier otra ventaja para sí o para otro, o se hiciera dar o prometer para sí o para otro dicho dinero o ventaja. Aquí es importante para la tipicidad que la "invocación" sea idónea para hacer que surja en el comprador de la influencia la impresión de que el vendedor dispone de buenas relaciones con un funcionario público y que este va a realizar una actividad funcionarial (jurídica o antijurídica) favorable para él[43]. Luego, no es imprescindible que tal influencia exista realmente o que el funcionario

---

[37] Ver el Proyecto de Ley 121/000119 de 15-01-2007, que fue presentado para la discusión en el "Congreso de los Diputados" el 20-12-2006; ver www.congreso.es. *[Después de haber fracasado su revisión y promulgación el 2007, el proyecto volvió a ser presentado y se promulgó como ley el 22 de junio de 2010. Aparte de lo indicado en el texto, se ha elevado mínimamente la penalidad por los delitos de tráfico de influencias. Ver la nota inicial y la nueva versión de los artículos pertinentes en las notas 12,13 y 19]*

[38] *Art. 346 CP italiano: "Chiunque, millantando credito presso un pubblico ufficiale, o presso un pubblico impiegato che presti un pubblico servizio, riceve o fa dare o fa promettere, a sé o ad altri, denaro, o altra utilità, come prezzo della propria mediazione verso il pubblico ufficiale o impiegato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 309 a euro 2.065".*

"La pena è della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 516 a euro 3.098, se il colpevole riceve o fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, col pretesto di dover comprare il favore di un pubblico ufficiale o impiegato, o di doverlo remunerare".

[39] Cfr. FORNASARI, en Bondi/ Di Martino/ Fornasari, p. 397; AMATO, en: Lattanzi/Lupo, p. 421; ANTOLISEI, p. 398.

[40] AMATO, en: Lattanzi/Lupo, p. 421 y s.

[41] Cfr. ANTOLISEI, p. 398.

[42] Ver al respecto FORNASARI en Bondi/Di Martino/Fornasari, p. 396 y ss.; AMATO, en: Lattanzi/Lupo, p. 417 y ss.; HEIN, en Eser/ Überhofen/Huber, p. 240 y s.; ANTOLISEI, p. 398 y ss.; detalladamente y c. más refs. SEMERARO, p. 53 y ss. Haciendo un análisis de Derecho comparado, MOLINA ARRUBLA, p. 346 y ss.

[43] Cfr. AMATO, en: Lattanzi/Lupo, p. 428, 429 y s.

que va a ser influido esté enterado del "tráfico", ni tampoco que se hubiera previsto una ventaja personal para este funcionario público (aquí sale a relucir el origen romano del tipo); ni siquiera resulta decisivo que se mencione a un funcionario público concreto o que dicho funcionario exista[44]. El precio debe estar destinado a cubrir la contraprestación, o sea, la propia intermediación del sujeto activo. Este precio no solo puede ser de naturaleza económica ("denaro"), el concepto "altra utilità" ("otra ventaja") podría cubrir incluso contraprestaciones de tipo sexual[45].

En el segundo párrafo del art. 346, se exige más: el autor afirma falsamente ("col pretesto") que el precio estaría destinado a un funcionario público a fin de comprar su actividad funcionarial o para pagarle cuando este lo exigiera. Por ello, esta modalidad es conocida como "millantato credito corruttivo", aunque en ella, en realidad, se prescinde de la "millanteria" en sentido estricto: el autor no se presenta como un intermediario, sino como un instrumento corruptor de un funcionario público[46]. Aun cuando este tipo está destinado a describir un tipo independiente del previsto en el párrafo 1, o sea, no implicaría un caso agravado de este[47], tampoco constituye una auténtica "corrupción de funcionarios públicos", porque el tipo precisamente presupone la no participación del funcionario público; si este participara, tendrían que aplicarse los tipos de cohecho (arts. 318 y 319 del CP italiano)[48]. En realidad, este segundo supuesto constituye una "estafa"; y si el sujeto activo entregase realmente una ventaja al funcionario público, entrarán a tallar los tipos de "cohecho"[49].

Con esto se muestra que, a pesar del concepto algo confuso de "millanteria", la dogmática italiana poco a poco, interpretando el tipo penal en armonía con su Constitución, le ha encontrado un contenido que se asemeja mucho al del "tráfico de influencias". Una parte de la doctrina recomienda, de todos modos, reformar el art. 346 y mejorar la técnica legislativa para prescindir del concepto "millanteria". De esta manera, sería más claro –se afirma– penar el "traffico di influenza", tal como ocurre en muchos otros países, pues de este modo resaltaría mejor el bien jurídico que se debe proteger[50]. Además, la descripción del delito debería tener como núcleo el tráfico mismo con la in-

---

(44) AMATO, en Lattanzi/Lupo, p. 424 y s.

(45) Al respecto, c. más refs. AMATO, en Lattanzi/Lupo, p. 427.

(46) C. más refs. FORNASARI en Bondi/Di Martino/Fornasari, p. 399; AMATO, en: Lattanzi/Lupo, p. 430 y s.

(47) Así, la doctrina actualmente dominante; cfr. AMATO, en Lattanzi/Lupo, p. 432.

(48) AMATO, en: Lattanzi/Lupo, p. 430 y s.

(49) Así, c. más refs. FORNASARI en: Bondi/Di Martino/Fornasari, p. 399.

(50) SEMERARO, p. 238 y s.

fluencia (commercio di influenza) y no la mera "invocación de la influencia"; o sea lo que debería merecer el reproche penal tendría que ser el "pacto ilícito" (el acuerdo sobre la intermediación ilegal)[51]. Con ello, sería posible también la punición expresa del tráfico "activo" de influencias, o sea la conducta del "partícipe necesario", pero debería preverse su impunidad en aquellos casos en los cuales él hubiera sido víctima del delito o su conducta o, visto de manera sistemática, su conducta no necesitara una punición (de manera paralela con la impunidad del cohecho activo impropio subsiguiente en el CP italiano)[52]. En cambio, la descripción del delito de tráfico "pasivo" de influencias (la conducta del intermediario) también podría abarcar el cumplimiento posterior de la contraprestación, o sea, cuando el intermediario recibiera la ventaja o la promesa de una ventaja para sí mismo o para otro con motivo de una influencia ya ejecutada[53]. Finalmente, se recomienda trasladar el supuesto del párrafo 2 del art. 346, como subcaso de la estafa, al artículo pertinente[54].

También en *Francia* se prevé, en el *Code Pénal de 1992* (vigente desde marzo de 1994), un sistema autónomo de "traffic d'influence". En gran parte, el legislador ha tomado referencia sistemática con los tipos de cohecho[55]. Así, el art. 432.11 describe, tras la corrupción pasiva (primera alternativa) también el "traffic passif d'influence", es decir, el hecho de que el funcionario público se dejare influir por privados (segunda alternativa)[56]; como complemento de esto, el art. 433.1 describe a la parte activa, o sea la "corrupción activa" y el "traffic actif d'influence", en el sentido de una influencia en funcionarios públicos a través de particulares[57]. Por último, también se sanciona penalmente

---

[51] SEMERARO, p. 238.

[52] Cfr. SEMERARO, p. 110 y s., 240 y s. Para la doctrina italiana dominante, en función de la actual descripción típica del injusto, el partícipe necesario siempre quedará impune; ver Semeraro, p. 123 y ss.; FORNASARI, en Bondi/Di Martino/Fornasari, p. 401; Antolisei, p. 399 y s.

[53] Cfr. SEMERARO, p. 239 y s.

[54] Cfr. SEMERARO, p. 241.

[55] Ver sobre cada uno de los tipos penales, PIREYRE, en Mayaud/Allain, p. 810 y ss., 841 y ss.; VERON, p. 366 y s., 380; PRADEL/DANTI-JUAN, p. 740, 742 y s.; BARTH en Eser/Überhofen/Huber, p. 107 y ss.; haciendo un análisis de Derecho comparado, Semeraro, p. 152 y ss.

[56] *Art. 432-11 CP francés: "Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques:*

1° Soit pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat;

2° Soit pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable".

[57] *Art. 433-1 CP francés: "Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des*

en el art. 433.2 el "traffic d'infuence" entre particulares, o sea un puro "tráfico de influencias"[58]. Como bien protegido, de manera correspondiente con la denominación legal ("Des manquements au devoir de probité"), la doctrina menciona el "deber de probidad en la administración pública"[59]. Pero esto no explica el caso del "tráfico de influencias" puro en el cual la influencia no tiene que existir necesariamente ni se necesita una actividad funcionarial concreta del funcionario público; aquí basta con la celebración de un pacto injusto privado[60].

En *Argentina*, recién en 1999, a través de la "Ley de Ética de la Función Pública" (Ley N° 25.188 de 26-10-99)[61] se introdujo un auténtico tipo penal de "tráfico de influencia"[62]. El tenor del tipo penal es muy parecido al peruano (que se verá enseguida): constituye un delito común (cualquier persona puede ser autora) y no prevé la punibilidad del partícipe necesario *[el comprador de la influencia]*. Por otro lado, el legislador argentino, correctamente, ha referido el injusto punible solamente a un influjo real en un funcionario público, influjo que, además, y tal como ocurre en los tipos argentinos de cohecho, deberá perseguir una acción, dilación u omisión en el ejercicio funcionarial.

---

avantages quelconques pour obtenir d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public:

1° Soit qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité para sa fonction, sa mission ou son mandat;

2° Soit qu'elle abuse de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable".

"Est puni des mêmes peines le fait de céder à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public qui sollicite, sans droit à tout moment directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte visé au 1° ou pour abuser de son influence dans les conditions visées au 2°".

[58] *Art. 433-2 CP francés: "Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait, par quiconque, de solliciter ou d'agréer, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable".*

"Est puni des mêmes peines le fait, de céder aux sollicitations prévues à l'alinéa précédent, ou de proposer, sans droit, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour qu'une personne abuse de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable".

[59] VERON, p. 361; PRADEL/ DANTI-JUAN, p. 740

[60] VERON, p. 380

[61] *Art. 256-bis CP argentino: "Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones".*

"Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años".

[62] Al respecto, DONNA, "Delitos contra la administración pública", p. 228 y ss.

A continuación, se considera como caso agravado (párrafo dos) el carácter de la influencia, o sea cuando se dirigiere a un juez o a un fiscal en relación con sus respectivos dictámenes, resoluciones o fallos. Ante la trascendencia de estos casos, parece razonable esta diferenciación. Sin embargo, también hubieran podido incluirse otras calidades y actividades funcionariales en donde la influencia resultare ser igualmente grave; p. ej. en el caso de ministros y parlamentarios (quienes, a diferencia de Alemania, en Argentina y muchos otros países son vistos como funcionarios públicos *[para efectos penales]*). La pena prevista en el tipo básico consiste en privación de libertad de uno a seis años, e inhabilitación perpetua para ejercer funciones públicas; en caso de agravación, se eleva el máximo hasta doce años de privación de libertad.

El *CP colombiano de 2000* conoce un tipo penal de "tráfico de influencias"[63] que ha significado una ruptura total con la tradición introducida en torno al art. 147 del CP de 1980 (tras la reforma de 1995). Y es que el CP de 1980 penaba al tráfico de influencias en sentido puro (invocando influencias reales o simuladas). En cambio, el CP del 2000 se basa en otra concepción, emparentada con el CP español de 1995. En adelante es punible el abuso de aquel poder que es propio de la organización jerárquica administrativa: el ejercicio de influencia ilegal de un funcionario público sobre otro funcionario público, con el objetivo de obtener una ventaja para sí mismo o para otro, a fin de que el último favorezca de cualquier manera al primero en un asunto (administrativo) del cual este sea o vaya a ser competente[64]. Por ello, se observa críticamente que ahora la protección del nuevo tipo penal se dirige contra ataques provenientes desde adentro (o sea de funcionarios públicos) y que lo que realmente se busca proteger sería los deberes de lealtad, respeto y obediencia entre funcionarios públicos[65]. El particular, como comprador de influencias, ha quedado fuera del ámbito del injusto punible, aunque podría ser considerado aún como partícipe de los delitos cometidos por los funcionarios públicos[66]. Además, parece ser superfluo el objetivo exigido de procurar una ventaja propia o ajena, porque ya resulta suficientemente grave

---

[63] *Art. 411 CP colombiano de 2000: "Tráfico de influencias de servidor público. El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte del servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años".*

[64] Exponiendo cada uno de los elementos, ver MOLINA ARRUBLA, p. 355 y ss.; HERNÁNDEZ CASTELLANOS, en López Díaz (coord.), p.385 y s.; GÓMEZ MÉNDEZ, p. 232 y s.

[65] MOLINA ARRUBLA, p. 352 y s.

[66] Cfr. HERNÁNDEZ CASTELLANOS, en López Díaz (coord.), p. 385; MOLINA ARRUBIA, p. 354.

el ejercicio ilegal de presiones en la actividad funcionarial[67]. Entonces, este tipo no implica un "tráfico" con influencia; interpretado de conformidad con la Constitución, debería más bien tener la finalidad de proteger el "ejercicio libre y objetivo de las funciones públicas", tal como ocurre con los conocidos tipos de "patrocinio ilegal" (apoyo ilegal a intereses privados)[68].

El *CP peruano* de 1991 dispone de un tipo penal de "tráfico de influencias" (art. 400)[69]. En el antiguo CP peruano de 1924, la figura había sido introducida con el art. 353-A mediante una reforma penal del año 1981. Ya entonces el tipo penal había obtenido la forma definitiva de un puro tráfico con influencias (reales o simuladas), lo cual tampoco sorprende debido a las posibles fuentes utilizadas por el legislador peruano (el CP español de 1928 y el CP italiano de 1930)[70]. Pese a muchos déficits, este tipo penal del CP de 1991 contiene el núcleo de aquello que es considerado a continuación como el auténtico tráfico con influencia. Se pena a aquel que, invocando influencias reales o ficticias, acepta donativos o promesas o cualquier ventaja o favor para sí mismo o para otro y, como contraprestación, ofrece la influencia en un funcionario público o un empleado público que tiene que decidir sobre un asunto judicial o administrativo. La pena consistía en privación de libertad de 2 a 4 años. Con la reforma del 2004, a esta conducta considerada como tipo básico se le elevó la pena en un mínimo de 4 y un máximo de 6 años. Y se agregó una modalidad cualificada: si el autor era funcionario público, la privación de libertad tenía un mínimo de 4 y un máximo de 8 años, más prohibición de ejercer oficio. Se criticaba que el tipo contuviera, de manera innecesaria, el elemento "invocación de influencias", así como el caso de estafa consistente en traficar con "influencias simuladas"[71]. Además, el legislador peruano había olvidado al comprador de la influencia (el partícipe necesario)[72], cuya impunidad ha causado muchos problemas en la práctica (esto se analiza más abajo en 3). *[Los últimos cambios realizados el 2011 no modifican en lo básico estas observaciones. Aunque inicialmente la Ley 29703 de mayo de 2011 había realizado*

---

[67] Cfr. HERNÁNDEZ CASTELLANOS, en López Díaz (coord.), p. 385 y s.

[68] Cfr. MOLINA ARRUBLA, p. 355 y s.

[69] *Art. 400 CP peruano (tras la reforma de octubre de 2004): "El que invocando o teniendo influencias reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años".*

"Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal".

[70] Al respecto, ABANTO VÁSQUEZ c. más refs., "Los delitos contra la administración pública", p. 522.

[71] ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública", p. 528, 530.

[72] C. más refs. ver ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública", p. 535 y s.

un cambio importante (descriminalización de la modalidad de la "influencia simulada"), dos meses más tarde (!), mediante la Ley 29758 se reintrodujo esta modalidad quedando, en lo que respecta al "tráfico de influencias" todo igual. Ninguna de las dos leyes (ni sus respectivas exposiciones de motivos) consideró la introducción de la punibilidad del "partícipe necesario"].

De todo lo expuesto resaltan dos modelos diferentes de tráfico de influencias: el de la influencia de funcionarios públicos en otros funcionarios públicos, a fin de que los primeros realicen una actividad funcionarial en favor de los últimos o terceros (España, Colombia) y el del acuerdo entre privados, donde una parte vende su influencia en funcionarios públicos y la otra parte remunera esta "prestación" con dinero u otras ventajas (Francia, Italia, Perú, Argentina). De este último modelo, pueden resultar distintos tipos penales según si el tráfico tenga por contenido influencias o posibilidades de influir de manera real o simulada, si la influencia ofrecida tenía por finalidad una actividad funcionarial legal o una ilegal, si se tomara como referencia un influjo futuro y/o uno posterior, o si se tiene por delito consumado ya la oferta de influencia o recién el cierre del pacto injusto. Además, pueden preverse más elementos del injusto: determinada característica del autor (funcionario público o privado), el aprovechamiento de determinadas circunstancias, la mención expresa de las posibilidades de influir, determinada intención, etc.

El ejercicio de influencia por parte de funcionarios públicos sobre funcionarios públicos constituye más bien un delito autónomo que puede ser considerado tanto desde la perspectiva del influido como desde la del influyente. Así, este último lleva la mayor carga de injusto merecedor de pena, porque ataca sobre todo la libertad del funcionario influido en el ejercicio de sus actividades funcionariales[73]. Esto habla a favor de la tipificación autónoma de este caso, p. ej. como un "patrocinio ilegal", lo cual por cierto no tiene nada que ver con un *[auténtico]* "tráfico de influencias".

Por ello, bajo "tráfico de influencias" se entenderá a continuación la oferta remunerada de influencia, o sea, el "puro" tráfico con influencias, el cual además es entendido como delito común. El tráfico con influencias ficticias deberá ser excluido porque, tal como considera correctamente la doctrina penal de los países expuestos, en realidad, constituye un delito contra el patrimonio (estafa)[74].

---

[73] Esto ocurre con el tráfico de influencias en el art. 411 del CP colombiano del 2000, ver MOLINA ARRUBLA, p. 356.

[74] Así también la doctrina italiana arriba expuesta; SEMERARO, p. 241; FORNASARI en Bondi/Di Martino/Fornasari, p. 399; c. más refs.; ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública", p. 525 y s., 528 y s.; MOLINA ARRUBLA, p. 353, 360; GÓMEZ MÉNDEZ, p. 231 y s.; sobre el antiguo art. 476 español, el cual contenía un caso como este, ver DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/ OLAIZOLA, p. 2.

2. La fundamentación del merecimiento de pena del "tráfico de influencias"

En primer lugar, debe admitirse que la conducta merecedora de pena del tráfico de influencias (puro) abarca, en parte, conductas previas al cohecho activo y al pasivo, en las cuales el intermediario de un funcionario público (corrupto) ofrece o vende la influencia (existente o futura) que tiene el primero sobre el último. Estos casos no pueden ser abarcados por el tipo penal de cohecho pasivo propio o impropio, porque en ellos todavía no se ha producido un pacto injusto entre funcionario público y cohechador activo; es más, ni siquiera se ha dado la tentativa de tal pacto al no comprobarse (o no poderse comprobar) que el funcionario público estaba detrás de la venta de la influencia[75]. En pocas palabras: aquí no existe ni tampoco interesa el "pacto injusto" entre funcionario público y cohechador activo, en el cual se basan los tipos de cohecho[76]. En el "tráfico de influencias", no se vende la acción funcionarial en sí, sino el (posible) influjo en un funcionario público o en su actividad funcionarial[77].

El tráfico de influencias va más lejos de la afección (efectiva) del ejercicio funcionarial, pues para el injusto punible (la venta o la compra de posibilidades de influjo en un funcionario público) no se necesita ni la realización efectiva de una actividad del funcionario a favor del comprador ni tampoco el conocimiento del funcionario público respecto del tráfico realizado. Y visto de esta manera, este injusto punible "puro", tal como se mostró al exponer los tipos penales españoles, presenta algunas dificultades para *fundamentar el bien jurídico protegido,* porque difícilmente puede alegarse como tal la "imparcialidad en las actividades funcionariales" o cualquier otro bien jurídico *[usualmente empleados en el ámbito de los delitos contra la administración pública]*. Por ello, en la doctrina penal, se encuentran opiniones divididas: algunos admiten la existencia de un bien jurídico u "objeto de protección"; otros critican precisamente la carencia de un bien jurídico, así como que se estarían penando conductas que en realidad serían inocuas[78]. Entonces, desde la perspectiva de los

---

[75] Tal como también es corriente en Alemania [en los tipos de corrupción pasiva], para admitir una tentativa punible se exige que el funcionario público, al solicitar una ventaja "comience a explicar sus intenciones", aunque por cierto no se necesita que el potencial cohechador activo tome conocimiento de esta declaración; ver HEINE, en: Schönke/Schröder, § 331, n. marg. 33.

[76] Así, c. más refs. HEINE, § 331, n. marg. 3-5, § 332, n. marg. 16.

[77] Cfr. CUGAT MAURI, en Arroyo Zapatero/Nieto Martín, p. 67.

[78] C. más refs. sobre esta discusión ver DONNA, "Delitos contra la administración pública", p. 229 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública", p. 523 y ss. En especial, critican la legitimidad de un tipo penal "puro" de "tráfico de influencias" (en el CP español sería tal el art. 430) MUÑOZ CONDE, p. 1014 y s.; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, c. más refs., p. 1263 y s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, p. 175, 177 y s.; OLAIZOLA NOGALES, en Mir/Corcoy/

delitos de cohecho, el tráfico de influencias constituye realmente un adelantamiento de las barreras penales de protección. Pero es discutible que esta sea la única perspectiva que se pueda y deba tener al analizar estas conductas[79].

En primer lugar, pese a las críticas, no puede haber dudas sobre la *dañosidad social* del tráfico de influencias (puro). Este tipo de conductas constituye un grave ataque contra las estructuras democráticas y el ejercicio de funciones públicas[80], sea que, traduciendo esto en lenguaje penal, sea visto como un adelantamiento en la afección de bienes jurídicos, sea que se le relacione con afecciones reales a la actividad funcionarial, aunque no puedan ser probadas. Y es que se ha demostrado que el tráfico de influencias no es necesariamente menos efectivo que las conductas cohechadoras cuando se trata de alcanzar la finalidad corruptora[81]. Esto es tanto más cierto en cuanto al tráfico de influencias, tal como evidentemente ocurre en la actualidad en Alemania (aunque cada vez más también en el resto del mundo) es practicado *[abiertamente]* por "empresas de asesoramiento" especializadas. Es así que el "tráfico de influencias" ha alcanzado un grado de difusión y una complejidad tan elevados que actualmente ha pasado a formar parte de la criminalidad organizada en donde va de la mano con otros delitos[82].

Es notorio que muchos escándalos de "tráfico de influencias" se han producido en el marco de la actividad de empresas, motivo por el cual también se ha propuesto extender los tipos existentes de "corrupción privada" para abarcar estos casos en el marco del Derecho penal económico[83]. Para decidir en qué medida deba ser permitida o controlada la actividad de los llamados *lobbies* (grupos de presión o de cabildeo), se tendría que realizar una amplia discusión, la cual probablemente va a llevar a introducir una amplia regulación o control de la actividad de estos grupos[84]. Así, en Italia, donde la doctrina se ha ocupado de la legalidad de las actividades de empresas de asesoramiento, empresas de relaciones públicas y grupos profesionales, se ha comprobado

---

Gómez, p. 385. Pero está a favor CUGAT MAURI, en Arroyo Zapatero/Nieto Martín, p. 61 y ss., 71 y s.

[79] CUGAT MAURI opina que el tráfico de influencias ha alcanzado actualmente tales dimensiones que sería mejor considerarlo de manera autónoma en el marco de la lucha contra la criminalidad organizada, cfr. en: Arroyo Zapatero/Nieto Martín, p. 62.

[80] Comprueba lo mismo CUGAT MAURI para el ámbito europeo; ver en: Arroyo Zapatero/Nieto Martín (coords.), p. 62; c. más refs. ver también ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública", p. 523 y s.

[81] Cfr. CUGAT MAURI, en Arroyo Zapatero/Nieto Martín, p. 71

[82] Cfr. CUGAT MAURI en Arroyo Zapatero/Nieto Martín, p. 62 y s.

[83] Así, TIEDEMANN, "Schmiergeldzahlungen", ibídem, nota1; últimamente también en: Arroyo Zapatero/Nieto Martín, ibídem, nota1.

[84] Esta también es la opinión de MOLINA ARRUBLA para Colombia, donde el art. 183 de la Constitución de 1991 prevé la pérdida del mandado de parlamentarios en caso de estar involucrados en tráfico de influencias; ver p. 360.

que estos se mueven frecuentemente en los límites de lo legalmente permitido cuando se trata de defender sus propios intereses ante la administración pública[85]. La situación no es pacífica y requiere una ponderación de intereses. Por un lado, esta actividad se legitima con la garantía constitucional de la libertad del ejercicio de la profesión y la libertad de asociación, por otro lado, esto presupone que el contenido de tal ejercicio profesional y actividad de asociaciones no deban tener naturaleza antijurídica[86]. En ausencia de regulaciones precisas al respecto, la doctrina tiene que llenar el vacío y desarrollar criterios con los cuales se delimiten las actividades de intermediación legales de las ilegales realizadas por empresas de cabildeo y otros "intermediarios", sobre todo en los siguientes casos: cuando la actividad hubiera sido prohibida por la ley y solamente le estaría permitida a determinadas personas, cuando la intermediación tuviera por sí misma un contenido antijurídico, porque no es realizada por no profesionales, o cuando aunque esté permitida su práctica a profesionales, los instrumentos empleados o el objetivo sean por sí mismos ilegales, o influyan de manera anormal en el procedimiento administrativo[87]. Aun cuando mayormente exista una cierta regulación en caso de funcionarios públicos (según muchas Constituciones como la italiana, la peruana, etc., está prohibido que ejerzan actividades privadas al mismo tiempo que actividades públicas), a menudo falta un control de sus actividades para el período posterior tras el cese de su labor para la administración pública[88]. Y precisamente muchas empresas de cabildeo buscan aprovecharse de sus "conocimientos de insider", sus "buenos contactos" y posibilidades de ejercer influencias. Últimamente ha causado conmoción [en Alemania] que muchos ex funcionarios hayan asumido extraños compromisos con sueldos jugosos en empresas de cabildeo[89]. A pesar de todo, en Alemania, parece reinar la creencia de que el trabajo de cabildeo sería una actividad por sí misma legítima y que cumpliría un papel importante e incluso indispensable en toda democracia: los diferentes grupos de interés tendrían derecho a transmitir sus intereses a los portadores de decisión [los políticos]. Pero de esta trasmisión de intereses al ejercicio de influencia (remunerada) hay solo un paso, tal como han demostrado numerosos escándalos en dicho país[90]. Si bien no ayuda mucho "demonizar"

---

[85] SEMERARO, p. 70 y ss., 74 y ss.

[86] Cfr. Semeraro, p. 82 y s.

[87] Cfr. SEMERARO, p. 82 y s.

[88] SEMERARO, p. 72 y s.

[89] Ver "Diskrete Dienste", en "Der Spiegel" N° 2 (2007), p. 32 y ss.

[90] Ver el informe sobre la influencia de lobistas en Alemania, quienes suelen ejercer tanto poder sobre la legislación alemana que los expertos los denominan incluso el "quinto poder"; cfr. "Diskrete Dienste" en "Der Spiegel", N° 2 (2007), p. 32 y ss.

estas actividades, porque los políticos necesitan realmente recibir informaciones de todas partes a fin de poder adoptar una decisión objetiva, no obstante, parece ser necesario realizar un cierto control (administrativo) seguido de un refuerzo penal.

Entonces, no debería rechazarse sin más el introducir o mantener un tipo penal de "tráfico de influencias", argumentando que no contendría un injusto punible y solamente estaría para proteger "el prestigio de la administración pública", tal como sostiene parte de la doctrina. Si se describiera concreta y correctamente la conducta punible, saldría a la luz que el "tráfico de influencias" tiende a afectar el *limpio, correcto y democrático ejercicio de funciones públicas* poniéndolo por lo menos en peligro. Así se argumenta también últimamente en la doctrina italiana. Si antes se legitimaba el tipo penal de "millantato credito", indicando que protegería el "prestigio de la administración" o el "patrimonio de privados", actualmente se destaca claramente (y con razón) que el bien jurídico protegido debería ser definido a través de la "probidad" (probità), la "imparcialidad" (imparzialità) y la "gratuidad" (gratuità) de la actividad funcionarial[91]. Se puede comprobar la existencia de esta afección incluso cuando el actor, quien ex ante también estaba en condiciones de influir en un funcionario público, desde el principio no quería hacer uso de esta posibilidad y solamente quería la contraprestación del comprador de la influencia[92]. Es verdad que aquí se afecta el bien jurídico del patrimonio (privado), pero, esto no cambia nada las cosas desde la perspectiva de la "gratuidad" de la actividad funcionarial.

De manera correcta, haciendo una separación clara entre bien jurídico y *objetos del bien jurídico* podría llegarse a un mejor entendimiento del "tráfico de influencias"[93]. En este delito, al igual que los tipos de corrupción, se busca proteger un solo bien jurídico de importancia vital en cualquier Estado de derecho: el "buen funcionamiento de la administración pública". Tal como hoy en día es reconocido de manera general, el "prestigio de la administración pública" no puede constituir un bien jurídico de protección penal; con este concepto solamente se debería describir el *resultado* de una administración que está funcionando bien[94]. Por ello, tampoco puede verse la diferencia entre los

---

[91] SEMERARO, p. 1 y s., 24 y ss., 237 y ss.; AMATO, en: Lattanzi/Lupo, p. 418.

[92] GÓMEZ MÉNDEZ considera que este caso, que era abarcado por el art. 141 del CP colombiano de 1980, sería inocuo, porque solamente pondría en peligro el patrimonio del comprador; ibídem, p. 231 y s.

[93] Me refiero con esto a una diferención que es, en realidad, bastante usual en la literatura alemana, pero que, hasta donde puedo ver, todavía no ha sido llevada hasta sus últimas consecuencias dogmáticas. Al respecto, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", Revista Penal (España) N° 18, p. 3 y ss.,15 y ss. [en esta compilación: p. 13 y ss., 33 y ss.]

[94] Esto constituye la opinión dominante casi en todos los países; ver tan solo ABANTO VÁSQUEZ, c. más refs., "Los delitos contra la administración pública", p. 16 y ss.; 420 y s., 524 y s.; OLAIZOLA NOGALES c. jurisp. en Mir/Corcoy/

tipos de corrupción y el tráfico de influencias en que protegerían distintos bienes jurídicos. Luego, no sería correcto afirmar que los primeros protegerían el "buen funcionamiento de la administración pública" y la "imparcialidad en el ejercicio funcionarial", mientras que el último protegería el "prestigio" de la administración[95]. En realidad, ambos tipos apuntan a proteger el *buen funcionamiento de la administración*. Pero este bien jurídico contiene varios *objetos* que pueden ser directamente protegidos por los distintos tipos penales: la "imparcialidad", la "legalidad" de la actividad funcionarial, la "gratuidad" de la actividad funcionarial, etc. Y se trata de una cuestión de técnica, cómo el legislador quiere describir los ataques a estos objetos del bien jurídico: como delitos de lesión o delitos de puesta en peligro, como delitos comunes o delitos especiales, etc. Con la descripción de un tráfico de influencias puro (o sea el acuerdo remunerado con el objetivo de influir en las actividades de un funcionario público), la conducta típica ataca sobre todo dos objetos del bien jurídico: la *imparcialidad* y el carácter público, o sea la *gratuidad* de la actividad funcionarial[96]. Naturalmente se podría también concentrar el análisis en el lado externo del bien jurídico, tal como suele hacer la literatura germana sobre delitos contra la administración pública[97], y ver en el tráfico de influencias una lesión (por cierto, apenas mensurable) de la "confianza de la generalidad". Pero no debería dudarse de que en el tráfico de influencias el centro de atención no es la acción funcionarial misma, pese a lo cual puede realizarse un pacto ilícito merecedor de pena que puede afectar de manera tan fuerte y permanente el funcionamiento de la administración pública como lo hacen los delitos de corrupción. P. ej. sería irreal suponer que miembros del partido gobernante nunca intentarían ejercer influencia (incluso no remunerada) en funcionarios públicos pertenecientes al partido[98]. Y también puede uno imaginarse plenamente que, sean cuales fueren las razones, una influencia realmente existente puede ser vendida (sobre todo a empresas).

Pero dejemos de lado la cuestión sobre la ubicación del delito de tráfico de influencias, sea como un subcaso de los delitos de cohecho, sea como delito

---

Gómez, p. 365 y s.; SEMERARO, c. más refs., p. 24 y ss., 237 y s.; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, p. 1131 y ss. También en Alemania se habla de un "funcionamiento ordenado de la administración estatal"; ver HEINE en Schönke/Schröder, comentarios previos a los §§ 331 y ss., n. marg. 1.

[95] Así, en la doctrina italiana, AMATO, c. más refs., en Lattanzi/Lupo, p. 435.

[96] Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública", p. 525.

[97] Al respecto, c. más refs. HEINE, ibídem (nota 94). En la literatura española, OLAIZOLA NOGALES opina también que las infracciones funcionariales recién deberían tener carácter penal cuando vayan más allá de la mera violación del deber, afectando "las expectativas legítimas de los ciudadanos en su relación con la administración"; ver en Mir/Corcoy/Gómez, p. 365.

[98] El ejemplo proviene de CUGAT MAURI, en Arroyo Zapatero/ Nieto Martín (coords.), p. 71.

autónomo dentro de los delitos contra la administración pública. Lo importante es sostener que la descripción legal del tráfico de influencias punible no debe presentar una relación directa con un acto funcionarial. Cuando se pone a la venta una influencia existente, se puede partir de que también sería real su vinculación con una posible actividad funcionarial. Esta situación ha llevado a la afirmación provocativa de que el actor ejercería un cierto "dominio" sobre el funcionario público o sobre su actividad funcionarial[99].

Por cierto que también sería posible admitir propuestas que sugieren una ampliación de los tipos de cohecho para ubicar allí el tráfico de influencias. Pero si bien en ellas se prescinde, correctamente al principio, de una acción funcionarial e incluso del conocimiento del funcionario público, luego se busca tipificar autónomamente la "tentativa" de un acto de corrupción y no el "tráfico" mismo[100], con lo cual quedarían fuera de la descripción (y serían impunes) precisamente los casos más importantes y actuales que se han señalado.

Entonces, si la "gratuidad del ejercicio funcionarial" como objeto del bien jurídico digno de protección debiera estar en el centro de atención, no podría evitarse configurar el contenido de injusto del tipo penal básico correspondiente sin participación del funcionario público y bajo la forma de un *pacto injusto entre privados*. Adicionalmente, para el injusto punible no deberá importar cómo se hubiera llevado a cabo el tráfico (p. ej. aprovechando determinadas relaciones o situaciones). Las circunstancias que posibilitan una "influencia" no importan para la valoración del contenido de injusto bajo el punto de vista de la "gratuidad de la actividad funcionarial". Ni tampoco deberá importar para el contenido de injusto del tipo básico, qué tipo de actividad funcionarial se quería alcanzar con el influjo. O sea, deberían ser irrelevantes tanto el carácter de la acción funcionarial en la que se quiere influir (con violación de deberes o sin ella)[101] como también la finalidad de conseguir una ventaja para el comprador o para terceros a través de esta actividad funcionarial. Esto último se suele exigir como elemento de la influencia ofrecida, aunque no se exija luego para la consumación del hecho[102].

Además, el tipo penal de tráfico de influencias podría hacer diferenciaciones y prever tanto *casos agravados como atenuados*. Así, podría corresponder una mayor pena al autor cuando este fuese funcionario público *[en relación*

---

[99] CUGAT MAURI, en Arroyo Zapatero/Nieto Martín (coords.), p. 72.

[100] Así la propuesta de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES, p. 3, columna derecha.

[101] Así CUGAT MAURI, en Arroyo Zapatero/ Nieto Martín, p. 76

[102] Ver CUGAT MAURI, en Arroyo Zapatero/ Nieto Martín, p. 77.

con la actividad de otro funcionario público][103], tal como prevé el CP peruano (art. 400, segundo párrafo). La pena debe incrementarse también cuando la influencia ofrecida por este funcionario público tuviere como contenido una actividad funcionarial ilegal[104]. El *ejercicio efectivo* de influencias en funcionarios públicos ha sido previsto ya como cohecho activo. Solo habría un vacío legal, que se puede llenar con un tipo penal correspondiente, cuando el funcionario público [*intermediador*] no solicitare ni recibiere ventaja alguna por determinada actividad funcionarial, la cual tampoco implicare alguna infracción de deberes funcionariales. Este vacío ha sido llenado en Colombia a través del tipo conocido allí como tráfico de influencias (de manera más exacta: influencia de funcionarios públicos en funcionarios públicos) *[art. 411]*, en Perú mediante el tipo penal de "patrocinio ilegal" (art. 385), y en España con el tipo [*allí básico*] de "tráfico de influencia" (art. 428).

La concepción aquí defendida está dirigida en suma a reprimir penalmente, de manera autónoma, el tráfico de influencias *puro*. Tal como ya se ha mostrado arriba, constituyen modelos las legislaciones francesa, argentina y peruana, así como, con restricciones, la italiana. Los tipos penales vigentes, como el peruano y el argentino, pueden ser mejorados aún, para expresar mejor su relación con el bien jurídico y facilitar su aplicación práctica. Así, p. ej. en el caso del tipo peruano de tráfico de influencias (art. 400 CP) debería renunciarse sobre todo al elemento invocación de influencias, y eliminar la alternativa típica de las influencias simuladas por constituir un caso de estafa; además debería mencionarse expresamente la punibilidad del partícipe necesario[105].

3. En especial: la "participación necesaria" en el "tráfico de influencias"

Como ya se ha dicho repetidamente, el tráfico de influencias constituye un tipo penal en el cual el comprador de la influencia tiene la calidad de "partícipe necesario". En especial, la doctrina penal ha investigado profundamente esta problemática y ha reconocido que existe "participación necesaria" en aquellos tipos cuyo injusto tiene que ser realizado a través de la contribución de varias personas[106]. A diferencia de la "coautoría", en la cual varios actores,

---

[103] Es diferente la propuesta de CUGAT MAURI, en Arroyo Zapatero/Nieto Martín, p. 73.

[104] Como en el CP portugués. Para CUGAT MAURI, esta cuestión podría ser resuelta a nivel del concurso; ver en Arroyo Zapatero/ Nieto Martín, p. 76, 77.

[105] Anteriormente he tomado posición al respecto; ver "Los delitos contra la administración pública", p. 522 y ss., 536. Ver también la evaluación crítica del art. 430 del CP español a cargo de MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, p. 1263 y s.

[106] Al respecto remito, c. más refs. a un trabajo anterior; ABANTO VÁSQUEZ, "Participación necesaria", p. 11 y ss. [en esta compilación: p. 411 y ss.]; ver también, con ejemplos, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, p. 1209 y s.; DONNA (al tratar la corrupción pasiva), p. 214. De manera muy ilustrativa, con ejemplos y más refs. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo II, § 26, n. marg. 41 y ss.

bajo un solo objetivo criminal, realizan una única conducta injusta (matar, hurtar, violar, etc.) aun cuando se tratare de varias contribuciones, en el caso de la participación necesaria, ya la descripción del delito presupone que la conducta injusta deba ser realizada por dos o más actores, cuyas contribuciones pueden provenir de la misma dirección (delitos de convergencia) o de direcciones distintas (delitos de encuentro). Dentro de los *delitos de convergencia*, estarían, p. ej., el "hurto en banda" (art. 244, primer párrafo, número 2), "motín carcelario" (art. 121 CP), "tumultos" (art. 125). Ejemplos de *delitos de encuentro* serían la "usura" (art. 291), "favorecimiento de la actividad sexual de menores" (art. 180), "muerte a petición" (art. 216), la "compra de copias pirateadas" (art. 106 de la Ley de Derechos de autor), etc.

Los *delitos de encuentro* son los que presentan los mayores problemas interpretativos. Puesto que en ellos se trata de distintas acciones, cada una de las cuales proviene de diferentes direcciones para contribuir con la realización del injusto, la punibilidad solamente sería posible cuando hubiera estado prevista para todas las partes[107]. Así, p. ej., en el "cohecho", en el cual se necesita la contribución de dos sujetos para un pacto ilícito: el funcionario público que acepta o solicita las ventajas y el particular que las ofrece o entrega. Usualmente la ley describe ambas conductas por separado como cohecho pasivo (para la parte vendedora, o sea, el funcionario público) y cohecho activo (para la parte compradora, o sea, el interesado). Pero a veces el legislador, queriéndolo o no, describe en el tipo penal solamente la conducta de una de las partes, pese a que la conducta no tipificada es indispensable para la realización del tipo, es decir, se trata de una "participación necesaria". Esto ocurre precisamente en el "tráfico de influencias" previsto en muchas legislaciones penales como la española, la italiana, la argentina y la peruana. El "tráfico de influencias" requiere el "encuentro" de dos conductas: la del vendedor (el intermediario) y la del comprador (el interesado). Pero mayormente la ley describe solamente la conducta del vendedor, el cual además debe emprender determinada forma de comisión (invocar influencias en funcionarios públicos). Sin embargo, tal como se ha visto arriba con el ejemplo del CP francés, el legislador puede mencionar expresamente la conducta del partícipe necesario.

Las consecuencias político-criminales que puede tener este descuido del legislador se han evidenciado a través de las recientes experiencias peruanas. Tal como ya se dijo, el art. 400 del CP peruano prevé solamente la punición del vendedor de influencias. A partir del año 2000, poco antes de la escandalosa salida del gobierno corrupto del ex presidente Fujimori, se hicieron públicos poco a poco cintas de video en las cuales se podía observar cómo

---

[107] Al respecto, detalladamente y c. más refs., ABANTO VÁSQUEZ, "Participación necesaria", p. 18 y ss. [en esta compilación: p. 420]

un influyente asesor del ex presidente (Montesinos) negociaba con diversos interesados (políticos, empresarios, juristas, abogados, etc.) a quienes ofrecía ejercer influencia decisiva en magistrados de los distintos niveles. Entre otras cosas, la administración de justicia se planteaba entonces la cuestión de si estos compradores de influencias eran en absoluto punibles, ya que el tenor legal del art. 400 solamente describía *[y describe aún]* la conducta del vendedor de influencias. Los tribunales peruanos, sometidos a la presión de la opinión pública, no han podido formular hasta ahora una solución clara; a veces se admitió la impunidad del partícipe necesario debido precisamente a la deficiencia del texto legal, pero a veces se ha admitido la punibilidad por "instigación", aunque la mayor parte de las veces *[de manera más pragmática]* se ha archivado el proceso debido al cumplimiento del plazo de prescripción de la acción[108].

La doctrina de la *contribución mínima necesaria* ofrece una solución dogmática parcial. Según ella, el partícipe necesario sería punible cuando su contribución hubiera ido más allá del mínimo previsto *[y descrito]* en el tenor legal. En este caso, la contribución del partícipe necesario constituiría una participación en el delito que debería analizarse según las reglas generales, o sea, como complicidad o inducción. Es decir, si p. ej. el comprador de la influencia solamente reaccionara a la oferta del vendedor y pagara, seguiría siendo impune; pero si habría sido precisamente él, quien hubiera buscado al vendedor y le hubiese pedido ejercer influencia en determinado funcionario público, se podría decir que esta conducta ha superado el límite de la contribución mínima[109].

En el caso del tráfico *fraudulento* de influencias puede todavía comprenderse que el partícipe necesario, como víctima y verdadero portador del *[objeto del]* bien jurídico (patrimonio), deba quedar impune, tal como argumenta la doctrina italiana actual al referirse a la "millanteria" ("l'intermediatore intende vendere fumo, mentre l'acquirente suppone di comprare arrosto")[110] y como sostenía la anterior doctrina española en relación con el art. 428 del CP de 1928[111]. Pero cuando se trata del auténtico tráfico de influencias, el comprador de la influencia no puede ser calificado de víctima. Tampoco existe la cualidad de víctima cuando la influencia todavía no existía (pero iba a buscarse seriamente). Esta cuestión solamente se plantearía si las acciones se realizaran en el marco de un medio de corrupción estructural. O sea, cuando

---

[108] Ver al respecto ABANTO VÁSQUEZ, "Informe sobre Perú" en Sieber y otros (coords.), "Strafbare Mitwirkung", I. B. 2.

[109] ABANTO VÁSQUEZ, "Participación necesaria", p. 11 y ss., 25 y ss. [en esta compilación: p. 411 y ss., 428 y ss.]; "Los delitos contra la administración pública", p. 60 y ss. Últimamente también, con refs. sobre la literatura y jurisprudencia peruanas, en Sieber y otros (coords.), "Strafbare Mitwirkung", I. B. 2.

[110] Cfr. SEMERARO, p. 123 y ss.; FORNASARI, en Bondi/di Martino/Fornasari, p. 401.

[111] Al respecto DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES, p. 2, columna central.

cualquier ciudadano reconoce de manera general que no podrá llevar a cabo un acto funcionarial correcto, o ni siquiera una actividad funcionarial, sin que sea imprescindible la intermediación remunerada de determinadas personas (parientes, amigos, partidos políticos, empresas de asesoramiento, abogados, etc.). El problema es conocido desde hace tiempo y también se plantea en la lucha contra la corrupción. Las propuestas de solución, en el marco de la lucha contra la corrupción, han sido expuestas en otro lugar y allí debo remitir[112]. El legislador español, p. ej., había previsto la liberación de pena (o sea una causa de levantamiento de pena) para aquel cohechador activo que, dentro de los 10 días de cometido el delito y antes de la apertura del procedimiento judicial, comunicare los hechos a la autoridad (art. 427 CP español de)[113] *[actualmente: art. 426 CP donde el plazo para la comunicación se ha ampliado a dos meses]*. Esta posibilidad también podría extenderse al tráfico de influencias bajo determinadas circunstancias y de manera mejorada.

En todo caso, hay propuestas de reforma que han previsto la punición del "partícipe necesario" (ver al respecto abajo)[114].

4. ¿Es posible la introducción de un tipo penal de tráfico de influencias?

Desde hace algún tiempo ya no es inimaginable para algunos penalistas *[alemanes]* que se pueda introducir un tipo penal alemán contra el "ejercicio abusivo de influencias" o el "tráfico de influencias"[115]. Tras algunos escándalos[116] que evidenciaron la existencia de las llamadas "empresas de lobismo" [o de cabildeo] que incluso ejercen abiertamente influencia en políticos[117], se hizo notoria la magnitud de la corrupción y de su impunidad. Los tipos penales tradicionales de cohecho fracasan por regla general, en primer lugar, debido a que una gran parte de los políticos influidos no tienen el status de "funcionario público" *[para el Derecho penal alemán]*; en segundo lugar, tampoco resultan aplicables estos tipos, porque no se puede probar la existencia de un "pacto injusto" (la venta o la compra de determinada actividad funcionarial) ni

---

[112] Ver ABANTO VÁSQUEZ, c. más refs., "La lucha contra la corrupción en el mundo globalizado", en: Losano/Muñoz Conde (coords.), "El Derecho ante la globalización y el terrorismo", Valencia, 2004, p. 273 y ss. [en esta compilación: p. 701 y ss.]

[113] Al respecto MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, p. 1247 y ss.

[114] Se recomienda como "eurodelito" un tipo penal de tráfico de influencias que cubra como autores y con la misma pena a ambas partes del tráfico ilícito; s. CUGAT MAURI, S. 72.

[115] Así, la observación final de ÜBERHOFEN, cfr. p. 790, y las reflexiones de TIEDEMANN (ver ibídem, nota 1).

[116] Sobre el estado de la corrupción en Alemania ver, de manera muy crítica, SCHAUPENSTEINER, p. 117 y ss.

[117] Sobre la influencia de lobistas (que a menudo son políticos retirados) ver: Aden/Nelles, "Diskrete Dienste", en "Der Spiegel" N° 2 (2007), p. 32 y ss.

una "ventaja" concreta para el funcionario público. Y tampoco el tipo alemán de "corrupción privada" (art. 299 StGB) ha sido precisamente concebido para los casos expuestos, y no resulta aplicable[118].

Pero el legislador alemán no parece haber visto la necesidad de actuar contra el tráfico de influencias. El Ministerio Federal de Justicia ha presentado un proyecto de ley para una reforma penal donde, sin embargo, no se prevé ningún tipo penal de tráfico de influencias. No obstante, en la exposición de motivos del proyecto, se sostiene que con este se estaría cumpliendo con muchas "reglas jurídicamente vinculantes que hacen necesaria su transposición al Derecho alemán" *[traducción libre]*[119]. Y sin embargo estas regulaciones recomiendan precisamente introducir tal tipo penal, como se comprueba a continuación.

Entre estas "reglas jurídicas vinculantes" figura el "Convenio de Derecho penal sobre la Corrupción" del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999 (ETS N° 173), cuyo art. 12 prevé un tipo penal de tráfico de influencias *(trading in influence)* que dice lo siguiente [*traducción libre de la versión en inglés*]:

> *"Cada parte del tratado deberá adoptar las medidas legislativas y cualquier otra que fuere necesaria para establecer como delitos, dentro de su legislación nacional, las siguientes conductas cuando sean cometidas dolosamente: la promesa, entrega u oferta, directa o indirectamente, de cualquier ventaja indebida a cualquiera que afirmare o confirmare que es capaz de ejercer una influencia abusiva en las decisiones de cualquier persona referida en los artículos 2 [funcionario público nacional], 4 a 6 [miembro de una asamblea pública nacional que ejerza funciones legislativas o administrativas, funcionario público extranjero, miembro de una asamblea pública extranjera que ejerza funciones legislativas o administrativas] y 9 a 11 [funcionario o empleado público internacional, miembro de una asamblea parlamentaria internacional de una organización internacional o supranacional, magistrado o empleado de tribunales internacionales], sea si la ventaja indebida es para sí mismo o para cualquier otro, así como la solicitud, recepción o aceptación de la oferta o la promesa de tal ventaja, como contraprestación a tal influencia, sin importar si tal influencia llegare a ser ejercida efectivamente ni si tal supuesta influencia llevare al resultado pretendido".*

Y también el art.18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 21-11-2003 ha propuesto la punición del "tráfico de influencias":

---

[118] Ver TIEDEMANN, ibídem (nota 1).

[119] Ver el texto del proyecto de ley de 30-05-07 en la página web del Ministerio de Justicia del gobierno federal alemán: www.justizministerium.de.

"Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona;

b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido".

Frente a esta clara situación en el Derecho internacional público sorprende que en Alemania, hasta ahora y hasta donde se puede ver, no se haya emprendido ningún esfuerzo legislativo dirigido a la criminalización del tráfico de influencias. En Suiza, la doctrina ya ha propuesto seguir la recomendación de dicho Convenio del Consejo de Europa sobre la corrupción, introduciendo un tipo penal de "tráfico de influencias"[120]. Y también a nivel europeo, hay iniciativas para una regulación común europea del tráfico de influencias en el marco de la lucha contra la corrupción. Así, conocidos penalistas alemanes, italianos y españoles, bajo la dirección del ilustre homenajeado, tras realizar una serie de seminarios, han difundido y puesto a discusión sus propuestas[121]. Entre los diversos "eurodelitos", se ha propuesto un tipo penal de "tráfico de influencias"[122] que coincide ampliamente con la dirección aquí tratada y recomendada: se trata de un delito común, se centra en el "tráfico" de la influencia y se pena como autor también al partícipe necesario[123]. Pero, en el sentido de lo arriba expuesto (en el punto 2) resultan innecesarios los ele-

---

[120] QUELOZ, p, 436, 443.

[121] Ver al respecto la "Introducción" de TIEDEMANN en Arroyo Zapatero/Nieto Adán (coords.), p. 29 y ss.

[122] Ver CUGAT, en Arroyo Zapatero/Nieto Adán (coords.), p. 61 y ss.

[123] La propuesta presentada por CUGAT MAURI dice lo siguiente: "El que ofreciéndose a ejercer una influencia sobre un funcionario público con prevalimiento de cualquier situación derivada del ejercicio de sus facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal con éste u otro funcionario, solicite, reciba o acepte, directa o indirectamente, un beneficio con el fin de que éste actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones, en provecho del instigador del acto o de cualquier otra persona física o jurídica... La misma pena se impondrá a quien prometa, ofrezca o entregue el beneficio con los mismos fines". Ver en Arroyo Zapatero/Nieto Martín (coords.), p. 72.

mentos de "prevalimiento" y del aprovechamiento de la acción funcionarial. El aprovechamiento de determinada circunstancia (amistad, cercanía política, etc.) existirá en la mayoría de los casos, pero no tendría que constituir un elemento que deba probarse. Y la punibilidad del tráfico de infuencias tampoco debería hacerse depender de que la acción funcionarial deba favorecer al autor o a otras personas. La "venta" de acciones funcionariales constituye por sí misma un injusto punible.

Con esta corta revista a un ámbito del Derecho penal que ofrece grandes perspectivas de futuro, el Derecho penal supranacional europeo, en cuyo surgimiento y desarrollo también ha influido decididamente el homenajeado, termina mi contribución, manifestándole mi más profundo respeto y agradecimiento.

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: "Participación necesaria, intervención necesaria o delitos plurisubjetivos: una aproximación a la discusión", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha (Spanien)*, n° 34 (2002), p. 11 y ss. [en esta compilación: p. 411-438]; "Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano", 2da. ed., Lima (Perú) 2003; "Vacíos en la legislación penal peruana sobre corrupción de funcionarios", *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 7 (2007), Lima (Perú), p. 179 y ss. [en esta compilación: p. 747-793]; *Informe sobre Perú* en: Sieber y otros (eds.) "Strafbare Mitwirkung von Führungspersonen in Straftätergruppen und Netzwerken –eine rechtsvergleichende Analyse", Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht [su publicación estaba inicialmente prevista para el 2010 en Colombia].

ANTOLISEI, Francesco: "Manuale die Diritto Penale". Parte speziale II, Milán, 2003.

BONDI, Alessandro/DI MARTINO, Alberto/FORNASARI, Gabriele: "Reati contro la publica amministrazione", Turín, 2004.

CUGAT MAURI, Miriam: "Tráfico de influencias (art. 8)", en: Arroyo Zapatero, Luis/Nieto Martín, Adán (coords.), "Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude", Cuenca, 2006, p. 61 y ss.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: "El delito de tráfico de influencias", en: Asúa Batarrita (coord.), "Delitos contra la administración pública", Bilbao (Spanien), 1997, p. 171 y ss.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/OLAIZOLA NOGALES, Inés: "La evolución legislativa del delito de tráfico de influencias", en: *Actualidad Jurídica*, Aranzadi, N° 223 de 30-11-1995, p. 1 y ss.

DONNA, Edgardo Alberto: "Delitos contra la administración pública", Buenos Aires (Argentina), 2002.

ESER, Albin/ÜBERHOFEN, Michael/ HUBER, Barbara: "Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht", Freiburg i. Br., 1997.

GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso: "Delitos contra la administración pública", Bogotá, 2000.

HERNÁNDEZ CASTELLANOS, Virgilio A.: "Delitos contra la administración pública", en: López Díaz (ed.), "Comentarios a los Códigos penal y de procedimiento penal", Bogotá, 2002, p. 374 y ss.

LATTANZI, Giorgio/LUPO, Ernesto: "Codice Penale, Il delitti contro la publica amministrazione", 6to. tomo, Milán, 2000.

MAYAUD, Yves/ALLAIN, Emmanuelle: "Code Pénal", 103ra. ed., 2006.

MOLINA ARRUBLA, Carlos M.: "Delitos contra la administración pública", 4ta. ed., Bogotá, 2003.

MORALES PRATS, Fermín/RODRÍGUEZ PUERTA, María José, en: Quintero Olivares, Gonzalo/ Morales Prats, Fermín (coords.): "Comentarios al Código penal español", 6ta. ed., Pamplona (España), 2011, tomo II, p. 1131 y ss. (delitos contra la administración pública), 1205 y ss.(cohecho), 1252 y ss. (tráfico de influencias).

MUÑOZ CONDE, Francisco: "Derecho Penal. Parte especial", 16ta. ed., Valencia, 2007.

OLAIZOLA NOGALES, Inés: "El delito de cohecho", Valencia, 1999; "Los delitos contra la administración pública", en: Mir Puig, Santiago/ Corcoy Bidasolo, Mirentxu/ Gómez Martín, Víctor, "Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995", Montevideo-Buenos Aires, 2006, p. 361 y ss.

ORTIZ DE URBINA, Íñigo: "Delitos contra la administración pública", en: Silva Sánchez/ Ragués i Valles (coords.), "Lecciones de Derecho penal. Parte especial", Barcelona, 2006.

ORTS BERENGUER, Enrique: "Delitos contra la administación pública", en: Vives/ Orts/Carbonell/ González/Martínez-Buján, "Derecho Penal. Parte especial", Valencia, 2004.

PRADEL, Jean/DANTI-JUAN, Michel: "Droit pénal spécial", París, 1995.

QUELOZ, Nicolas: Prävention und Sanktion der Korruption als Beitrag zum Schutz der Menschenrechte", Libro-Homenaje a Stefan Trechsel, Zúrich, 2002, p. 431 y ss.

ROXIN, Claus: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo II, Múnich, 2003.

SCHAUPENSTEINER, Wolfgang: "Korruption in Deutschland", en: Schilling/Dolata (eds.), "Korruption im Wirtschaftssystem Deutschland", 3ra. ed., Murnau a. Staffelsee, 2004, p. 117 y ss.

SEMERARO, Pietro: "I delitti di millantato credito e traffico di influenza", Milán, 2000.

TIEDEMANN, Klaus: "Schmiergeldzahlungen in der Wirtschaft. Alte und neue Reformprobleme", *Libro-Homenaje a Ernst-Joachim Lampe*, Berlín, 2003, p. 759 y ss.; "Wirtschaftsstrafrecht. B. T.", Colonia, 2006; "Eurodelitos de corrupción y fraude. Introducción", en: Arroyo Zapatero/Nieto Martín (coords.), "Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo", Cuenca, 2006, p. 29 y ss.

ÜBERHOFEN, Michael: "La corrupción en el Derecho comparado", Buenos Aires-Bonn, 1999.

VERON, Michel: "Droit pénal spécial", 11. Aufl., Paris, 2006.

El transfuguismo político: ¿un delito de cohecho?

Análisis desde la perspectiva del concepto penal de "funcionario público"(*)

El Código Penal peruano, que este año cumple diez años de vigencia, significó un interesante intento del legislador nacional por modernizar el Derecho penal nacional, introduciendo nuevas regulaciones en la parte general y nuevos tipos penales en la parte especial. Sin embargo, aparte de los desatinos posteriores de una política criminal autoritaria, simbólica e ineficaz, ya dicho texto inicial presentaba una serie de insuficiencias y vacíos. Esto se podía notar desde el principio, sobre todo, en la parte especial y particularmente en la tipificación de los delitos contra la administración pública, los cuales por lo demás han permanecido casi inalterados hasta ahora. A continuación, se analiza precisamente un problema práctico de corrupción de funcionarios que ha demostrado la insuficiencia del Código Penal peruano para luchar contra la corrupción, especialmente cuando ésta se realiza en el marco de actividades políticas.

I. El caso planteado

A mediados de setiembre del presente año 2000, el país, que ya estaba convulsionado políticamente debido a las acusaciones de fraude en las elecciones generales de abril, se vio sacudido por un escándalo más: un parlamentario de oposición presentó una cinta de video en la cual se apreciaba un acto de corrupción política. En esta cinta se podía apreciar y oír una conversación entre el controvertido asesor presidencial Montesinos y un congresista de oposición: el asesor hablaba de la necesidad de obtener mayoría en el Parlamento y el parlamentario elegido recibía (previo regateo) una fuerte suma de dinero en dólares.

(*) El artículo fue publicado en la revista "Cathedra" de la UNMSM N° 8 (2001), pp. 79-94.

La cinta fue grabada el 5 de mayo de 2000. Posteriormente, y luego de la juramentación oficial al instalarse el nuevo Parlamento el 28 de julio –como ya es sabido– tal parlamentario (y muchos otros sobre los cuales pesan acusaciones similares) se pasó a las filas del partido de gobierno y votó conjuntamente con los demás miembros de su nuevo partido en las decisiones que este quería imponer o impedir.

Este escándalo, unido a los anteriores, llevó al Presidente de la República a anunciar nuevas elecciones generales y la desactivación del Servicio de Inteligencia Nacional (dominado aparentemente por el asesor Montesinos). Poco tiempo después, el cuestionado asesor buscó asilo político en Panamá, mientras el presidente "aceptaba su renuncia" y le "daba las gracias por los servicios prestados". Finalmente, luego de una serie de otros actos espectaculares, el presidente salió del país y "renunció" a la presidencia desde el Japón. Los hechos posteriores, investigados durante el gobierno de transición, demostraron que la red de corrupción tejida por Montesinos, con el apoyo o la tolerancia del ex presidente, había penetrado en casi todas las esferas del poder político y económico: se encontraron cintas de video similares a la primera, de políticos, magistrados, empresarios, militares, etc.

Pero no cabe duda de que el primer video fue decisivo para provocar el derrumbe del gobierno corrupto. La conducta arriba descrita provocó, además de la indignación popular, también la preocupación de los penalistas nacionales. Independientemente de la existencia de nuevas cintas o pruebas sobre la misma conducta, y de problemas procesales, resultaba entonces de crucial importancia determinar si los hechos documentados en la cinta de video podían sustentar una subsunción de las conductas en algún tipo penal, especialmente en cuanto a un delito de "cohecho".

Dos tesis fueron especialmente defendidas y fundamentadas por conocidos abogados del medio, y difundidas por los medios de comunicación:

a) El parlamentario no habría sido "funcionario público" en el momento en que recibió el soborno según la cinta de video (mayo), pues para serlo todavía le faltaba juramentar (28 de julio). Por lo tanto, habría impunidad en cuanto a uno como otro actor por delitos de "cohecho activo" y "cohecho pasivo"[1].

b) Aunque el parlamentario no era todavía "funcionario público", el "acuerdo previo" para un hecho posterior en un momento en el cual el sujeto

---

[1] Especialmente, José URQUIZO OLAECHEA, entrevista televisiva en el programa Panorama del canal 5, del día 24-09-2000. También, José CASTILLO ALVA, fundamentando ampliamente esta posición, "El caso Kouri-Montesinos (una vergüenza nacional: 'entre el cohecho y la impunidad')".

activo recién iba a tener tal cualidad exigida en el tipo penal, fundamentaría la punibilidad[2].

A continuación analizaremos este caso, para lo cual hay que precisar que el análisis no contempla los problemas procesales que pudieran surgir y se centra únicamente en los hechos contenidos en la cinta de video, o sea, sin considerar si existen o no pruebas adicionales sobre momentos posteriores a la cinta mencionada.

II. El delito de "cohecho"

Con esta conducta se afecta un bien jurídico que, según la doctrina actual y mayoritaria, consiste en el "correcto funcionamiento de la administración pública"; es decir, el funcionamiento de la administración pública al servicio de todos los administrados en el marco de un Estado social y democrático de Derecho[3]. Aparte de esto, la doctrina suele admitir la afección inmediata de otros bienes (según la terminología que empleo yo: "objetos del bien jurídico") como la "imparcialidad del ejercicio de la función pública", la "legalidad en el ejercicio de la función", el "concepto público" de la función, etc[4].

Tradicionalmente el delito de "cohecho" es un delito en el cual existe "bilateralidad" y "contractualidad" referidas a la función pública del funcionario corrupto. Siempre hay dos partes: una que vende y otra que compra la función pública y, al igual que en el contrato, también hay una consensualidad para ello. En eso se diferencia precisamente de la "concusión" y las "exacciones ilegales", en donde existe "unilateralidad" y un cierto elemento de "violencia" y "engaño".

---

[2] JOSÉ UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, artículo publicado en "El Comercio" de 22-09-2000.

[3] Este concepto de "bien jurídico" para este grupo de delitos tiene una importancia trascendental, pues implica un cambio valorativo no solamente en lo penal, sino también en lo político y jurídico en general. En efecto, en sociedades autoritarias se consideraba a la administración pública y al Estado por sí mismos como objetos dignos de protección. Una concepción humanista y liberal no puede aceptar tal posición, pues parte de la idea de que el Estado (y la administración pública) no existen por sí mismos, sino solamente en función de los administrados a quienes quiere y debe servir. La consecuencia inmediata para la protección de los tipos penales y también para efectos de lege ferenda será que los tipos penales no deberán ser interpretados en cuanto a que protejan algún "prestigio" u "honor" de la administración pública o una "honestidad" o "decoro" del funcionario público; y también serán ya atípicas [y no solamente justificadas] las conductas de los particulares que buscan rechazar una conducta abusiva del funcionario. Ver de manera general sobre la concepción liberal, BETTIOL, "Aspectos políticos del Derecho penal comparado", en Criminalia, vol. 1 (1965), México, p. 38 y ss.; de manera específica sobre el bien jurídico en los delitos contra la administración pública, entre otros, ORTS, p. 443; MUÑOZ CONDE, "Derecho penal P. E.", p. 829; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, p. 1770 y ss.

[4] Al respecto, ampliamente, exponiendo todas las posturas al respecto, OLAIZOLA NOGALES, "El delito de cohecho", p. 89 y ss. Ver también, ETXEBARRIA, p. 182; MORALES PRATS/ RODRÍGUEZ PUERTA, p. 1833 y ss.; ROJAS, Lima, 1999, p. 335 y ss.

Por otro lado, las dos conductas involucradas en el "cohecho", la del funcionario-vendedor y la de particular-comprador (u otro funcionario distinto del que tiene la función vendida), suelen ser tratadas por separado en sendos tipos penales: la conducta del funcionario, como parte que recibe el soborno, es conocida como "cohecho pasivo"; la de la persona compradora, como "cohecho activo". Además, tal "compraventa" puede tener por objeto la "violación de los deberes" del funcionario corrupto, lo cual es conocido como "cohecho propio"; pero también puede buscar que el funcionario haga algo que de todos modos estaba obligado por su función específica, en cuyo caso habrá "cohecho impropio". Finalmente, el pago del soborno puede hacerse después de que el funcionario ha ejecutado su conducta ("cohecho subsiguiente") o antes de que lo haga, precisamente como pago anticipado de esto ("cohecho antecedente").

Luego de estas aclaraciones conceptuales, podemos afirmar que el legislador peruano ha previsto en la Sección IV ("Corrupción de funcionarios") del Capítulo II ("Delitos cometidos por funcionarios públicos") del Título XVIII ("Delitos contra la administración pública") las siguientes modalidades básicas de cohecho:

1. Cohecho pasivo propio antecedente y subsiguiente (artículo 393).
2. Cohecho pasivo impropio antecedente (artículo 394).
3. Cohecho activo propio antecedente (artículo 399, primer párrafo) [actualmente: art. 397, primer párrafo].
4. Cohecho activo impropio antecedente (artículo 399, segundo párrafo) [actualmente: art. 397, segundo párrafo].

[5. Cohecho activo transnacional (art. 397-A), introducido por la Ley 29703 de 27-05-2011].

Además, existen modalidades específicas de cohecho activo y pasivo, referidas a determinadas funciones del funcionario (arts. 395, 396, 398 a 398 B) [actualmente el art. 398 B ha sido derogado] y el tipo de tráfico de "influencias" (artículo 400) [así como el de "enriquecimiento ilícito" del art. 401, aunque el tipo penal no precisa las funciones específicas violadas].

Por cierto que nuestro Código Penal se sale un poco de este modelo tradicional y lógico, al incluir una figura de unilateralidad dentro del tipo penal de cohecho pasivo propio e impropio: la modalidad de "solicitar". Pero, además, dentro del capítulo de "corrupción de funcionarios", se incluye una figura independiente de "negociación incompatible" en el artículo 397 [actualmente: art. 399], sin necesidad del elemento "beneficio" para el funcionario público, pero sí de una violación de las funciones específicas, debería, en todo

caso, estar ubicado dentro del grupo de "abuso de autoridad" o, mejor aún, dentro de un capítulo o una sección específica relacionada con conductas fraudulentas en perjuicio de la administración pública.

Para los efectos del presente análisis, interesa destacar que tanto en el tipo básico de "cohecho pasivo" como en el de "cohecho activo", aparte de los demás elementos típicos comunes (medio corruptor: donativo, promesa o cualquier otra ventaja; temporalidad: futura; elemento subjetivo: dolo) y distintos (conductas típicas: "solicitar o aceptar" en el cohecho pasivo; "tratar de corromper, en el cohecho activo; temporalidad pasada en el cohecho pasivo propio, pero no en el cohecho impropio ni en el cohecho activo), destaca un elemento indispensable para la tipicidad de las conductas: en el "cohecho pasivo", el sujeto activo debe ser un "funcionario público"; y en el "cohecho activo", el sujeto hacia el cual se dirige la acción de corrupción también es necesariamente un "funcionario público". Este elemento común es precisamente el que ha sido el centro de la discusión en el caso inicial planteado. También será necesario analizar el carácter de la "función pública" del tránsfuga político para determinar si, en el caso examinado de compromiso político de cambiar de partido, existe tal elemento exigido por los tipos penales de cohecho como objeto de la acción.

III. El elemento "funcionario público" y la "función pública"

El concepto de "funcionario público" ha sido un tema fuertemente discutido en la doctrina penal. La relevancia de este concepto estriba en que prácticamente todas las legislaciones que prevén tipos penales referidos a "delitos contra la administración pública" diferencian entre delitos cometidos por "particulares" (en el sentido de administrados o personas distintas del funcionario cuya función específica está en juego) y delitos cometidos por "funcionarios públicos". En el primer caso, se trata de "delitos comunes"; y en el segundo, de "delitos especiales". En estos últimos, el tipo penal exige una cualidad en el sujeto activo para que pueda ser considerado como "autor" del delito. Es evidente que esto trae consigo problemas de "autoría y participación" cuya profundización, para efectos del presente análisis, no es necesaria.

Pero sí es indispensable y decisivo aclarar la cuestión de lo que, en y para el Derecho penal, se entiende como "funcionario público", a qué funcionario público se refieren los tipos penales de cohecho y si este elemento se ha cumplido en el caso inicial planteado.

En primer lugar, hay que observar que no debe confundirse el *concepto penal* de funcionario público con el concepto administrativo o laboral. Es am-

pliamente conocida en la doctrina la tendencia a la "equivocidad" de los conceptos jurídicos según el área del Derecho de la que se trate, pues cada una de ellas manejará un concepto de funcionario público en función de los objetivos que busque[5].

Dado que existen diferentes conceptos de "funcionario público" en las otras áreas del Derecho e incluso en el ámbito coloquial, la técnica de prever una "definición legal" (como la peruana) o una "regla interpretativa" (como la española) tiene la ventaja de eliminar la arbitrariedad interpretativa y asegurarse una interpretación de conformidad con los propios objetivos del Derecho penal[6]. La intención del legislador con estas disposiciones legales específicas sobre el concepto "funcionario público" radica en que se quiere indicar al intérprete que no debe entender solamente al funcionario publico administrativo como sujeto activo o pasivo del delito, sino a aquellos otros que ejercen funciones públicas; se trata de "poner en relación lógica la expresión utilizada 'funcionario público' con el pensamiento del legislador (...) la norma pretende hacer valer el sentido racional en contra del sentido literal incorrecto"[7].

A la ley penal le interesa que el sujeto activo tenga un *deber especial* derivado del ejercicio de una función pública cualquiera. Solamente así se explica también el mayor "injusto penal" de la conducta de estos sujetos: su especial cercanía con el bien jurídico hace que su conducta sea reprochable en mayor medida que si la conducta fuera ejercida por un ciudadano cualquiera. Así, p. ej. el hecho de que sea el propio funcionario encargado de "administrar, custodiar o percibir" los bienes quien se apropie de los bienes, hace que esta conducta sea penada como "peculado" y no como "apropiación ilícita" o "hurto".

Por eso, para la doctrina y jurisprudencia comparadas, ha quedado perfectamente claro que el concepto penal de funcionario público es independiente del que se maneja en otras áreas jurídicas, especialmente de aquel del Derecho administrativo: en algunos aspectos es más amplio, en otros menos; todo esto no impide que para la interpretación de algunos elementos poco claros pueda recurrirse a estas otras áreas del Derecho[8].

En cuanto a los *elementos* que deben integrar la condición de "funcionario público" para efectos penales, hay dos posiciones. La mayoritaria exige dos elementos: la *existencia de un título* (elemento subjetivo) y la efectiva

---

[5] Cfr. VALEIJE, p. 442; ver también OLAIZOLA, p. 168.

[6] Cfr. VALEIJE, p. 442.

[7] Cfr. VALEIJE, p. 444 y 445 correspondientemente.

[8] Al respecto, ver la fundamentación de VALEIJE, refiriéndose a la doctrina y jurisprudencia españolas, p. 446 y ss., 448; OLAIZOLA, p. 168.

participación en la *función pública* (elemento objetivo)[9]. Para otra doctrina, también amplia, bastaría con el último elemento, pues no interesaría la "relación subjetiva" entre el sujeto y la administración. Pero, a esta última postura se oponen las críticas resumidas por Inmaculada VALEIJE, las cuales también son aplicables para el caso peruano[10]:

1. Simple traslado o "reenvío" del problema hacia el concepto "función pública", con lo cual no se soluciona nada.
2. Redundancia y falta de explicación sistemática en relación con otros elementos típicos considerados por el legislador en los tipos penales. En efecto, hay tipos de cohecho pasivo definidos a partir de un funcionario con funciones específicas (árbitros, peritos, miembros de tribunal administrativo, etc.). Esto sería redundante e innecesario si solamente bastara la "función pública" para definir el concepto de "funcionario público".

Es por eso que se necesitan ambos elementos para que exista un "funcionario público" con relevancia jurídico-penal. [Pero ambos elementos son indesligables.] A tal punto que los dos elementos pueden refundirse en uno solo: una relación jurídica entre el sujeto y la organización estatal que implique que el sujeto está incorporado a la organización burocrática del Estado[11].

En cuanto a la existencia del título, se suele decir que el "funcionario público", en general, es aquel que accede a una "función pública" *por mandato de la ley, por elección o por nombramiento*. Esto lo ha recogido también la fórmula del artículo 425, pero mediante una lista casuística abierta al final. Esta cláusula abierta (numeral 6) permite ampliar los casos a aquellos otros que la Constitución y la ley prevea.

Para interpretar aquí el término "mandato de la ley" debe tenerse en cuenta la peculiaridad del caso peruano: está claro que solamente puede tratarse de una "ley formal" que prevea casos específicos, pues cualquier otro caso de acceso a la función pública ya está previsto en los supuestos anteriores[12]. El caso del *nombramiento* es menos problemático. Debe ser efectuado por una autoridad (con mando y jurisdicción) con atribución legítima para crear la re-

---

[9] Ver VALEIJE, c. múlt. refs., p. 446; OLAIZOLA, p. 125 y ss.

[10] Comp. VALEIJE, p 449 y ss.

[11] Cfr. VALEIJE, p. 493.

[12] El caso español es distinto, pues allá no hay una enumeración legal tan explícita de los casos de "funcionarios públicos". Por eso, se discute si el término "ley" se refiere a una "ley formal" o a cualquier "norma legal". VALEIJE llega a una solución práctica entendiendo que aquí el legislador describe simplemente el "acto de nombramiento de funcionarios de carrera" (forma jurídica formal), es decir, la resolución u orden ministerial de un nombramiento legal; ver p. 455 y ss.

lación jurídica válida entre el nuevo funcionario y la administración (competencia). Por lo visto, esta referencia es superfua cuando ya están previstos de manera expresa los casos de acceso a la función pública o se hace referencia a la "ley" (como efectivamente sucede en el caso peruano). En la doctrina comparada, su origen se dio cuando se quiso legitimar el nombramiento de "personal de confianza política"; se entiende que aquí el legislador se refiere al personal interino, eventual, laboral y contratado que desempeñe actos funcionariales[13].

Y en el caso de la *elección*, se considera en la doctrina que esta consiste en un nombramiento por votos para desempeñar un cargo o comisión vinculados a una representación política. Aquí, uno de los problemas más controvertidos ha sido precisamente el de la condición de funcionario de los representantes en el Poder Legislativo, pero en la actualidad ha quedado claro que estos son considerados "funcionarios públicos" para efectos penales[14]. El problema que todavía se discute está en ver si la "elección" puede referirse también a las realizadas en grupos sociales o sectores sociales determinados: juntas de colegios profesionales, miembros del jurado, representantes de usuarios de algún servicio, representantes universitarios, etc.[15].

Pero también constituye un problema práctico, de fundamental importancia para el caso analizado en este artículo, aunque no se discuta sobre esto, el "momento" en que surge la condición de funcionario público de los representantes populares elegidos para los gobiernos central, local o regional. La peculiaridad de los funcionarios "por elección" radica en que existen varios "momentos" previos, claramente distinguibles, hasta llegar a la asunción definitiva del mandato: el momento de los resultados extraoficiales, de la publicación oficial de los resultados, de la recepción de credenciales y de la juramentación en el acto oficial.

Ahora bien, si está administrativamente claro que el ejercicio del funcionario electo recién comienza luego de la asunción oficial tras la juramentación, no está claro, para efectos penales, desde cuándo deba considerarse que se puede atentar contra el bien jurídico en el sentido indicado por los tipos penales que se refieren a él y al funcionamiento de la administración pública. Mejor dicho: a partir de cuándo el Derecho penal, salvo disposición expresa que regule este caso, considera que el sujeto reúne la condición de "funcionario público". La cuestión se aclara más si se considera que el criterio para

---

[13] Cfr. VALEIJE, c. más refs, p. 457 y ss.

[14] VALEIJE, c. amplias refs., p. 459 y ss.

[15] VALEIJE, op. cit., p. 460.

determinar esta condición, para este tipo de funcionarios, tiene que ser el de la "elección"[16]. Obviamente, no puede tomarse en cuenta el resultado extraoficial, pues allí todavía no ha quedado manifestada de manera indubitable y definitiva la decisión popular. Pero ya a partir de la proclamación oficial hecha por el órgano competente existe una "elección" de un funcionario público (en sentido penal) claramente establecida. Y ello es independiente de si el funcionario posteriormente retira la credencial o juramenta.

Con esto se ha determinado el "núcleo" del concepto "funcionario público", pero el mayor problema está en precisar el campo de aplicación. Es particularmente polémico que algunos particulares con "títulos de participación" (es decir, aquellos a quienes, aunque sea temporalmente y para un caso concreto, se les permite ejercer una función pública cualquiera) también deban ser considerados "funcionarios públicos para efectos penales": peritos, recaudador de impuestos, testigo, depositario de bienes litigiosos, concesionario de servicios públicos, etc. Cuando no existe una aclaración legal específica, delimitar a particulares de funcionarios públicos es especialmente difícil debido a los desarrollos actuales de la actividad estatal que suele mezclar lo público con lo privado[17].

Por eso se discute ampliamente sobre el segundo elemento, es decir, lo que debe considerarse ejercicio de la función pública. Al respecto hay varias posiciones que oscilan entre la que atiende solamente a la finalidad del bien común (tesis teleológica), la que se contenta con el régimen de Derecho público de las actividades (criterio formal), la que combina ambos criterios (tesis mixta) y la que exige, además de la finalidad pública y el enmarque de los actos dentro del Derecho público, que los actos los realice un ente público (tesis de Vives Antón)[18]. La definición debe superar una tesis tan insegura que atentaría con la certeza y seguridad jurídica al permitir que el concepto "función pública" varíe según cambien las orientaciones del Estado concreto (tesis teleológica)[19] y una demasiado estrecha que no tendría en cuenta las tendencias actuales de "privatización de la actividad pública" y llevaría a la impunidad en muchos casos en que funcionarios sujetos al régimen privado o particulares, bajo concesión especial, ejecuten tareas de interés general (tesis

---

[16] También así, OLAIZOLA, dando relevancia penal (como "título de incorporación") a la "elección" antes que al "nombramiento" posterior del funcionario ya elegido; el "nombramiento" solamente tiene relevancia penal primaria cuando no le antecede una "elección"; p. 154.

[17] C. más refs., VALEIJE, p. 462 y ss.

[18] Ver la exposición de VALEIJE, p. 464 y ss.; también ampliamente, OLAIZOLA, p. 125 y ss.

[19] OLAIZOLA defiende la tesis "teleológica" de casas Barquero y Muñoz Conde, pero en su versión mejorada de la combinación con el criterio formal; p. 133 y ss.

formal). Por eso se busca una definición amplia de "función pública", la cual se daría en los siguientes casos ("teoría del órgano")[20]:

a) Las actividades tradicionales de la administración, de sus poderes y entidades estatales, regionales o locales.

b) Los servicios prestados por particulares, aunque no estén subordinados a la organización estatal, pero que significan ejercicio de funciones públicas, porque tienen una especial eficacia reconocida por el Derecho o reemplazan actividades propias de la administración. Ej.: imposición de sanciones, resolución de conflictos, dar fe de la presunción de verdad, etc.

c) Actividades de entidades de Derecho público que se encuentran bajo el régimen privado, pero cuyo fundamento es el de controlar un sector productivo de carácter estratégico o prestar un servicio determinado y el haber sido creados por un organismo estatal y al cual están sujetas bajo un régimen especial. Ejemplos: empresa de ferrocarriles o transporte público, empresa de suministro de agua. Pero no debería tratarse de todas las personas que laboran en estas empresas, sino solamente de las que ejercen funciones. Esto es especialmente claro en el caso de los directores o miembros de los consejos de administración de estas empresas, pues la ley (o incluso la Constitución) impone deberes vinculados, en interés general con el servicio que brindan, y que no deben depender de la personificación jurídica de la empresa que los brinda[21].

En concordancia con esta última categoría, se podría hablar de "personas que ejercen funciones públicas", es decir, de "aquel particular que, sin estar integrado en la organización burocrática del Estado, desempeña alguna actividad privada que goza de una especial eficacia reconocida por el Derecho o que se ejercita haciendo uso de potestades que, en principio, sólo corresponden a los poderes públicos"[22]. Para ello, a veces en la parte especial se prevén "cláusulas de extensión de la autoría" (p. ej. el artículo 386 para peritos, árbitros, contadores, tutores, curadores y albaceas en caso de "fraude funcional" y "patrocinio ilegal") o tipos específicos con un círculo de autores o sujeto pasivo distinto de un "funcionario público" en sentido estricto (los peritos y

---

[20] Ver fundamentación y exposición de VALEIJE, p. 466 y ss., 471 y ss. La autora concluye definiendo la "función pública" como "expresión verbal utilizada para describir el conjunto de intereses de cuya tutela o prestación se hace cargo el Estado, ya sea directa o indirectamente a través de actos de delegación", p. 498.

[21] Cfr. VALEIJE, p. 479, 492 ("conductas referidas a la técnica de organización para el ejercicio de funciones públicas que le correspondían a la administración").

[22] VALEIJE, p. 498.

miembros de órganos colegiados similares a los tribunales administrativos en los tipos de cohecho del arts. 395, 396, 398, 398 A). Se trataría de una *asimilación típica* y, a veces, de una *equiparación punitiva*, pero no de una "identidad conceptual" con el concepto de funcionario público, pues las actividades de estas personas están a mitad de camino entre un ejercicio de función pública y una mera participación o colaboración en actividades funcionariales de otros[23]. Por esa vía podrían entrar sujetos como los concesionarios de servicios públicos, los que dan fe pública o ejercen autoridad a cambio de la administración pública (notarios, profesores de academias e institutos privados en cuanto a sus calificaciones, médicos en cuanto a los certificados que expidan, comandantes de naves y aeronaves, vigilantes privados, etc.) y los profesionales llamados a colaborar con la administración pública en cuanto a dicha actividad concreta (dictámenes, pericias, informes, ejecución de ventas, embargos, tasaciones, etc.).

Pero, para el caso peruano[24] resulta interesante que el supuesto del numeral 3 del artículo 425 permite ya una asimilación extensiva del concepto de "funcionario público" a todo aquel que trabajare para la administración pública y ejerciere funciones en ella, independientemente del régimen laboral en el que se encontrare. Es decir, el propio concepto de "funcionario público" que maneja nuestro Código incluye a buena parte de estos sujetos que ejercen funciones públicas. Además, la cláusula final del artículo 425 (numeral 6) podría permitir esta "asimilación" extensiva, pero solamente para casos que provengan de una norma con rango de ley (incluso el mismo Código Penal) o de la Constitución misma. Por cierto que la ley no tiene que hacer expresamente tal equiparación, pero sí debe sentar las bases para que una norma reglamentaria de esta lo haga. La inclusión de estos "supuestos intermedios" es por lo demás necesaria por razones de interés público cuando su intervención en actividades de la administración pública pueda resultar lesiva[25].

---

[23] Así también, VALEIJE, p. 494 y ss.

[24] Si bien en distintos tipos penales se refiere a veces al "funcionario público", o al "funcionario o servidor público", más adelante, en la definición legal que hace sobre estos conceptos (artículo 425 CP), los considera sinónimos y especifica a continuación quiénes "son considerados" funcionarios públicos para efectos penales:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía nacional.
6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

[25] VALEIJE, p. 495.

La regulación peruana solamente permite interpretar que los casos concretos de "colaboración" con la administración tienen que estar expresamente mencionados en los tipos penales específicos (como en el caso del "fraude funcional", "patrocinio ilegal" y el "cohecho"); las normas generales del artículo 425, numerales 3 y 6 se refieren más bien a auténticos "funcionarios públicos" en el sentido penal de la palabra, es decir, a sujetos incorporados dentro de la organización estatal[26].

Esto nos indica que, aparte de los importantes conocimientos obtenidos de la discusión teórica sobre el concepto de "funcionario público", no debe olvidarse que este adquirirá caracteres propios *según la propia legislación penal* de que se tratare. Así, mientras en la legislación penal española, por ejemplo, se distingue entre "autoridad" y "funcionario público"[27], la nuestra no hace distinciones de este tipo. Además, el artículo 425 del Código Penal peruano es mucho más explícito que el artículo 24, segundo párrafo, del Código Penal español, el cual por lo demás, de manera general, se refiere a las fuentes de la función pública (disposición de la ley, nombramiento por autoridad competente y elección) y, por lo tanto, según la doctrina, no proporciona, en realidad, ningún concepto penal de "funcionario público", sino una "norma interpretativa contextual"[28].

Por otro lado, la norma peruana tampoco es tan taxativa, pues tiene al final una cláusula abierta que admite entrar a otros sujetos dentro del concepto. Además, ya de una simple revisión del artículo 425 se nota claramente que el concepto penal normativo de "funcionario público" no coincide con el concepto administrativo ni con el civil. El mismo legislador dice que "se consideran" funcionarios públicos a estas personas. Y hace bien, pues el Código Penal, por su propia materia, no puede dar efectos administrativos ni laborales a su definición de "funcionario público". Sería absurdo, p. ej. que un funcionario de confianza, alegando la definición penal de "funcionario público" pretenda amparo legal en el campo administrativo o laboral. Pero también sería absurdo que el intérprete, valiéndose de las definiciones laborales o administrativas, quiera restringir los alcances de la definición penal. Por tanto,

---

[26] Distinto es el caso español donde la inexistencia de una cláusula específica sobre los distintos tipos de "funcionario público", en sentido penal, permite una interpretación extensiva de la norma general también para los sujetos "intermedios"; al respecto, VALEIJE, p. 495 y ss. La autora exige una disposición en la parte general –semejante a la italiana– que prevea una "cláusula extensiva" para estos sujetos "intermedios" (encargados de servicio público o de una función pública), pero especificando los delitos para los cuales esta extensión sería válida (cohecho, abandono de servicio, uso de información privilegiada, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas), ver p. 495 y ss., 498, al final.

[27] Al respecto, ver el análisis de REBOLLO, p. 100.

[28] VALEIJE, p. 444, 445.

ni la ley administrativa, ni tampoco la Constitución Política cuando se refiere a la "función pública" (artículo 40 y ss.) pueden entrar en conflicto con las disposiciones penales.

Otra cosa es que, incluso pese a su amplitud, la definición penal de "funcionario público" contenida en el artículo 425 del Código Penal sea todavía insuficiente para abarcar todos los supuestos merecedores de pena.

La jurisprudencia suprema peruana pocas veces ha interpretado correctamente el concepto penal de "funcionario público" y menos aún ha establecido hasta ahora reglas claras para la interpretación del artículo 425 del Código Penal. Cierta jurisprudencia de la Corte Suprema[29] (referida al carácter de "funcionario público" de trabajadores del Banco de la Nación) ha llevado a confusiones al afirmar de manera global que el artículo 40 de la Constitución Política habría abrogado el numeral 3 del artículo 425 del Código Penal (versión antigua), referido entonces a funcionarios de "empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sostenidos por el Estado" (las modificaciones posteriores de este numeral 3 no afectan el analisis). En otro caso, curiosamente también para absolver, la Corte Suprema indicó que los funcionarios de la "Caja Municipal de Crédito Popular de Lima" no reunían la condición exigida por los tipos especiales de "colusión" (fraude funcional del artículo 384) ni corrupción de funcionarios, por ser una empresa pública de régimen privado que, pese a ser creada por ley, "no goza de los atributos propios de la administración pública, toda vez que no ejerce funciones de gobierno –central, regional o local– ni legislativas, ejecutivas, jurisdiccionales, electorales, de control fiscal, ni de servicios básicos"[30].

En ambos casos, la fundamentación era totalmente incorrecta, pues la Corte Suprema consideraba que es la Constitución la que define el concepto de "funcionario público" para efectos penales, cuando ello no es así: la Constitución solo define al "funcionario público" para efectos de la carrera administrativa. De ser cierto lo que afirma la Corte Suprema, el artículo 425 se quedaría casi sin contenido. Es más, la modificación posterior (por Ley 26713 de 27-12-96) del numeral 3 del artículo 425 del Código Penal sigue manteniendo la posibilidad de considerar "funcionario público" a un empleado de una empresa estatal o mixta, pero siempre que la persona ejerza "función pública".

---

[29] Ejecutoria Suprema del 27-04-95, recaída en la consulta 286-94 procedente de Lima.

[30] Ejecutoria Suprema de 10-09-1997, Exp. N° 5823-96, Lima (citada por Fidel ROJAS, p. 235). En otro caso más escandaloso aún, se invocó al artículo 40 de la Constitución para negar la calidad de "funcionario público" del sujeto activo y la inaplicación del tipo de "colusión defraudatoria" (fraude funcional), pero además se argumentó la "derogación" del artículo 246, numeral 5 del CP de 1924 ("El que cometiere fraude en perjuicio de alguna administración púbica") en el CP vigente para no aplicar tampoco un tipo común de "estafa". Ver Ejecutoria de 12-08-1994, Exp. N° 1688-94, Lima, cit. por Fidel ROJAS, p. 237.

Ahora este supuesto es más restrictivo, pues no es "funcionario público" cualquier empleado de una empresa pública, sino solamente aquel que ejerce funciones públicas en ella. Por ello, es perfectamente correcta otra jurisprudencia suprema que señala: "El artículo 40 de la Constitución Política del Estado rige para los efectos de beneficios sociales mas no para la determinación de funcionarios públicos que incurren en responsabilidad penal, lo que sí establece el artículo 425 del Código penal" (Ejecutoria Suprema de 27-11-1997, Exp. N° 4874-96, Sala C, Lima)[31].

También hay que observar que no siempre bastará con la condición de "funcionario público" (en sentido penal) para que se cometa un delito contra la administración pública, ni tampoco que ejerza una "función pública", sino que a veces, por la estructura propia del tipo penal respectivo, podría llegarse a la conclusión de que el sujeto activo del tipo penal solamente puede ser un funcionario *con determinadas cualidades*, es decir, una "autoridad" con "mando y jurisdicción". Eso es así, p. ej., en el "abuso de autoridad" (art. 376) bajo la modalidad de "ordenar (no todo funcionario puede "ordenar").

Finalmente, debido a la concepción de bien jurídico que utiliza la doctrina actual, el "funcionario público" debe actuar además en el *marco de sus propias atribuciones*, sea infringiéndolas o cumpliéndolas a cambio de un beneficio otorgado por el particular. P. ej. si el funcionario invade atribuciones ajenas, no habrá cohecho sino "usurpación de funciones"[32]. Es decir, en los tipos penales que señalan como autor a un "funcionario público" no basta con el mero hecho de tener dicha cualidad y haber realizado la conducta típica. Esta conducta típica deberá, además, significar siempre una violación del "deber especial" que tiene el funcionario público en relación con el objeto específico; no bastará que los hechos hayan sido realizados "con ocasión" del ejercicio de las funciones[33]. P. ej. no puede haber "peculado", pero sí "hurto" cuando un funcionario público sustrajere y se apropiare con ánimo de lucro del dinero de un particular que descuidó por un momento su cartera dejándola abierta.

IV. Análisis del caso planteado

En el caso planteado interesa, en primer lugar, analizar la *condición de funcionario público* del "congresista". Veamos cómo argumentan las dos tesis anteriormente señaladas.

---

[31] Citada por Fidel ROJAS, p. 234.

[32] Así también la doctrina argentina, cuya legislación inspiró ampliamente a la nacional en toda esta sección referida a delitos contra la administración pública. Al respecto, CREUS, p. 287.

[33] FEIJÓO SÁNCHEZ, p. 708.

Según lo que se ha expuesto anteriormente, doctrinariamente el "congresista" comienza a ser considerado "funcionario público" con efectos penales *desde el momento de su elección*. Luego, aquí el "título" no deriva de un "nombramiento" ni de un "mandato de la ley". Pero como esta "elección" debe ser indubitable y definitiva, solamente se podrá decir que ella se ha producido cuando el órgano electoral hubiera hecho la publicación del resultado oficial. Esto también concuerda con la disposición constitucional que garantiza protección a los congresistas *desde que son elegidos* (artículo 93, Constitución de 1993), pues la ley entiende que, aunque todavía no comienza su desempeño efectivo para efectos administrativos, ya representan al pueblo y en tal condición no deben estar sujetos a mandato imperativo ni deben ser [hechos] responsables por sus opiniones y menos aún sujetos a persecución penal[34]. Y también el mandato constitucional de la "irrenunciabilidad del mandato legislativo" (artículo 95, Const. de 1993) permite defender esta tesis, pues se admite tácitamente que, ya desde su elección, el parlamentario está investido de la función pública que se busca proteger, pues, si se permitiera la renuncia, la persona electa podría ser sometida a presiones para alejarse del cargo. Y por si fuera poco, cuando el artículo 92 de la Constitución exige desempeño de la función legislativa "a tiempo completo" y declara la incompatibilidad de funciones con casi cualquier otra actividad laboral, también admite que el congresista "representa a la nación" (artículo 93, primer párrafo) no solamente dentro del Congreso, sino también fuera de él. No hay, pues, tal identidad entre el concepto penal de funcionario público y "desempeño de actividades laborales" dentro del Congreso; premisa errónea de la que parte la tesis de la "juramentación". La "juramentación" solamente constituye el acto formal mediante el cual el sujeto comienza a ejercer funciones legislativas en el Parlamento; no agrega nada a la cualidad de funcionario público del congresista para efectos penales[35].

Y finalmente, los tipos penales peruanos de "cohecho antecedente" propio e impropio (artículo 393, primera alternativa, y 394) no presuponen tampoco, para su consumación, una realización inmediata de la "contraprestación ilícita" por parte del funcionario público: basta con que reciba una prestación o acepte

---

[34] Igual argumentación siguen GAMARRA/MEZA, p. 8 y ss. Pero no determinan [expresamente] en qué momento debe considerarse "electo" al funcionario público, sino parecen basarse en resultados extraoficiales. Pero el artículo 93 de la Constitución no puede referirse como tal a cualquier candidato después de haberse realizado las elecciones y con los primeros resultados extraoficiales (procedentes de empresas privadas dedicadas a ello), pues eso implicaría [abarcar penalmente] a todos los candidatos incluso a aquellos que no desempeñan ni desempeñarán función legislativa alguna.

[35] También CASTILLO ALVA reconoce que recién con la declaración formal del JNE (y no ya con la mera votación popular) se determina legalmente quiénes han sido elegidos por el pueblo, pero finalmente, basándose en el "período parlamentario" fijado en el artículo 47 de la Constitución ("No hay congresistas sin un congreso en el que ejerzan sus funciones") se aúna a la tesis que exige la juramentación; ver p. 20 y ss.

la promesa referida a esta con la finalidad de realizar la contraprestación. Pero sí es necesario que el sujeto reúna la condición de funcionario público.

La definición de "funcionario público" del artículo 425 del Código Penal peruano permite plenamente esta interpretación cuando se refiere a aquellos "que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular". No obstante, al exigir un "desempeño efectivo" de la función, la interpretación se complica en cuanto al segundo requisito, tal como se verá más adelante. Por eso, es preferible el enunciado más sencillo previsto en la "Convención Interamericana contra la corrupción": " (...) cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos"). El Estado Peruano ha aprobado y ratificado en 1997 este Convenio. Por cierto que, por razones de legalidad penal, el Convenio solamente puede servir de ayuda interpretativa en cuanto a los tipos penales [actualmente vigentes]. No puede reeemplazar al Código Penal en la tipificación de los delitos de corrupción de funcionarios; antes bien, el gobierno peruano, en cumplimiento de sus obligaciones de Derecho internacional público y, sobre todo, de los artículos III, V, VII y XI de este Convenio, debería modificar la legislación penal nacional para adecuarla al mismo. P. ej., además de la reestructuración de la definición de funcionario público y de la función pública, el legislador nacional, entre otras cosas, debería introducir en el Código Penal un tipo penal de "soborno transnacional"[36].

Ahora bien, como en el presente caso tal publicación oficial se realizó el 3 de junio de 2000, es decir, casi un mes después de la grabación del video controvertido, el congresista en cuestión todavía no reunía, según nuestra tesis, la condición de funcionario público en el momento de los hechos grabados en el video. Pero nada impide considerarlo funcionario público en los hechos similares posteriores, confesados por él mismo en entrevistas concedidas después (aunque sin reconocer que [las entregas de dinero], se hubieran realizado para la compra de su función, incluso antes de la juramentación y del ejercicio efectivo de funciones en el Parlamento[37].

La tesis del llamado "acuerdo previo" (inédita en la ciencia penal comparada en este contexto), que sí considera el carácter de funcionario público del congresista no elegido, resulta insostenible para cualquier penalista respetuo-

---

[36] La Ley 29703 de mayo de 2011 ha introducido finalmente un tipo de "soborno internacional", pero solo en la modalidad "pasiva" (artículo 393-A).

[37] Así también, acertadamente, CASTILLO ALVA, p. 25

so de los principios básicos del Derecho penal. En buena cuenta nos sugiere reprimir penalmente a aquel que no reúne la condición especial prevista en el tipo penal por el mero hecho de que el sujeto sabía que iba a tener tal condición en un futuro próximo, en el cual también realizaría los actos contrarios a su función. Contra esta tesis hay que decir lo siguiente:

1. Se vulnera claramente el principio de legalidad. El tipo peruano de cohecho pasivo constituye un delito especial propio que, en relación con la "función pública" vendida, es de mera actividad [o más preciso: de idoneidad] y no de resultado. Los hechos documentados en el video (y solo a ellos me refiero) no incluyen una separación temporal en el acto de "compraventa" de la función pública para su consumación. Al admitir que incluso habría tipicidad cuando el sujeto activo, al momento de efectuar la "compraventa" no reunía la cualidad exigida por el tipo penal, se está tomando como base para el juicio jurídico-penal un hecho temporalmente posterior, retrotrayéndolo, para la imputación penal, al momento en que sí se cometió una parte de los hechos típicos. En resumen: no se trata de otra cosa que de aplicar la "analogía" para hacer punible un hecho no previsto en el tipo penal.

2. En contra de lo afirmado por sus defensores peruanos, la tesis del "acuerdo previo" no ha sido argumentada en la doctrina penal comparada para los casos de "transfuguismo político" sino, de manera general, para sustentar la "coautoría" en una serie de casos. Surgió de la jurisprudencia española que tenía por autores de un delito cualquiera (básicamente delitos violentos como robo, homicidio, etc.) a todos los que hubieran acordado previamente su ejecución, aunque luego su contribución sea mínima o incluso posterior a la ejecución (encubrimiento). Esta tesis ha sido abandonada por la doctrina española por considerarla arbitraria[38].

Últimamente, sin embargo, se está sosteniendo una nueva teoría penal sobre la "dimensión temporal del delito" que podría ser aplicada para fundamentar esta pretensión. Así, sostiene SILVA SÁNCHEZ, en el marco de la teoría de la imputación, que cuando el objeto material de la acción atraviesa cambios en su status jurídico, pasando de no ser protegido penalmente (o de ser protegido de distinto modo) a tener protección penal o viceversa, lo que interesaría para afirmar la tipicidad de la conducta sería solamente que ella "cree un riesgo" para el bien jurídico sin que en ese momento deba verificarse la existencia del objeto de la acción; la lesión efectiva de este (y su existencia)

---

[38] Ver QUINTERO OLIVARES, "Comentarios al nuevo CP", p. 304; ya antes DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, p. 349, 404; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 454 y ss.; MIR PUIG, p. 386, n. marg. 10; y en especial GIMBERNAT ORDEIG, "Autor y cómplice", p. 57 y ss.

solamente tendrían importancia para el "desvalor del resultado" y no para el "desvalor de la acción"[39].

Ahora bien, independientemente de la admisibilidad de esta teoría de manera general (sobre todo debido a su confrontación con el "principio de legalidad")[40], es indudable que esta teoría no ayuda a solucionar el problema aquí planteado, pues en los delitos de corrupción de funcionarios el elemento "condición de funcionario público" no es "objeto de la acción"; el objeto de la acción aquí es la "función pública", mientras que el "funcionario público" sería "sujeto activo" del delito de "cohecho pasivo" y "persona sobre la cual recae la acción" en el "cohecho pasivo"[41]. Si bien ambos elementos están vinculados, atentaría claramente contra el principio de legalidad pretender que la cualidad del autor de un delito especial (cohecho pasivo) o un elemento de un delito común (cohecho activo) no sea necesario para la tipicidad.

En segundo lugar, también resulta problemático el concepto de la "función pública" del congresista, pues aun admitiendo que el congresista del caso hubiera sido funcionario público ya en el momento del video (o en hechos posteriores a su proclamación oficial), todavía queda por aclarar si el objeto de la "compra-venta" constituía una función pública. Podría pensarse que el hecho de "cambiarse de partido político" no implicaría una venta de la función pública. El artículo 425 del Código Penal, cuando se refiere a "los que desempeñan cargos políticos (...) incluso si emanan de elección popular", parece exigir el ejercicio efectivo de la función legislativa específica de los cargos políticos.

Sin embargo, dado que el juego político en un Estado con democracia formal parte de la premisa de que los legisladores participan en la decisiones del Congreso y representan a la nación también fuera del recinto del parlamento, de manera libre y consciente, buscando el beneficio del país y de los

---

[39] Ver SILVA SÁNCHEZ, p. 763.

[40] El notable autor español plantea la teoría para delitos como aborto y homicidio (p. ej. acciones dolosas contra el feto dirigidas a causarle daños luego del nacimiento), pero también admite su generalización para cualquier otro delito donde se presente la situación de cambios en el status jurídico del objeto de la acción; p. ej. en los delitos de daños (cosa propia que se vuelve ajena), contra el patrimonio histórico (edificio cualquiera que se vuelve en patrimonio histórico), ecológicos (especie animal común que pasa a ser protegida por la ley), etc.; ver SILVA SÁNCHEZ, p. 768 y ss. Por cierto que también parece referirse a los funcionarios públicos en un supuesto en el cual "una persona deja de ser un tercero cualquiera y pasa a ostentar una condición político-administrativa que le atribuye una especial protección penal (o viceversa)". Pero, ante la falta de especificación del autor, tendrá que entenderse que se trata de casos en los cuales el funcionario público reúne la condición de "objeto de la acción", p. ej. en el caso de "desacato" o "delito contra la corona", tal como el autor insinúa más adelante (p. 769).

[41] Se parte de definiciones usuales en la doctrina penal que distingue por un lado entre "sujeto pasivo" ("perjudicado" y "persona sobre la que recae físicamente la acción típica"), y, por otro lado, entre "objeto de la acción" (persona o cosa sobre la que recae físicamente la acción) y "objeto jurídico" (bien jurídico); al respecto c. ej. MIR PUIG, p. 198 y ss., n. marg. 11 y ss, 15 y ss.

ciudadanos, y no el propio o el de un grupo interesado; y que, como ya se ha visto, ese ejercicio funcionarial incluso busca ser protegido por la misma Constitución contra presiones o amenazas externas, no cabe duda de que las acciones del congresista que vayan a influir en su actividad dentro del Congreso no deben "venderse" a nadie. Es evidente que la "venta" del "voto" se encuentra implícita en el cambio de partido, pues no tendría sentido este sin aquel[42]; hecho que además podría comprobarse fácilmente al analizar la actuación del congresista en el Parlamento.

Desde este punto de vista, no es difícil admitir, una vez superado el escollo del concepto de "funcionario público", el "cohecho pasivo propio" en el congresista, pues al "vender" su pertenencia al partido político del cual era miembro, ha violado sus deberes funcionariales relacionados con la motivación que debe guiar esta decisión, con más razón si tal cambio implicaba al mismo tiempo un "alineamiento" con las decisiones de su nuevo partido[43]. En este punto, no es distinto este caso de aquel otro plenamente claro de la venta del "voto" en el Parlamento: es [prácticamente] igual cambiarse de partido, con el entendido de que se votará según las directivas de este, que no cambiar de partido, pero votar en el sentido de un interés particular que ha comprado el voto. Incluso resulta más grave el cambio de partido, pues se refiere a una "compra global" del voto.

En resumen, entonces, nada impide considerar que el "cambio de partido político" puede ser entendido como "infracción de deberes funcionariales" cuando implica una venta indirecta de los votos que el congresista daría en el marco de su desempeño en el Parlamento. La tipicidad de la conducta analizada dependería, más bien, de la presencia del elemento "funcionario público". Las posibilidades de represión penal dependerían, luego, de la prueba de actividades posteriores a su "elección" (en el sentido de "proclamación oficial").

En el caso del "corruptor" (el asesor presidencial), el resultado también depende decisivamente de los elementos "funcionario público" y "función pública" del "corrompido". Si se acepta que éste no era aún funcionario público

---

[42] Así, CASTILLO ALVA, p. 13. No es correcto, en cambio, que considere aquí la posibilidad de un "cohecho pasivo impropio", pues el funcionario no ha practicado "un acto propio de su cargo, sin faltar a su obligación", tal como exige el tipo penal del artículo 394, pues incluso en el mero cambio de partido político (sin comprometer el voto) existe la infracción de una obligación política: la de actuar motivado por intereses del país y de los ciudadanos (no necesariamente de los que lo eligieron) y no de su propio bolsillo.

[43] También GAMARRA/MEZA afirman la existencia de la venta de la función publica, pero deducen la infracción de deberes funcionariales del literal c), artículo 23 del Reglamento del Congreso, el cual se refiere a la obligación parlamentaria de "mantener una conducta personal ejemplar", p. 10. Sin embargo, esto no solo es exageradamente indeterminado, sino tampoco se refiere a lo que interesa para el "delito de cohecho", pues no se refiere ni directa ni indirectamente a las funciones específicas del funcionario público: su representación del electorado en la toma de decisiones legislativas.

en sentido penal o, pese a serlo, no vendía ninguna función pública, tampoco podrá haber cohecho activo del primero, pues no habría tipicidad de ninguna forma de cohecho. Solamente para los hechos posteriores a la proclamación oficial del congresista sería posible admitir en el asesor el cohecho activo en el sentido del artículo 399 del Código Penal [actualmente: art. 397].

En buena cuenta, el elemento "funcionario público" no existió como elemento típico en el parlamentario sobornado en el momento de la grabación de la cinta de video, pese a que el elemento "función pública", para el caso de congresistas, pueda entenderse en un sentido amplio para comprender en ella todo tipo de conductas vinculadas indirectamente con el acto de votación en el recinto parlamentario. Eso no quiere decir que ya en el momento consignado en la cinta de video pudieron haberse cometido otros delitos (ver más abajo), o que la cinta no pudiera indicar la comisión de un "cohecho pasivo" en un momento posterior. En este sentido, nada impedía abrir las investigaciones por estos delitos, ni tampoco dictar las medidas coercitivas necesarias.

V. Otras figuras penales de posible aplicación

En el caso del congresista, dado que obtuvo a todas luces un incremento patrimonial derivado de un acto de corrupción, también podría serle aplicable el tipo penal de "enriquecimiento ilícito" (artículo 401 del Código Penal peruano)[44]. Pero nuevamente aquí tenemos que hacer la salvedad de que resulta relevante el elemento "funcionario público", pues el desbalance patrimonial debe haberse producido "por razón de su cargo". El tipo penal no exige, en cambio, que el sujeto haya sido "funcionario público" (en sentido penal) en el momento mismo en que tal enriquecimiento se produce efectivamente. Por cierto que, además, debe tratarse de un enriquecimiento "ilícito" en el sentido que provenga de una conducta que reúne este carácter de "ilicitud". Aquí hay una discusión en la doctrina, pues algunos consideran que la ilicitud debe provenir siempre de un delito contra la administración pública, y otros que se contentan incluso con cualquier ilicitud penal o incluso extrapenal[45]. En todo caso, esa discusión no es aquí relevante si se admite que el hecho "enriquecedor" proviene de una corrupción de funcionarios (sea cual sea la doctrina que se admita para ello). La conducta es plenamente típica, si bien, de manera general, puede resultar aún discutible la constitucionalidad misma del tipo penal de "enriquecimiento ilícito" debido a que presupondría un delito de "presunción" (la no demostración de la "licitud" del enriquecimiento) y

---

[44] De igual manera, CASTILLO ALVA, p. 25.

[45] Al respecto ver ROJAS, p. 427 y ss., esp. p. 429, 435 y ss., donde sostiene la tesis extensiva del enriquecimiento "por razón del cargo".

una "inversión de la carga de la prueba" (que sea el propio imputado el que demuestre la "licitud" de la conducta).

En el caso del asesor presidencial, este era a todas luces un "funcionario público (artículo 425, numeral 2). En el caso de demostrarse que el dinero que pagó al congresista no era de su propiedad, sino pertenecía a la administración pública (y que él tenía a su cargo), la conducta encajaría perfectamente en el tipo penal de "peculado doloso por apropiación" (artículo 387, primer párrafo), pues se habría apropiado de bienes de la administración y habría dispuesto de ellos como si fueran propios. No interesa si se benefició él o benefició a un tercero. No es, en cambio, correcto considerar que aquí habría una "malversación de fondos públicos" (artículo 389), pues ni siquiera podría decirse que se ha dado una "aplicación pública" distinta a la debida (la compra de parlamentarios de oposición no es ningún "destino" de bienes públicos)[46].

Por otro lado, al aplicarse la figura de "peculado doloso", también el congresista resultaría punible como partícipe pues, si bien no es ni puede ser autor del delito especial impropio, nada impide que pueda ser cómplice o instigador de este mismo delito; también a él se dirige la norma subyacente (teoría de la "unidad del título de imputación")[47].

IV. Conclusión

El problema práctico planteado solamente puede solucionarse haciendo un considerable esfuerzo interpretativo para subsumir la conducta dentro de los tipos penales vigentes en el actual Código Penal peruano. No obstante ello, hay que reconocer que se trata de un supuesto muy problemático y que la solución aquí propuesta no deja de ser discutible, además de [materialmente] insuficiente para el caso penal concretamente planteado al inicio. Por otro lado, admitir la tipicidad de la conducta con un argumento (el "acuerdo previo") que no respeta los principios del Derecho penal tampoco es la solución, y si bien inicialmente puede satisfacer las necesidades de una opinión pública que busca comprensiblemente la represión penal de un hecho escandaloso, no resiste un análisis jurídico-penal. No es infringiendo los principios del Derecho penal como se debe luchar contra la criminalidad y menos aún contra la corrupción de funcionarios públicos. Hay que agotar primero todas las posibilidades que ofrece la ley penal vigente.

---

[46] En este sentido no es correcta la calificación de la conducta realizada por CASTILLO ALVA, p. 27.

[47] Defienden esta teoría, entre otros, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 457, 466 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, "Autor y cómplice", p. 292 y ss.; c. más refs. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, p. 169 y ss., 191 y ss. Nótese que la teoría opuesta, la de la "ruptura del título de imputación" no dejaría tampoco impune al extraneus (en este caso, el congresista), sino afirmaría su punibilidad como autor o partícipe de un delito común subyacente al especial (hurto).

Por otro lado, el caso expuesto llama la atención sobre una situación alarmante de nuestro Derecho penal. Lo primero que se observa es que los tipos penales de "corrupción de funcionarios" vigentes en el actual Código Penal peruano son, en cuanto a la tipicidad de las conductas, insuficientes para luchar contra la corrupción de funcionarios, sobre todo, cuando los hechos ocurren en el ámbito político. Pero este tipo de corrupción de funcionarios también se ve favorecido por otras deficiencias de la misma ley penal: la escasa penalidad de las conductas (de 3 a 6 años de privación de la libertad para el cohecho pasivo propio, y de 3 a 5 años para el cohecho activo propio) [actualmente: 5 a 8 años y 4 a 6 años, respectivamente], en comparación con otros delitos, y la rapidez con que prescriben los delitos según el sistema actual (en función del máximo de pena), prescripción que ocurre con mayor facilidad en delitos cometidos por funcionarios pertenecientes al poder político, pues los hechos suelen investigarse recién luego que este ha cambiado de manos. No basta a este respecto el plazo especial de prescripción previsto en el último párrafo del artículo 80 del Código Penal, pues este se refiere, de manera por demás poco clara, a delitos "contra el patrimonio del Estado o de organismo sostenido por este", mas no a todos los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos.

Pero eso no es todo. Resulta sintomático que la ley penal casi no haya sido modificada en la lucha contra la corrupción de funcionarios durante los 10 años de vigencia del Código Penal[48], mientras que sí lo hayan sido, múltiples veces, los delitos contra la propiedad. Y es que una auténtica lucha contra la corrupción de funcionarios dependerá no solamente de esfuerzos interpretativos o de reformas de la parte general (p. ej., estableciendo reglas especiales de prescripción para estos delitos o haciéndolos imprescriptibles) o de la parte especial (ampliando el concepto penal de funcionario público, creando nuevos tipos penales de corrupción política y privada, y transnacional), sino de una reforma profunda que abarque todos los ámbitos involucrados: el poder político y sus interrelaciones con el poder económico. Para lograr esto último, no basta con el aporte del Derecho penal, sino de otras ramas del Derecho, así como de la decisión política de realizar esta reforma profunda. En el campo de lo político, por ejemplo, podría resultar necesaria una ley que controle los ingresos de los partidos políticos. Pero nada se logrará si no se cambian las estructuras mismas que facilitan el abuso de poder en nuestro país, lo cual constituye el germen mismo de la corrupción política. Así, ya el mismo sistema de división de poderes está cuestionablemente configurado cuando permite un

---

[48] En los años siguientes sí han habido modificaciones, pero no se han producido cambios realmente importantes. Se analizan los cambios en los artículos "Vacíos en la legislación penal peruana sobre corrupción de funcionarios" [en esta compilación: p. 747-793] y en el artículo inédito contenido en esta compilación al final (p. 947 y ss.): "Últimos cambios en la legislación peruana anticorrupción".

sobrepeso del Poder Ejecutivo al permitirle legislar en materias tan importantes como la tributaria y la penal (arts. 74, 104 de la cuestionada Constitución de 1993)[49], y cuando la labor supervisora del Poder Judicial no está suficientemente garantizada. Si el gobierno de turno, porque la ley así se lo permite, es capaz de acaparar el poder, nada garantiza que no abuse de él y que sus funcionarios puedan vender la función al mejor postor sin temor a una responsabilidad penal, mientras tal poder esté en sus manos. El régimen anterior ha demostrado a cabalidad (también había ocurrido en anteriores gobiernos "democráticos" peruanos, aunque en proporciones algo menores) cuán manipulable es un Estado que permite un poder excesivo del Poder Ejecutivo: las leyes dadas por este fácilmente pueden favorecer a sectores económicos interesados y, en caso necesario, pueden servir para neutralizar cualquier forma de oposición o control proveniente de los otros poderes, p. ej. "reestructurando" al Poder Judicial, removiendo al juez natural para apartarlo de un proceso penal desfavorable, promoviendo magistrados fieles al régimen, etc.

Mientras no exista un marco institucional mínimo, el Derecho penal seguirá atado de manos en su lucha contra la corrupción de funcionarios políticos del gobierno de turno; antes bien, este se servirá incluso del Derecho penal para sus propios objetivos. Que el problema es educativo, ético o moral es cierto, pero también lo es el que nada pueden lograr si la propia organización política del Estado es tan deficiente que permite el abuso del poder político y la impunidad de muchos delitos cometidos por detentadores del poder y sus favorecidos.

Bibliografía

BETTIOL, Giuseppe: "Aspectos políticos del Derecho penal comparado", en: "Criminalia", vol. 1 (1965), México, p. 38 y ss.

---

[49] Sobre este entendimiento particular y erróneo del "principio democrático" ya me he manifestado anteriormente ("Comentarios a la 'Ley de delitos agravados'", en Cathedra N° 3 (1998), revista de la UNMSM, p. 117 in fine y ss.; "Principio de reserva la ley penal versus autoritarismo estatal", RDPCP N° 13 (2003), pp. 197-209", Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 9 (1999), p. 30 y ss. [en esta compilación: p. 151-163]. Como ejemplo de un correcto entendimiento de este principio, que en el campo penal es la base del principio de reserva de la ley penal ("Sólo por ley...) baste con mencionar que la doctrina española considera, sin excepciones, que la ley penal solamente puede ser emitida por el Parlamento; es más, la doctrina dominante considera que ni siquiera basta una ley parlamentaria simple, sino que, para dotar de mayores garantías democráticas, toda ley penal debería estar contenida en una ley orgánica (votada por la mayoría legal de parlamentarios), mientras que otra doctrina limita el requisito de ley orgánica a leyes que contengan penas o medidas de seguridad que restrinjan derechos fundamentales (libertad individual, igualdad) o estén implicados bienes jurídicos fundamentales. Al respecto, consultar ampliamente, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, c. más refs., p. 103 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, "Constitución y derecho penal", p. 27 y ss. Defendiendo la segunda posición, conocida como "posición intermedia" y que es seguida también por la práctica constitucional, MIR PUIG, p. 77, n. marg. 15, p. 79 y ss., especialmente, n marg. 22 a 25; LUZÓN PEÑA, p. 138 y ss. El paralelo con España resulta notable. Así, en el artículo citado de GIMBERNAT ORDEIG, basado en una conferencia dictada en 1981, se efectuaba una crítica a la práctica inicial del legislador penal español tras la dictadura de Franco que abusaba de los "decretos-leyes" en vez de emplear "leyes orgánicas", y que por ello merecía ser calificado de "anticonstitucional".

CASTILLO ALVA, José L.: "El caso Kouri-Montesinos (una vergüenza nacional: 'entre el cohecho y la impunidad'", en: Boletín del taller de dogmática penal, año 1, N° 1 (octubre 2000), Facultad de Derecho, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

CREUS, Carlos: "Delitos contra la administración pública", Buenos Aires, 1981, p. 287.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: "La autoría en Derecho penal", Barcelona, 1991.

ETXEBARRIA, Xabier: "Malversación de caudales públicos", en Asúa Batarrita (coord.), "Delitos contra la administración pública", Bilbao, 1997, p. 179-203.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: "Delitos contra la administración pública en el Código penal de 1995: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas", en: Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 7-8 (1999), pp. 697-748.

GAMARRA, Ronald/MEZA, Robert: "El caso Montesinos: un análisis jurídico", Revista Ideele, N°132, octubre 2000, p. 8 y ss.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: "Autor y cómplice en Derecho penal", Madrid, 1966; "Constitución y derecho penal", en: "Estudios de Derecho penal", Madrid, 1990.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: "Autoría y participación", Madrid, 1996.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: "Curso de Derecho penal. Parte general", Madrid, 1996.

MIR PUIG, Santiago: "Derecho penal. Parte general", Barcelona, 1996.

MORALES PRATS/ RODRÍGUEZ PUERTA: en: Quintero Olivares, "Comentarios al Código penal", Pamplona, 1996, p. 1833 y ss.

MUÑOZ CONDE, Francisco: "Derecho Penal. Parte especial", Valencia, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: "Derecho penal. Parte general", Valencia, 1996.

OLAIZOLA NOGALES, Inés: "El delito de cohecho", Valencia, 1999

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "Comentarios al nuevo Código penal", Pamplona, 1996.

REBOLLO VARGAS, Rafael: "La revelación de secretos e informaciones por funcionario público", Barcelona, 196l.

ROJAS, Fidel: "Delitos contra la administración pública", Lima, 1999 (primera edición).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: "La dimensión temporal del delito y los cambios de 'status' jurídico-penal del objeto de la acción", en: Quintero Olivares/Morales Prats (coords.), "El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz", Pamplona, 2001, p. 759 y ss.

VALEIJE, Inmaculada: "Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y 'personas que desempeñan una función pública'", en: Cuadernos de Política Criminal N° 62 (1997), p. 435-498.

VIVES ANTÓN, Tomás: "Derecho Penal. Parte especial", Valencia, 1990.

Derecho penal y derecho administrativo:
una relación tensa e incomprendida

Desde hace algún tiempo, en el Perú se advierte una creciente tensión entre el Derecho penal y el Derecho administrativo[1]. Por una parte, esta tensión es saludable, pues insinúa el reconocimiento paulatino de la identidad material entre ambas disciplinas en lo que respecta a su carácter punitivo: en ambos casos se trata de imponer coercitivamente un "recorte de libertades" (pena y sanción o medida administrativa) contra aquellos ciudadanos que hubieran atentado (con mayor o menor gravedad) contra bienes jurídicos importantes. Pero, por otro lado, en un contexto jurídico acostumbrado a separar tajantemente el Derecho penal del Derecho administrativo, era previsible que la "novedad" de considerar una naturaleza común entre sus respectivas sanciones iba a acarrear una serie de tensiones entre ambas disciplinas a la par que confusiones en los operadores de la norma.

A continuación se hace un desarrollo de las cuestiones más problemáticas y actuales derivadas de la interrelación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, incidiendo sobre todo en las tensiones surgidas en el Perú tras la reinstauración de potestades sancionadoras (disciplinarias) a la Contraloría General de la República (ver especialmente abajo en 6)[2].

1. Protección penal y protección administrativa

En muchos ámbitos de la vida social (p. ej. en la economía, la administración pública, la circulación de vehículos, etc.), el Derecho penal se encuentra con una regulación legal previa que puede coincidir con sus objetivos de proteger determinados bienes jurídicos. Esta *protección primaria* de los bienes

---

[1] Anteriormente, y ya desde finales de los años 90, me había pronunciado varias veces al respecto en relación con el Derecho peruano, ver esp. en "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 184 y ss.; "Diez años...", p. 33 [en esta compilación: pp. 603-660].

[2] Agradezco por las indicaciones, observaciones y discusión con el personal encargado del procedimiento sancionador (disciplinario) de la Contraloría General de la República en los "conversatorios" realizados en Lima el 6 de junio y el 20 de julio de 2012 respectivamente.

jurídicos por parte de estas otras áreas jurídicas (resumidamente: Derecho extrapenal) es, por lo demás, obvia si se recuerda que el Derecho penal tan sólo constituye la *ultima ratio* y que únicamente debería intervenir para contener preventivamente los ataques más graves contra los bienes jurídicos más importantes para la pacífica coexistencia social (principio de "fragmentariedad"). Es decir que el control de infracciones menos graves por parte de otras áreas del Derecho, especialmente por lo que se conoce como el Derecho administrativo sancionador, es preexistente a la intervención penal.

Para el operador de la norma jurídico-penal, la consecuencia evidente radica en la necesidad indispensable de *coordinar el análisis penal con el del Derecho extrapenal*, o sea con el Derecho administrativo pertinente (p. ej. el referido a los derechos de autor, propiedad industrial, reglas de tráfico rodado, normas sobre responsabilidad funcionarial, etc.)[3]. Y es que en este Derecho extrapenal también se suelen prever, para la protección de los intereses administrativos (que también son bienes jurídicos), sanciones administrativas, algunas de ellas de tan graves consecuencias para el sancionado como las penas que pudieran imponer la justicia penal frente a conductas similares en la justicia penal.

Ahora bien, hasta hace algunas décadas la doctrina y jurisprudencia extranjeras, al igual que actualmente la peruana administrativa (y como se verá también la constitucional), seguían la teoría que consideraba que el Derecho (penal) administrativo tendría como misión el tutelar intereses "propios" de la administración y no bienes jurídicos frente a conductas de los administrados (meras "desobediencias" sin contenido ético) y que, consecuentemente, existiría una *distinción cualitativa* entre ilícito penal e ilícito administrativo[4].

Sin embargo, desde hace ya algún tiempo, en la ciencia jurídica, esta tesis ha sido abandonada por considerarla insostenible en un Estado social y democrático de Derecho, en el cual no cabe hacer tal diferenciación en la protección de intereses por parte de dos disciplinas de Derecho público: "... los intereses de la generalidad y los valores a los que apunta la administración han sido incluidos desde hace tiempo en el entendimiento de la justicia, y se ha vuelto un

---

[3] Refiriéndome al Derecho penal económico he tratado esto antes en "Delitos contra el mercado...", c. más refs. p. 140 y ss. [en esta compilación: p. 662 y ss.]

[4] En concreto, la tesis dominante consideraba que mientras el Derecho penal protegía "bienes jurídicos", el Derecho administrativo protegía el "bienestar general". Sobre estas tesis ver ampliamente para Alemania y en referencia a las "contravenciones" (o sea, infracciones administrativas incluyendo las antiguas "faltas" que desde la reforma penal de 1975 han sido separadas del Código Penal), TIEDEMANN, "Derecho penal administrativo ...", p. 39 y ss., esp. p. 42 y ss.; también en "Derecho penal económico. P. G.", p. 247, n. marg. 258; ROXIN, c. más refs., "Strafrecht AT", tomo I, § 2, n. marg. 60; HURTADO POZO, p. 42, n. marg. 117 y s.; GARCÍA CAVERO, "Derecho penal económico. P. G.", p. 64 y s.

sobreentendido que también es un bien jurídico digno de protección la tarea de previsión social, cuya realización, además, se ejecuta de la misma forma que la norma jurídica. La utilidad social y la promoción del bienestar, por un lado, así como la legalidad y las necesidades de justicia, por el otro, están actualmente tan imbricadas que resulta imposible separar elementos particulares de estos valores estatales"[5]. En otras palabras, las infracciones administrativas o contravenciones también constituyen afecciones a bienes jurídicos, aunque de una menor entidad que la de los delitos; las dos respuestas de Derecho público (Derecho penal y Derecho administrativo sancionador) están vinculadas a través del principio de subsidiariedad[6].

Entonces, en la actualidad, p. ej., tanto la doctrina administrativa como la penal dominantes de los sistemas jurídicos que solemos recepcionar (sobre todo: Alemania y España) entienden que esta parte sancionadora del Derecho extrapenal (conocida allí como "Derecho contravencional" y "Derecho administrativo sancionador", respectivamente), junto con el Derecho penal tradicional, formaría parte de un solo *Derecho penal en sentido amplio,* porque en ambos casos se trata del ejercicio de "ius puniendi" estatal[7]. Consecuentemente con esto se reconoce también que, entre *ilícitos* penal y administrativo tan solo existiría una *diferencia cuantitativa*[8]. Por cierto que esta distinción solamente es válida para el "ataque" a los bienes jurídicos, o sea las infracciones. En cambio, la "respuesta" de Derecho público no sólo presenta una diferencia meramente "cuantitativa" según si ella provenga del Derecho administrativo o del Derecho penal; es decir, entre las *sanciones* penal y administrativa existe, además de lo cuantitativo (por lo general: mayor gravedad de la pena) un elemento cualita-

---

[5] TIEDEMANN, "Derecho penal administrativo...", p. 58.

[6] Cfr. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 2, n. marg. 62, al final.

[7] Al respecto, c. más refs., ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 1, n. marg. 5 y s., § 2, n. marg. 60 y s.; TIEDEMANN, "Derecho penal administrativo...", p. 39 y ss., 53 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, "Diez años...", p. 33, [en esta compilación: p. 614 y s.]; "Derecho penal económico. Consideraciones", p. 77; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, "Derecho penal. P. G.", p. 73 y ss.; CARO CORIA, citando jurisprudencia y doctrina españolas, p. 9 y ss. (punto III).

[8] TIEDEMANN, "Derecho penal administrativo...", p. 58; ampliamente con más refs. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 2, n. marg. 60 y ss., 131 y s. Desde una perspectiva normativista radical, se podría, sin embargo, defender una diferencia "cualitativa" entre ambas "infracciones", pues las expectativas normativas defraudadas en uno y otro caso tendrían un carácter distinto (expectativas referidas al "funcionamiento global de un sector del tráfico social" en el Derecho administrativo; expectativas "derivadas de la identidad normativa esencial de la sociedad, en el Derecho penal"); ver así, GARCÍA CAVERO, "Derecho penal económico P. G.", p. 68 y ss.; "El principio del non bis in idem ...", p. 176, 182 y ss. La jurisprudencia constitucional peruana y el Derecho administrativo nacional siguen defendiendo diferencias cualitativas entre ambos ilícitos, lo cual permitiría la no aplicación del "ne bis in idem", por lo menos entre el Derecho penal y el disciplinario; ver así LIZÁRRAGA GUERRA, "El Derecho disciplinario...", p. 77 y s. Esto parece ser tan solo una formulación distinta de la tesis ya superada que confrontaba en intereses referidos al bienestar (Derecho administrativo) y bienes jurídicos (Derecho penal), mientras que en la actualidad se ha admitido que ambas disciplinas protegen bienes jurídicos. Al respecto, ver las refs. en la nota 4.

tivo (el "reproche ético-social") claramente destacable en la pena, mas no en la sanción administrativa (*diferencia cualitativo-cuantitativa*)[9].

Debido al parentesco del Derecho administrativo sancionador con el Derecho penal, también se exige que aquel respete los principios penales básicos en la imposición de sanciones, p. ej., el principio de legalidad, el de culpabilidad y, entre muchos más, el principio "ne bis in idem"[10]. Por su parte, el Derecho penal, al constituir tan solo un refuerzo de la protección administrativa, debería dirigirse sólo a los casos más graves (principios de mínima intervención, subsidiariedad y de fragmentariedad)[11].

Ahora bien, la existencia paralela de dos valoraciones jurídicas (una extrapenal y una penal) para los mismos hechos ilícitos trae consigo, por lo menos, tres *problemas prácticos* serios: la "fisión normativa" en cuestiones interpretativas, la "intervención administrativa previa" que podría neutralizar la intervención penal y los conflictos interdisciplinarios relacionados con el principio "ne bis in idem".

2. La fisión normativa

El primer problema (*fisión o ambivalencia de la norma*) fue advertido pioneramente por KLAUS TIEDEMANN[12], sobre todo para las relaciones entre el Derecho penal económico y el Derecho civil, aunque los problemas también pueden trascender a la relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo. Esta división en la interpretación de la misma norma ocurre cuando el operador penal de la norma (vinculado al principio de legalidad, el cual, entre otras cosas prohíbe la analogía) entiende el mismo concepto de manera distinta (más estrecha) que el operador extrapenal de la norma. Esto

---

[9] Lo "cualitativo" tiende a acentuar más bien el elemento de "reproche ético-social" que tiene la *pena* mas no la "sanción administrativa": no es lo mismo ser considerado "delincuente" que "infractor administrativo", tanto por la mayor entidad del recorte de libertades que importa la pena (que puede constituir en una privación de libertad), como también por la tradicional percepción de ella por parte de los ciudadanos; ver más refs. al respecto en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 77. Al respecto TIEDEMANN afirma que también existiría un cierto "reproche" en las sanciones administrativas, aunque ésta sea de menor entidad: "reproche de una simple disconducta" sin contenido ético social; ver "Derecho penal administrativo...", p. 59 y s. Pero este elemento "cualitativo" entra a tallar en la "pena" y no en el "ilícito"; en este último, la diferencia es tan sólo "cuantitativa"; ver al respecto ABANTO VÁSQUEZ, "Diez años...", p. 33 [en esta compilación: p. 614 y s.], nota al pie 30; ídem "Derecho de la libre competencia", p. 81; ambos c. más refs.

[10] Ver al respecto, c. más refs., ya anteriormente, ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 194 y s.; ídem "Derecho penal económico. Parte especial", p. 489 y ss.; igualmente en "Diez años...", p. 36; "Delitos contra el mercado", p. 142 y s. [en esta compilación: p. 664]

[11] Cfr. c. más refs. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 2, n. marg. 97 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 73; ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 66 y ss.; "Diez años...", p. 33 y s. [en esta compilación: p. 614 y s.]

[12] Ver últimamente en "Derecho penal económico", p. 137 y ss., n. marg. 111 y ss.; también ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 113 y s.

es inevitable en estos casos, pero debería llevar, como sugiere TIEDEMANN, a exigir siempre una "interpretación restrictiva" de las normas penales: "... la interpretación penal no debe ir más allá del ámbito de aplicación de la regulación del Derecho económico (o civil)..."[13].

Hasta donde alcanzo a ver, este problema no ha generado ninguna discusión ni en la doctrina ni en la práctica peruanas en lo relacionado con los elementos típicos de una infracción penal y una administrativa. Por tal motivo, tampoco profundizaremos más en el tema.

3. La intervención administrativa previa y el "ne bis in idem" procesal

En cambio, sí ha sido de gran importancia práctica en el Perú la llamada *intervención administrativa previa*. Mientras que en Alemania se discuten, sobre todo, los efectos que puedan tener, para el Derecho penal, las autorizaciones administrativas[14], en el Perú se trata más bien de la *descriminalización fáctica* de los tipos penales previstos en las normas penales cuando, como consecuencia de normas administrativas "escondidas", se tiende a relativizar la persecución de los delitos (económicos) al impedirla o condicionarla al cumplimiento de determinados requisitos[15].

El sistema legal peruano permite que, a través de una serie de normas administrativas, se pueda modificar la política criminal inicial del Código Penal para condicionar la persecución penal, mediante exigencias de todo tipo, o incluso descriminalizar conductas punibles[16]. Debido a la criticable falta de respeto del "principio de reserva de la ley penal" es posible que se produzcan estas manipulaciones a las normas del Derecho penal y el Derecho procesal penal[17], con lo cual se atenta, además, contra la "legalidad procesal" (art. 159,

---

[13] TIEDEMANN, "Derecho penal económico. P. G.", n. marg. 124, p. 147.

[14] El tema de la "accesoriedad administrativa" se ha analizado sobre todo para el caso de los "delitos ambientales" o ecológicos y se refiere a la influencia de la definición que la administración haga a determinados elementos previstos en los mismos tipos penales, sea posibilitando una "causa de justificación", un elemento típico adicional e incluso la definición misma del injusto penal. El caso más claro es el de la "autorización" dada por el órgano administrativo. Al respecto ver últimamente TIEDEMANN, "Derecho penal económico. P. G.", n. marg. 2 (p. 44 y s.), n. marg. 201 y ss. (p. 200 y ss.).

[15] Ver con más detalles y ejemplos relacionados con el Derecho penal económico y las normas administrativas correspondientes (libre competencia, competencia leal, propiedad industrial, banca y seguros, sistema tributario, etc.) hasta hace muy poco, ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 192 y ss.; también "Diez años...", p. 31 y ss. [en esta compilación: p. 613 y s.]; "Derecho penal económico. P. E.", 2000, p. 71, 496 y ss

[16] Como también ha vuelto a suceder con la descriminalización de sendos delitos contra la competencia hace pocos años; ver ABANTO VÁSQUEZ, "Delitos contra el mercado...", p. 150 y ss., 166 y s. [en esta compilación: p. 673 y ss., 689 y ss.]

[17] Al respecto, ampliamente, ABANTO VÁSQUEZ, "Principio de reserva...", p. 197 y ss. [en esta compilación: p. 151 y ss.]; ya antes, "Diez años...", p. 32 y s. [en esta compilación: p. 614]; "Comentarios a la ley de delitos agravados...", p. 117 y ss. Aunque estos análisis provienen de finales del siglo pasado, hasta ahora lamentablemente no ha cambiado nada al respecto en el Derecho peruano.

números 1 y 5 de la Constitución de 1993), y se "subordina", de manera ineficiente, el Derecho penal al Derecho extrapenal[18]. En suma, si para el Derecho penal y procesal penal, la exclusividad en el inicio de los procesos penales debe recaer, en principio, en el Ministerio Público, las excepciones a esto (que como tales deberían ser escasas), tendrían que estar previstas en la misma ley penal y tener un fundamento razonable (p. ej. estar reservadas a las "víctimas" del delito)[19].

Como ya se ha precisado en otro lugar, en muy pocos casos, la ley peruana hace una *distinción legislativa* expresa entre el ilícito penal y el ilícito administrativo que destaca de manera más o menos clara la mayor gravedad del ilícito penal, exigiendo p. ej. de manera expresa el cumplimiento de algún elemento adicional en el caso del delito (p. ej. cuantía, mayor perjuicio económico, intención especial, etc.)[20]. Cada uno de estos casos de distinción legal entre ilícito administrativo e ilícito penal deberá analizarse por separado, porque el criterio diferenciador obedece a una distinta apreciación del legislador acerca del carácter punible del hecho[21]. Esta "solución limpia" sería, por lo demás, el resultado natural de entender que el Derecho penal realiza *una sola* protección "fragmentaria" de los bienes jurídicos: las disposiciones penales protegen tan sólo bienes jurídicos vitales contra los más graves atentados[22]. Con ello, un gran número de infracciones administrativas sólo serían perseguibles administrativamente y entre ellas y los tipos penales existentes no habrían, desde el principio, problemas de "doble sanción"[23]. Pero incluso tras excluir estos casos claros de distinción legislativa, quedaría aún un gran número de ilícitos para los cuales el legislador no ha previsto ningún criterio de diferenciación entre lo penal y lo administrativo, motivo por el cual podría producirse una "doble persecución" y una "doble sanción" penal y administrativa. Esto se analiza más adelante a partir del punto 4.

En el Perú, desde mediados de los años 90 del siglo XX, ha comenzado a funcionar un auténtico *Derecho administrativo sancionador* a través del reconocimiento de sus principios en la jurisprudencia del órgano administrati-

---

[18] Al respecto, sobre los "informes de INDECOPI", ver ABANTO VÁSQUEZ, "Diez años...", 35 y ss., 39 [en esta compilación: p. 616 y ss., 620].

[19] Ver con ejemplos, ABANTO VÁSQUEZ, "Diez años...", p. 32 y s. [en esta compilación: p. 614].

[20] Al respecto ver, c. más refs., ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 197 y ss. En cambio, parece rechazar este primer nivel de diferenciación, GARCÍA CAVERO, "El principio del non bis in idem...", p. 170, quien teme que con ello pudieran dejarse vacíos de punibilidad tanto administrativos como penales.

[21] Ver mis propuestas en "Derecho penal económico. P. E.", p. 65 y ss., 70, p. 474, 496.

[22] Resaltando esto ver ya en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 59.

[23] También destaca esta situación, con ejemplos de elementos "cuantitativos" y "cualitativos" de distinción, GARCÍA CAVERO, "El principio del non bis in idem...", p. 178 y s.

vo encargado de proteger la libre competencia y otros intereses relacionados con el funcionamiento de la economía de mercado (INDECOPI), tal como expuse en otro lugar[24]. Posteriormente, el 21 de marzo de 2001 se promulgó (y se publicó el 11 de abril del mismo año) la nueva Ley del procedimiento administrativo general (Ley 27444), que consagra una serie de principios del procedimiento administrativo (art. IV del Título preliminar) y la responsabilidad de la administración pública y de su personal (Título V), además de incluir todo un capítulo referido al Derecho administrativo sancionador (capítulo II) donde se prevén los "principios de la potestad sancionadora" (entre otros: la legalidad, tipicidad, irretroactividad, etc.[25].

Últimamente, tras los problemas prácticos que ocuparon a la jurisprudencia constitucional y suprema penal (al respecto ver en 5), se ha tratado de solucionar el problema de "coordinación" entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador mediante reglas procesales que parten de la *preeminencia del Derecho penal*. Así, el nuevo *Código Procesal Penal* de 29 de julio de 2004 (D. Leg. 957)[26] prevé en su artículo III expresamente una "interdicción de la persecución penal múltiple": "Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo...". La primera parte de este enunciado ("Nadie podrá ser procesado...") alude al *ne bis in idem procesal*, últimamente acogido de manera amplia y estudiado por la doctrina procesal penal peruana[27]. Este principio tiene su fundamento tanto en la necesidad de limitar el poder punitivo del Estado como también en la intención de recortar los costos personales que implica el proceso para el

---

[24] Ver ABANTO VÁSQUEZ, "La protección penal de la competencia", p. 143 y ss., 153, columna derecha y s. También la doctrina penal nacional se ha manifestado poco a poco en este sentido; ver MEINI, p. 204.

[25] Pero no se ha llegado a reconocer, de manera expresa, el "principio de culpabilidad", sino un "principio de causalidad" (art. 230, numeral 8) que parece aludir más bien a una "responsabilidad objetiva", la cual, sin embargo, ha sido desterrada expresamente en el Derecho penal peruano a través del artículo VII del Título Preliminar del C. P. En la *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República* (Ley N° 27785), publicada el 22-07-2002, se define esta "relación causal" en su disposición final novena (definiciones básicas): "**Relación causal**.- Consiste en la vinculación de causa adecuada al efecto entre la conducta activa u omisiva que importe un incumplimiento de las funciones y obligaciones por parte del funcionario o servidor público y el efecto dañoso irrogado o la configuración del hecho previsto como sancionable".

[26] Ya en el Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2004 se pretendía introducir una norma que impidiera la persecución administrativa por hechos que constituyeran materia penal; ver al respecto, c. más refs. SÁNCHEZ MERCADO, "¿Existen excepciones...?" p. 161.

[27] P. ej., los recientes trabajos de CERDA SAN MARTÍN/FELICES MENDOZA, p. 169 y ss., así como de SAN MARTÍN CASTRO, "Estudios...", p. 166 y ss.; GUEVARA PARICANA, p. 167 y ss.; NEYRA FLORES, p. 178 y ss.; desde una perspectiva normativista radical, GARCÍA CAVERO, "El principio del non bis in idem...", p. 185.

imputado[28]. A ello habría que añadir también la "racionalización de recursos" (económicos) por parte de la administración. En el campo procesal penal, el principio aludido significa que la persona no puede ser perseguida sucesivamente, ni debería tener pendiente, de manera contemporánea, dos o más procesos por los mismos hechos constitutivos de delito[29]; lo cual abarca también otros procedimientos que puedan darse dentro del proceso principal y que implicaren graves recortes de libertades, como el "mandato de detención"[30]. La consecuencia clara de este principio es que, si ya se hubiera iniciado el proceso administrativo, la autoridad administrativa correspondiente debería paralizarlo y enviar todo lo actuado al juez penal para que sea solamente éste quien resuelva sobre los hechos[31].

4. El "ne bis in idem" material

a) Terminología, orígenes, fundamentación

En el campo ya más estricto de las relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo (sancionador), se plantea la vigencia del principio de respeto al *ne bis in idem [crimen judicetur]*[32], o sea, a la "prohibición de sancionar simultánea o sucesivamente dos o más veces por un mismo hecho, cuando las normas sancionadoras posean un mismo fundamento o base racional"[33]. Concretamente, se puede dar esta situación en la sanción al mismo sujeto que hubiera realizado una infracción legal prevista simultáneamente como tal en distintas áreas del Derecho, como p. ej., entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, entre distintas áreas del Derecho administrativo, entre el Derecho administrativo y el Derecho laboral, el Derecho penal y/o administrativo nacional y el Derecho supranacional (como el Derecho Comunitario europeo o el Derecho de la integración entre distintos países: Mercosur, Comunidad Andina), etc.

En primer lugar, debe aclararse que, aunque el principio "ne bis in idem" tenga una estrecha vinculación con la institución procesal de la *cosa juzgada*,

---

[28] Cfr. c. más refs. NEYRA FLORES, p. 180, 187 y s.; ROXIN/SCHÜNEMANN, § 52, n. marg. 6, p. 397.

[29] Cfr. NEYRA FLORES, p. 187 y s.

[30] Cfr. ROXIN/SCHÜNEMANN, § 52, n. marg 6, al final, p. 397.

[31] En este sentido, CERDA SAN MARTÍN/FELICES MENDOZA, p. 175; GUEVARA PARICANA, p. 171.

[32] En esta necesidad coincide últimamente la doctrina nacional; ver GARCÍA CAVERO, "Consideraciones", p. 237 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico P.E.", 2000, p. 192, 498 y ss.; también "Derecho penal económico", 1997, p. 185 y s.; CARO CORIA, p. 1 y ss., 23; MEINI, p. 206, col. izq.; URQUIZO OLAECHEA, p. 134 y ss.

[33] GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 212. Siguiendo la tradición española, estos autores se decantan conscientemente por usar el término "non bis in idem"

no es idéntico a ella[34]. Esta última se limita más bien a procesos y condenas penales y por tal motivo es de carácter más estrecho; su naturaleza es procesal[35]. En cambio, el "ne bis in idem" es un principio mucho más amplio que ha sido recogido y desarrollado en el Derecho penal y constitucional para evitar la *desproporcionalidad* y *arbitrariedad* de la intervención estatal en los derechos fundamentales de los ciudadanos (mediante la aplicación conjunta de pena y sanción administrativa).

Tiene, por lo tanto, una similar idea fundamentadora que el "principio de legalidad"[36], y así suele ser reconocido mayoritariamente en la doctrina y jurisprudencia[37]. Pero en la doctrina hay discusión sobre la naturaleza del principio "ne bis in idem". Para parte de la doctrina, en vez del "principio de legalidad", sería preferible recurrir directamente al "principio de proporcionalidad"[38], o a la "prohibición de doble valoración" (p. ej. la mayor pena contra un funcionario público empleando la agravante genérica del art. 46 que se refiere precisamente a la condición de funcionario público)[39]. Con esto se tendría la ventaja de abarcar otros casos más de "doble persecución penal"[40]. Pero lo cierto es que esta supuesta ventaja tiene el inconveniente de

---

[34] Hacen esta acertada aclaración, URQUIZO OLAECHEA, p. 132; CARO CORIA, p. 2 (punto 3); GUEVARA PARICANA, p. 171; NEYRA FLORES, p. 178 y s. Sobre la cosa juzgada, en sentido procesal penal, ROXIN, "Derecho procesal penal", p. 434 y ss.; MEYER-GOSSNER/SCHMITT, Einleitung [introducción], n. marg. 163 y ss.; SÁNCHEZ VELARDE, p. 354 y s.

[35] Sobre la discusión en torno a la naturaleza de la "cosa juzgada", ROXIN, quien considera dominante la "teoría de la cosa juzgada procesal", "Derecho procesal penal", p. 436.

[36] La prohibición de arbitrariedad o de doble sanción puede rastrearse hasta el Derecho romano y, eventualmente incluso desde la filosofía griega (esto último es polémico); ver al respecto, c. más refs. en MANSDÖRFER, p. 54 y ss.; THOMAS, p. 31; GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 214, nota al pie 9. Del Derecho romano habría pasado al Derecho canónico, se habría perdido luego durante el proceso inquisitivo y recién habría resurgido desde la Ilustración y recogido expresamente por la Revolución Francesa en el catálogo de las libertades generales de la Constitución de 1791 (Título III, Capítulo V, artículo 9). Sobre esto y más cuestiones históricas ver en SCHULZE-FIELITZ, c. más refs., art. 103 III, n. marg. 1 y ss., p. 803 y s.

[37] Su estrecha vinculación con estos principios ha llevado probablemente a que el legislador considerare innecesaria su previsión expresa en la Constitución de algunos países; al respecto ver MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, remitiéndose a un fallo constitucional español, p. 108; similar LUZÓN PEÑA, p. 32, n. marg. 33. Ver también CARO CORIA, p. 2 (punto 2). URQUIZO OLAECHEA encuentra vinculaciones con otros principios y garantías: libertad y seguridad personales, debido proceso, etc. Ver también, para la doctrina penal y la (anterior) jurisprudencia españolas, GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 212, nota al pie 3.

[38] En este sentido, citando jurisprudencia y doctrina españolas, c. más refs. GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 212 y s., y nota al pie 5. LUZÓN PEÑA llega indirectamente a la "proporcionalidad" a través de los principios constitucionales de justicia e igualdad (art. 1, primer párrafo de la Constitución Española); p. 32, n. marg. 33.

[39] En este sentido ya anteriormente, ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", p. 95 y s.; últimamente, SAN MARTÍN CASTRO, p. 166.

[40] P. ej. impedir sanciones penales por acciones cometidas por pertenecientes a comunidades nativas o indígenas que tuvieran su propio sistema de solución de conflictos; en este sentido, SAN MARTÍN CASTRO, p. 167. Más polémico es el caso de la "reincidencia" donde no habría aquí violación del "ne bis in idem" pese a que un hecho anterior (ya juzgado) del mismo sujeto es valorado nuevamente para elevar la pena en un nuevo hecho punible; se

presuponer, en contra de la realidad, una situación legal de proporcionalidad o desproporcionalidad perfectas. En otras palabras, podría darse el caso de que, por un defecto del legislador (tipo penal benigno ante tipo administrativo severo), no se pudiera verificar ninguna desproporcionalidad de lege lata y ello permitiere la doble sanción[41]. En realidad, el principio "ne bis in idem" tiene que ver con ambos principios pues, como se dijo al inicio, parte de la idea básica de evitar la "arbitrariedad". Pero también debe reconocerse que ante todo prima la "legalidad": la doble sanción atenta contra la voluntad legislativa de buscar proporcionalidad en su previsión de sanciones contra infracciones: una sola sanción por una infracción y no varias y diversas sanciones[42].

Si se quiere buscar un denominador común a todas estas posiciones, lo más acertado será vincular el "ne bis in idem" directamente con la idea de *estado de Derecho* como se suele hacer en la literatura alemana sobre Derecho administrativo sancionador[43], porque, en realidad, su contenido implica un "mandato objetivo de optimización", dirigido a todas las ramas del Derecho sancionador en cuanto a los presupuestos y consecuencias de sus reglas: el Derecho tan sólo debería emprender *un intento* para sancionar al individuo que hubiera atentado contra el ordenamiento jurídico y, al respecto, solamente debería emitir *una única decisión material en un solo procedimiento* de carácter definitivo[44]. Y bajo el respeto del "estado de Derecho", con el "ne bis in idem" se busca garantizar, por un lado, la *justicia material;* y por el otro, la *seguridad jurídica*[45], asimismo en última instancia también la *libertad personal*[46].

b) Evolución, contenido material

En **Alemania**, por lo menos desde el Ordenamiento Procesal Penal de 1877, se había reconocido interpretativamente la vigencia del principio "ne bis

---

argumenta que no implicaría un incremento de culpabilidad en el nuevo hecho juzgado y tendría fines preventivo-especiales; ver San MARTÍN CASTRO, p. 167 y s., c. refs. de la jurisprudencia española.

(41) Cfr. c. más refs. GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 213.

(42) En este sentido, c. más refs. GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 213.

(43) BOHNERT, KK-OWiG n. marg. 135, p. 31.

(44) Cfr. c. más refs., MANSDÖRFER, p. 41, 44.

(45) Recurre a la "justicia material" en caso de que hubiera ya una condena anterior y, por lo tanto, una retribución de culpabilidad mientras que la "seguridad jurídica" tendría que ver con los otros dos supuestos de intervención del "ne bis in idem": una nueva punición dentro del contenido de injusto y culpabilidad (prohibición de suplemento) y una nueva persecución penal después de una absolución (cosa juzgada); ver STREINZ, p. 412, columna derecha.

(46) Destaca esto último, en el sentido de un "derecho de defensa", THOMAS, p. 36.

in idem"[47]. Tras su subordinación abusiva a los llamados intereses del pueblo y del Estado durante la época nacionalsocialista, se buscó "seguridad jurídica" consagrando el principio en la Ley Fundamental[48]. En la actualidad, el rango constitucional del principio está garantizado por el artículo 103, párrafo 3, de la Ley Fundamental alemana, el cual dice: "Nadie podrá ser penado varias veces por el mismo hecho con base en las leyes penales generales". Y esto es entendido ampliamente como la prohibición de una persecución penal múltiple dentro del país, aunque se siga discutiendo aún sobre la extensión del principio más allá del Derecho penal criminal, especialmente en el ámbito del Derecho disciplinario[49], pues, como disposición constitucional, el principio solamente constituye un "núcleo", una "garantía básica", que estaría abierta a nuevos desarrollos y entendimientos jurídicos penales y procesal-penales[50]. Y esto significa no sólo que el principio puede ser desarrollado y abarcar más áreas que aquellas para las cuales había sido originalmente diseñado, sino que también puede encontrar limitaciones (excepciones), las cuales, sin embargo, precisarán una justificación especial con argumentos también constitucionales (p. ej. la "revisión" de una sentencia penal)[51]. Con esto también ha quedado claro que el principio de "proporcionalidad" por sí solo no puede ser la base del "ne bis in idem". Así, p. ej., el art. 51, párrafo 3 StGB (el "descuento" de penas cumplidas en el extranjero), que se basa en la "proporcionalidad", no cubriría todos los alcances del principio "ne bis in idem"[52]. La tendencia se dirige, por ello, a admitir, cada vez más la aplicación del "ne bis in idem" también entre el Derecho penal y el Derecho extrapenal, o incluso entre dos ramas sancionadoras autónomas no penales. Así, ya en una de las primeras sentencias constitucionales, la del 18 de diciembre de 1953 (TFC, tomo 3, p. 248 y ss.), y luego en la del 24 de febrero de 1970 (tomo 12, p. 66 y ss.), y posteriormente en cuanto al Derecho disciplinario (tomo 21, p. 391 y ss., tomo 43, p. 101 y ss.) se han sentado las bases para el reconocimiento amplio del "ne bis in idem" en el Derecho sancionador[53].

En cuanto a las *leyes sancionadoras contravencionales* (equivalentes al Derecho administrativo sancionador) su reconocimiento como "ley penal",

---

[47] Ver, c. más refs. jurisprudenciales y la discusión dogmática de entonces (sobre el carácter material, procesal o mixto del principio), MANSDÖRFER, p. 57 y s.; KNIEBÜHLER, p. 17 y s.; THOMAS, p. 32 y s.

[48] Cfr. MANSDÖRFER, p. 5; KNIEBÜHLER, p. 18 y s.; THOMAS, p. 33, 34 y s. KERNER/KARNOWSKI, p. 580 y s.

[49] MANSDÖRFER, p. 59; ROXIN/SCHÜNEMANN, Strafverfahrensrecht, § 52, n. marg. 7, p. 397.

[50] Cfr. citando jurisprudencia constitucional alemana, KNIEBÜHLER, p. 20 y s.

[51] Cfr. KNIEBÜHLER, p. 21; MANSDÖRFER, p. 44 y ss., 49 y s.

[52] Cfr. STREINZ, p. 412, columna derecha y s. destacan sobre todo el "Estado de Derecho", la "segurdidad jurídica" y la "protección material de la libertad", KERNER/KARNOWSKI, p. 581 y s.

[53] Al respecto, ampliamente en THOMAS, p. 34 y s., KNIEBÜHLER, p. 20 y s., 31 y ss., MANSDÖRFER, p. 58 y s.

en el sentido de la disposición constitucional alemana, no ha tenido mayores problemas, porque existe una regulación expresa que establece, en el sentido del "ne bis in idem" los casos de doble sanción (arts. 84 y 85 OWiG), aparte de que muchos de los tipos contravencionales constituían antes tipos penales (especialmente las antiguas "faltas" penales)[54], pero esa regulación también prevé (art. 84, segundo párrafo OWiG) que la sanción contravencional excluya una ulterior persecución penal por los mismos hechos[55]. Hasta aquí todo parece solucionado a nivel nacional. Sin embargo, podrían surgir problemas adicionales cuando algunas áreas del Derecho contravencional tuvieran una regulación adicional a nivel supranacional. Ello ocurre, p. ej. en el caso del "Derecho de cárteles" (o de la "libre competencia") alemán, que puede, en gran parte, coincidir con el Derecho de la Comunidad Europea y llevar, en la práctica, a una "doble sanción". Pero en los últimos años se ha producido una mejor coordinación entre ambas áreas jurídicas para evitar la doble tipificación de las mismas conductas (unificación de finalidades), aunque, con la inconsecuencia poco comprensible, de reconocer expresamente la imposición de una "doble sanción": la sanción administrativa sancionadora nacional, por un lado, y la comunitaria por el otro (art. 5 del Reglamento N° 1/2003 referido al procedimiento comunitario contra cárteles)[56].

Más problemas ha tenido el *Derecho disciplinario*, donde se reconocía inicialmente el "estatus especial de derecho y de deberes" del funcionario público para permitir la legitimidad de la sanción disciplinaria además de esta penal[57]. Una exclusión completa ha sido, sin embargo, considerada incompatible con el estado de Derecho[58], pero la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el "deber de consideración" que debe tener una disciplina jurídica respecto de la sanción que hubiera impuesto otra disciplina que también ejerciera ius puniendi y exige el "descuento" de la sanción impuesta[59]. En la literatura constitucional alemana se había criticado la exclusión del "derecho disciplinario" (e inicialmente del derecho contravencional) de la garantía

---

[54] Cfr. SCHMAHL, art. 103, n. marg. 42, p. 2137.

[55] Cfr. MEYER-GOSSNER/SCHMITT, Einleitung, n. marg. 180, p. 50

[56] Al respecto, ampliamente y analizando todos los casos de doble sanción que podrían darse en el ámbito comunitario y nacional cuando se produjeran infracciones contra las normas protectoras de la libre competencia, STREINZ, p. 412 y ss., esp. 414 y ss.

[57] C. más refs. últimamente FRISTER, p. 520, columna izquierda.

[58] Claramente en las sentencias del Tribunal Constitucional Alemán (TCA), tomo 21, p. 378 ss., esp. 388; tomo 28, p. 264 y ss., esp. 277 y ss.; al respecto SCHMAHL, art. 103, n. marg. 42, p. 2137; ver también, en este sentido restrictivo, KNIEBÜHLER, p. 32 y s.

[59] Cfr. SCHMAHL en Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, art. 103, n. marg. 42, p. 2136 y s.; similar SCHULZE-FIELITZ, en Dreier, art. 103 III, n. marg. 22 y s., p. 812 y s.; MEYER-GOSSNER/SCHMITT, Einleitung, n. marg. 178 y s., p. 49 y s.; ROXIN/SCHÜNEMANN, § 52, n. marg. 7, al final; MANSDÖRFER, p. 60.

constitucional de "ne bis in idem", pues tradicionalmente se había empleado una interpretación literal e histórica del término "leyes penales generales" para vincularla sólo con el Código Penal y las leyes penales especiales[60]. Últimamente la literatura y la jurisprudencia constitucional alemanas admiten que, a partir de la idea de seguridad jurídica y prohibición constitucional de exceso, sería posible ampliar los límites de la exclusión de doble sanción que serán tanto más aplicables "mientras más puedan equipararse las distintas sanciones según sus objetivos y su naturaleza"[61]. También en el "Derecho de ejecución penal", donde todavía hay mucha resistencia a considerar el "ne bis in idem" cuando sus normas disciplinarias confluyeran con normas penales[62], se critica esto y se exige en tal caso la preeminencia del Derecho penal[63]. Todos los argumentos utilizados para legitimar la autonomía del Derecho disciplinario carcelario tampoco resisten un análisis crítico[64].

En lo *procesal*, el juez penal puede conocer también sobre hechos que implicaren una contravención. Para ello se han dado reglas específicas en el Código de Contravenciones (arts. 81 a 84 OWiG) referidas al cambio de procedimiento contravencional a proceso penal (art. 81), la posibilidad de que en el proceso penal se reconozca, prosiga y culmine el proceso sólo como contravención (art. 82), el caso en que los hechos involucren contravenciones y delitos y las variantes posibles en caso de apelación por uno u otro hecho (art. 83), y los efectos de cosa juzgada de estos procesos (art. 84). Esto último resulta particularmente interesante como modelo de solución, pues como la justicia penal está facultada para procesar también por "contravenciones" (ilícitos administrativos), en caso de un fallo final sobre estas, ella tendrá efectos de "cosa juzgada" oponible a nuevas persecuciones, incluso penales (art. 84, párrafo 2).

---

[60] SCHMAHL, art. 103, n. marg. 42, p. 2136 y s.; SCHULZE-FIELITZ, art. 103 III, n. marg. 21 y s., p. 811 y s. Otra interpretación alude precisamente a que el legislador constitucional habría querido excluir al Derecho disciplinario de la aplicación del "ne bis in idem"; ver las refs. al respecto en FRISTER, p. 520, columna izquierda; KNIEBÜHLER, p. 32.

[61] C. más refs. jurisprudenciales y doctrinarias, SCHULZE-FIELITZ, art. 103 III, n. marg. 23, p. 812. Ver también, de manera similar, SCHMAHL, art. 103, n. marg. 42, p. 2136 y s.

[62] Así la misma conducta del preso puede, además de constituir un acto de indisciplina, atentar contra la convivencia ordenada dentro del establecimiento, en cuyo caso, la jurisprudencia alemana suele aplicar la sanción disciplinaria independientemente de la penal correspondiente. Cfr. la jurisprudencia alemana en este sentido, en FRISTER, p. 520, columna izquierda.

[63] FRISTER, quien acertadamente indica que no habría una diferencia esencial entre pena y medida disciplinaria, p. 522, columna izquierda, al final.

[64] Básicamente se arguye una diferencia esencial entre "pena" y "medida disciplinaria", tanto porque tendrían diferentes finalidades (carácter retributivo o general-preventivo la primera; finalidad preventivo-especial la segunda), o porque las dos consecuencias jurídicas se dirigirían a diferentes círculos jurídicos (la "pena" a cualquiera dentro del ordenamiento jurídico; la "medida disciplinaria" tan solo a sujetos con un estatus de servicio); cfr., quien acertadamente rebate estos argumentos ("pena" y "medida disciplinaria" tienen las mismas finalidades; no hay una diferencia de círculos jurídicos, pues el Derecho disciplinario no constituye un sistema normativo autónomo de ius puniendi) FRISTER, p. 520, columna derecha y ss.

Por lo demás, en el Derecho Constitucional alemán, se reconocen tres niveles de significación del principio: la prohibición de una nueva pena tras agotado el contenido de injusto y culpabilidad; la prohibición de una nueva pena dentro del contenido de injusto y culpabilidad del hecho a través de un "suplemento"; y la prohibición de una nueva persecución penal después de la absolución[65]. Y al igual que en otros países, los requisitos para la aplicación del "ne bis in idem" son la misma persona (nacional o extranjera, persona natural o persona jurídica si ésta fuere penalmente imputable), el mismo hecho (entendido en sentido amplio) y la sanción proveniente de "leyes penales", aunque se reconoce que estos requisitos necesitan desarrollo jurisprudencial[66]. Aquí es especialmente interesante constatar que la jurisprudencia constitucional alemana utiliza un concepto de "hecho" similar al procesal, pero diferente del penal (concepto material) que rige para solucionar los casos de concurso. Se quiere así evitar conscientemente una extensión exagerada del "ne bis in idem" que pudiera producir "contradicciones valorativas" (TFA, tomo 56, p. 22 y ss., 32). Pero tampoco hay plena coincidencia con el concepto procesal de "hecho", pues lo que interesa, para la aplicación del principio constitucional sería una "unidad natural" que será determinada, de la manera más objetiva posible, teniendo en cuenta las experiencias sociales[67].

En suma, en la actualidad, no sólo la doctrina, sino también la jurisprudencia penal y constitucional extranjeras han ido reconociendo poco a poco la vigencia del principio "ne bis in idem" en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador (o contravencional en Alemania)[68].

c) *Ne bis in idem* y Derecho internacional

En el **Derecho (penal) internacional** también ha sido reconocido, aunque limitadamente, el "ne bis in idem", pues en general predomina aún el entendimiento de que éste solamente regiría plenamente como garantía en el Derecho nacional[69]. No obstante, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Federal Alemán han admitido la aplicación del principio de "cóm-

---

[65] SCHULZE-FIELITZ, art. 103 III, n. marg. 12, p. 807 y s.; STREINZ, p. 412, columna derecha.

[66] SCHMAHL, art. 103, n. marg. 41, segundo párrafo, p. 2136.

[67] C. más refs. ver KNIEBÜHLER, p. 31; KERNER/KARNOWSKI, p. 583 y s.

[68] Ver para España, c. más refs. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 76 y s., 108 y ss.; para Alemania, ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, § 2, n. marg. 60 y ss., 130 y ss.

[69] Ver las refs. de la literatura y jurisprudencia alemana en KNIEBÜHLER, p. 17 y ss., 62 y s.; BRODOWSKI, p. 341, columna izquierda; THOMAS, p. 38.

puto" "toma en cuenta" o "descuento" (art. 51, párrafo 4, oración 2 StGB) en la sentencia alemana cuando hubiera condenas extranjeras anteriores[70].

En el Derecho internacional público tiene cierta importancia el artículo 20 (modificado por resolución RC/Res. 6 de 11 de junio de 2010) del "*Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*"[71], en el cual, pese a la denominación de "ne bis in idem" en los textos en inglés y en francés, su contenido tan solo reconoce la vigencia internacional de la conocida institución procesal penal de la "cosa juzgada" (como también la denomina la traducción al español del texto)[72]. Por otra parte, ya mucho antes, en el "Estatuto de la Corte Internacional de Justicia" (Corte de La Haya)[73], si bien no se había consagrado expresamente el principio "ne bis in idem", se dejó abierta la posibilidad de su reconocimiento práctico cuando se estableció que la Corte, al dar solución a los casos que le fueran planteados deberá aplicar "los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas" (art. 38, párrafo 1, letra c)[74].

Pero ya desde los años 90 del siglo XX, había surgido un reconocimiento legal supranacional expreso en el Derecho supranacional europeo. Así, el art. 54 del "Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen" (C.A.A.S.) dice[75]: "Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción,

---

[70] C. más refs. ROXIN/SCHÜNEMANN, § 52, n. marg. 21, p. 400; THOMAS, p. 40 y s.

[71] Documento de las Naciones Unidas A/CONF. 183/9 de 17 de julio de 1998; ver también en la colección United Nations, Treaty Series, vol. 2187, N° 38544.

[72] "*Artículo 20 Cosa Juzgada*

1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.

2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto.

3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7, 8 u 8 bis a menos que el proceso en el otro tribunal:

a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o

b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia."

[73] La Corte fue creada en 1945 y empezó a funcionar al año siguiente. Ver el texto del estatuto en United Nations Conference on International Organization, vol. 15, 355.

[74] Tras un análisis de Derecho comparado, THOMAS no encuentra mayores problemas de lege lata en Alemania para el reconocimiento de un "ne bis in idem universal", cfr. p. 27 y ss., 51.

[75] DOCE N° L 239 de 22/09/2000, p. 0019-0062. Por sus siglas en alemán, este acuerdo se denomina SDÜ.

se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena". Pero también y en general, resulta aplicable el Derecho europeo de los Derechos Humanos (art. 4 del Séptimo Protocolo Adicional de la Convención Europea de los Derechos Humanos)[76]. En cambio, en el caso de sentencias penales, debido al dominio del "principio de territorialidad" en las reglas de la ley penal en el espacio, el "ne bis in idem" suele ser limitado a resoluciones emitidas por un tribunal nacional o uno perteneciente a alguno los países signatarios de un acuerdo bilateral o miembros de espacio común como la Unión Europea[77]. Aún así, la ley penal (art. 51, párrafo 3 StGB) y la procesal alemana (art. 153 c, párrafo 1 N° 3 StPO) permiten aplicar el "principio de descuento" de la sanción penal extranjera en el marco de un proceso penal alemán[78].

A nivel supranacional, el caso más conocido y tratado es el referido a las sanciones administrativas y penales nacionales, y las de las autoridades comunitarias (Comisión Europea y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), referidas al Derecho de cárteles (abuso de posición dominante en el mercado y prácticas colusorias). En un caso, la base legal es la ley (administrativa o contravencional) nacional; en el otro, los artículos 81 y 82 del Tratado de la Unión Europea. Como se ha visto arriba, si bien a partir de la vigencia del Reglamento (comunitario) 01/2003 se han unificado objetivos entre la regulación comunitaria y las nacionales, como ya se dijo, todavía existe la posibilidad de la "doble sanción" o por lo menos la aplicación del "principio del descuento"[79]. Ahora bien, desde la vigencia de la nueva versión del Tratado de la Unión Europea (TUE), a partir del tratado de reforma de Lisboa (vigente desde diciembre del 2009), en el artículo 6, primer párrafo se ha reconocido la vigencia de la "Carta de los Derechos Fundamentales la Unión Europea"[80]. Esta Carta reconoce expresamente el principio "ne bis in idem" en su artículo 50: "Nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante

---

[76] Sobre todo esto ver, c. más refs. SCHULZE-FIELITZ, c. más refs., art. 103 III, n. marg. 7 y ss., p. 804 y ss.; SCHMAHL, art. 103, n. marg. 44, segundo párrafo, p. 2139; c. más refs. también ROXIN/SCHÜNEMANN, § 52, n. marg. 21, p. 400.

[77] Cfr. SCHMAHL, art. 103, n. marg. 44, primer párrafo, p. 2139; para el Derecho contravencional la situación es similar, ver BOHNERT, KK-OWiG, n. marg. 136, p. 31.

[78] Cfr. c. refs. MANSDÖRFER, p. 60.

[79] Ampliamente al respecto, STREINZ, p. 412 y ss., esp. p. 418, columna izquierda. En su exposición, este autor diferencia esta "relación vertical" entre Comunidad Europea y países miembros según si se tratare de una relación "nacional-supranacional", o sea si hubiera sido el Derecho nacional quien hubiera conocido y decidido primero los hechos (en tal caso se extinguiría el ius puniendi de la Comisión Europea pero ésta tiene la potestad de pedir la remisión de lo actuado según el art. 11, párrafo 6 del Reglamento), o de una relación "supranacional-nacional" cuando hubiera iniciado el procedimiento la Comisión Europea (se extingue la competencia de las autoridades nacionales de cárteles, pero se discute si aún así podrían conocer de los hechos argumentando finalidades nacionales).

[80] Publicado en DOCE 2000/C 364/01.

sentencia penal firme conforme a la ley". La redacción parece prescindir del elemento "ejecución" que sí se exigía en la versión del principio "ne bis in idem" prevista en el art. 54 del arriba mencionado C. A. A. S., lo cual ha dado pie a nuevas interpretaciones sobre los alcances del principio[81]: éste sí tendría una auténtica aplicación "transnacional" (y no bastaría la mera aplicación discrecional del "principio de descuento") aunque se restringiría sólo a los países vinculados a la Carta (los países miembros de la Unión Europea)[82].

El no reconocimiento del "ne bis in idem" entre resoluciones penales extranjeras, cuyos países no tuvieran un convenio ("terceros países"), tiene efectos decisivos en el marco de los procedimientos de extradición pues, aún cuando hubiere una condena en un país, esto no se opondría a la extradición (cuando se hubieran cumplido los demás requisitos para su procedencia). La doctrina mayoritaria no se opone a esto y sólo exige la extensión del principio "ne bis in idem", al igual que en el Derecho disciplinario, administrativo sancionador y penal, para los derechos sancionadores de los países miembros de un convenio internacional (como la Unión Europea o el Acuerdo Schengen)[83]. Pero se discute si, aplicando el "principio de proporcionalidad", las autoridades comunitarias deberían aplicar el "descuento" de sanciones en caso de resoluciones sancionadoras de "terceros países" (especialmente se discute el caso de los Estados Unidos)[84].

d) Situación en España

En **España**, el desarrollo de estos requisitos se atribuye a la STC 2/1981, fundamento 4to., que ha sido tomada en referencia por las demás resoluciones

---

[81] Defiende la tesis de la desaparición del "elemento ejecución", en contra de la jurisprudencia alemana, BÖSE, p. 504 y ss. La jurisprudencia y los comentarios de BÖSE se refieren a un auto del Tribunal Federal alemán de 25-10-2010 que negó la aplicación del "ne bis in idem" y confirmó la condena a prisión perpetua emitida por el tribunal alemán inferior a un criminal de guerra alemán. Estaba en cuestión la aplicación del "ne bis in idem" por el hecho de que ya existía una condena penal a prisión perpetua emitida por un Tribunal Militar italiano, pero esta sentencia nunca se había "ejecutado", y por tanto no se presentaba el elemento "ejecución" que exige expresamente el art. 54 SDÜ (por sus siglas en español: C. A. A. S.) y que supuestamente seguiría vigente, aunque de manera implícita, en el art. 50 de la "Carta". De no haber reconocido la vigencia del elemento "ejecución" (tesis propuesta por Böse), el TFA debió haber aplicado el "ne bis in idem", anulado la condena de primera instancia alemana, y dejado en manos de la justicia italiana la la ejecución de la primera sentencia; ver *ibídem*, p. 513.

[82] Cfr. BÖSE, p. 512 y s. Últimamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha enfatizado que el art. 54 sería aplicable a decisiones que concluyesen definitivamente la persecución penal en un Estado miembro "aun cuando hubiera ocurrido sin intervención de un Tribunal y no se hubiera utilizado la forma de un fallo". Esto podría, en Alemania, llevar a aplicar el ne bis in ídem también en caso de resoluciones de la Fiscalía que, en aplicación del principio de oportunidad, archivaren las investigaciones y no formalizaran la denuncia ante el Juez; ver amplia y críticamente al respecto KERNER/KARNOWSKI, p. 579 y ss., 594 y ss.

[83] Cfr., específicamente para el caso de la "extradición", críticamente contra la práctica europea que exige duplicidad de condenas dentro del propio territorio nacional, BRODOWSKI, p. 339 y ss., 346; para el caso del Derecho nacional y comunitario de cárteles, STREINZ, p. 412 y ss., 418, columna derecha.

[84] La legislación comunitaria vigente obliga a "considerar" las sanciones de "terceros países", pero no necesariamente a "aplicar" el descuento; al respecto STREINZ, p. 419, columna izquierda.

hispanas[85] y –como se verá más adelante- también ha influido en nuestra jurisprudencia administrativa y constitucional. Con este fundamento, al principio (durante los años 80), el Tribunal Constitucional español ha revocado sanciones administrativas sobre hechos penados, aunque últimamente tiende a lo opuesto: revocar sentencias penales debido a la existencia previa de sanciones impuestas administrativamente[86]. Pero en esto no parece haber un cambio fundamental de entendimiento del principio sino de una cuestion de facto: la falta de comunicación entre administración y justicia penal, así como la tendencia de la práctica administrativa a terminar primero con su procedimiento antes de "descubrir" la existencia de un delito (y comunicar recién entonces los hechos a la justicia penal)[87]. Aquí se manifiesta lo problemático que resulta la realización concreta del principio; básicamente se pregunta si primaría la vía penal sobre la administrativa o si esta última excluiría la posibilidad de la primera, o si existiría una solución intermedia en la que, con mayor justicia (es decir, sin sobrecriminalizar, pero tampoco favorecer la impunidad), se podría articular mejor la relación entre el proceso administrativo y el penal. En España, aunque no exista nada al respecto en la ley, parece regir el principio de la "prioridad de la aplicación de delito sobre la infracción administrativa paralela"[88], es decir que, sin importar quién conoció o inició primero los hechos, estos deben ser evaluados y sancionados siempre por la administración de justicia penal. La experiencia ha demostrado que, en caso de hacer regir la "prioridad cronológica" (el primer proceso o sanción excluiría al otro), de facto se pondría en manos de la administración la "llave" de la sanción, y el infractor se vería privilegiado con la posibilidad de recibir casi siempre y exclusivamente una sanción adminstrativa, pues el proceso administrativo suele ser mucho más rápido que el proceso penal[89]. En última instancia se estaría produciendo un atentado mismo contra la organización del Estado de Dere-

---

[85] Cfr. citando más resoluciones que se remiten a aquélla hasta antes del 2000, GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 215, nota 11.

[86] RUIZ ROBLEDO, "El derecho fundamental...", p. 297; remitiéndose a este, GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 215.

[87] RUIZ ROBLEDO, "El derecho fundamental...", p. 298; también, c. más refs., GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 215, nota al pie 14. Esto habría sido frecuente en el Derecho tributario español; ver c. más refs., GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 222.

[88] Ver en GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, quienes también exponen sobre la cambiante y controvertida jurisprudencia constitucional, p. 216 y ss. Particularmente se refieren a la STC 177/1999 de 11 de octubre de 1999 que todo dependía de quién conociera y evaluara primero los hechos (por lo general, la administración), tras lo cual, la primera sanción excluiría a la segunda (prior tempore, portior in iure); ver fundamento 4, ibídem, c. más refs.

[89] Cfr. c. más refs. la crítica de GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 218 y s.

cho y los fines político criminales del legislador penal vertidos en normas de mayor rango (leyes orgánicas o leyes simples según el caso)[90].

Pero en toda esta discusión resalta la formalidad de la argumentación. No se trata de que sólo pueda existir una sola sanción (o bien penal o bien administrativa) contra el infractor, sino que los mismos hechos no deban servir de base a una "doble valoración" que lleve a una doble sanción, basada en ella, contra una misma persona; no que no puedan nunca coexistir dos sanciones emitidas por diferentes áreas jurídicas. De aquí se deriva que, en algunos casos, la sanción administrativa pueda complementar a la sanción penal, o esta última podría considerar y descontar la primera. Lo que no puede admitirse es que sea la administración quien determine, con efectos excluyentes de la investigación penal, la naturaleza penal o no penal de la conducta[91]. Esto lo ha expresado con mucha claridad la jurisprudencia española desde antes de la última década. En especial y de manera expresa hay un cambio de orientación (y retorno a la doctrina de la STC 2/1981) en la STC 2/2003 de 16 de enero de 2003 (recurso de amparo)[92], en la cual, ante la confluencia de una sanción penal y otra administrativa por los mismos hechos (infracción grave contra la seguridad en el tráfico rodado), dispuso el descuento de la sanción administrativa (duración de privación del carnet de conducir y la cuantía de la multa) en la condena durante la ejecución de la sentencia (fundamento 6to), aclaró que, en realidad "en estos casos de concurrencia normativa aparente, de disposiciones penales y administrativas que tipifican infracciones, sólo la infracción penal es realmente aplicable" (fundamento 9no) y que por ello "la administración no puede conocer, a efectos de su sanción, ni del hecho en su conjunto ni de fragmentos del mismo, y por ello ha de paralizar el procedimiento hasta que los órganos judiciales penales se pronuncien sobre la cuestión" (fundamento 9no)[93].

Ahora bien, si bien, de conformidad con esta nueva línea jurisprudencial, es posible el descuento de la sanción administrativa en la ejecución de la sentencia penal (que ya se realizaba en la práctica judicial penal), esto no siempre será posible sin caer en contradicciones o forzar soluciones dudosas; p. ej.

---

[90] Así, con mayor claridad en España, donde los tipos penales están previstos en "leyes orgánicas", GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, c. más refs., p. 218.

[91] Cfr. de manera similar GÓMEZ TOMILLO/SAN RUBIALES, p. 218.

[92] Hubo un antecedente, aunque no tan elaborado, en la STC 152/2001 de 2 de julio; al respecto ver GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 220.

[93] Ver una exposición más amplia de esta resolución, aprobándola, GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 222 y s.

cuando hay sanciones administrativas que no encontraren su correspondiente penal (lo cual podría predeterminar al juez a imponer una sanción penal equivalente a la administrativa para poder proceder al descuento) o cuando la sanción administrativa, por mala técnica legislativa, hubiera sido más grave que la penal[94]. Buena parte de la doctrina española exige por eso que, en casos de convergencia de sanción penal y administrativa, esta última sea siempre anulada (preferentemente por el mismo juez penal) y tan sólo prevalezca la primera[95].

5. El principio "ne bis in idem" en el Derecho peruano

a) El "ne bis in idem", la Constitución peruana y la jurisprudencia constitucional

La Constitución peruana no ha previsto expresamente el principio "ne bis in idem", pero sí el principio de "legalidad" y el de la garantía judicial de la "cosa juzgada" (art. 139, número 13 Constitución de 1993, art. 90 CP). Desde el 2003 se cuenta ya con varias resoluciones del *Tribunal Constitucional* referidas a la aplicación del principio de "ne bis in idem" en relación con sanciones penales y administrativas contra las mismas personas por los mismos hechos.

En una de sus sentencias más detalladas sobre el tema, la STC de 16 de abril de 2003 (Exp. N° 2050-2002-AA/TC, caso "Ramos Colque")[96], el Tribunal Constitucional, de manera muy confusa, se ha expresado ampliamente sobre el "ne bis in idem". Por un lado, considera que no habría inconstitucionalidad en una "sanción disciplinaria" (pase a situación de disponibilidad de un efectivo oficial) como consecuencia de una condena emitida en sentencia penal (pena privativa de libertad), para lo cual se remite a jurisprudencia española (STC 234/1991), pues la sanción disciplinaria derivaría de un "interés legítimo de la administración" que sería propia de ella (y contrario sensu no del Derecho penal) consistente en la "irreprochabilidad de los funcionarios de la policía (fundamento jurídico N° 17, tercer párrafo) y que recién este interés o bien jurídico propio de la institución sería el que fundamentaría la imposición de la sanción disciplinaria, y no la "comisión de un delito" (fundamento jurídico N° 17, noveno párrafo). Aquí hay una evidente contradicción con un correcto entendimiento del Derecho penal y el Derecho administrativo. Se presupone una diferencia absoluta de "intereses o bienes jurídicos" del Dere-

---

[94] Cfr. c. más refs., GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 223.

[95] Ver c. más refs. GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 223.

[96] Ver comentarios a esta sentencia en CARO CORIA, p. 1 y ss., CHINCHAY CASTILLO, p. 243 y ss.; SÁNCHEZ MERCADO, "El ne bis in idem...", p. 981 y ss.

cho penal y del Derecho administrativo, a tal punto que se afirma que la infracción al Derecho penal (atentado grave contra un bien jurídico de suma importancia) de una misma persona (el funcionario público) no tendría nada que ver con la sanción disciplinaria que se le imponga por el mismo hecho, con lo cual prácticamente se deroga en la práctica la vigencia del principio "ne bis in idem" en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo[97]. Pero más adelante, en contra de lo que afirmó al principio, el Tribunal Constitucional admite que puedan producirse casos en los cuales la administración deba vincularse con los hechos probados por el juez penal, en los que incluso deberá esperar a que se resuelva el caso en la justicia común, o, que exista un "concurso aparente" entre infracción disciplinaria e infracción penal por una identidad de fundamentos de la sanción, en cuyo caso debería suspenderse el procedimiento administrativo y sujetarse a la decisión judicial (fundamento N° 17, párrafos 10 y 11). Estas situaciones solamente serían posibles si hubiera "identidad de bien jurídico", algo que precisamente negó al principio el propio Tribunal[98]. Más adelante el Tribunal reafirma (ahora sí correctamente) que el "ne bis in idem" tiene incluso raíces constitucionales, pues lo vincula con los principios de legalidad y proporcionalidad y que su aplicación "impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento"; y concluye este fundamento categóricamente cuando dice: "no cabe la sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido de injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido" (fundamento jurídico 19.a). Y al analizar la "vertiente procesal" del "ne bis in idem", siguiendo nuevamente jurisprudencia constitucional española, el TC peruano (fundamento jurídico 19.b), sostiene, con una fundamentación algo confusa, que cuando existiere "dualidad de procedimientos" (uno administrativo y uno penal) por los mismos hechos, "el órgano administrativo queda inexorablemetne vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbado".

En sentencias posteriores ha mantenido la confusión[99]. Ha analizado por separado la "dimensión material" del principio ne bis in idem y la "dimensión procesal". Por un lado, dice que, en virtud de esta última, el "ne bis in idem" impediría la "dualidad de procedimientos (fundamento jurídico 4.a);

---

[97] Ver también las críticas de CHINCHAY CASTILLO, p. 244 y ss.

[98] Similar crítica, CHINCHAY CASTILLO, p. 248 y s.

[99] Cfr. el análisis crítico de CHINCHAY CASTILLO (p. 253 y ss.) de las resoluciones: STC Exp. N° 2868-2004-AA/TC de 24-11-2004 (caso Álvarez Rojas), STC Exp. N° 2322-2004-AA/TC de 25-11-2004 (caso Aguirre León) y STC Exp. N° 3194-2004-HC/TC de 28-12-2004 (caso Carreño Castillo).

y que debido a la "dimensión material" se impediría la doble sanción por un mismo hecho cuando se dieran las tres identidades, pero hace el matiz que solamente habría violación al ne bis in idem cuando, aparte de existir dos sanciones (una administrativa y una penal) "... la conducta antijurídica, pese a afectar a un solo bien jurídico haya merecido el reproche dos o más veces" (fundamento 5, segundo párrafo). Aquí se da la impresión de que el TC pasa a considerar una cuarta identidad: "identidad de reproches". Es decir, recién cuando se "repitiere" el mismo reproche contra el mismo sujeto por el mismo hecho que viola el mismo bien jurídico, habría violación al principio; si no hubiera este mismo reproche aunque sí dos sanciones, no habría tal violación. Pero el "reproche" no es otra cosa que la expresa desaprobación dirigida al sancionado por una "violación de un bien jurídico". Es decir, con esto, el TC no crea una "cuarta identidad", sino repite falazmente la que supuestamente había considerado irrelevante: la identidad de bienes jurídicos.

En los años siguientes, estos argumentos se han repetido casi textualmente en otras resoluciones del TC peruano. Particularmente interesante ha sido la STC Exp. N° 3194-2004-HC/TC de 28-12-2004. Aquí se trataba de si existía un atentado contra el principio "ne bis in idem" al haber impuesto a un miembro del Ejército, por los mismos hechos, una sanción administrativa disciplinaria y una sanción penal militar. El TC se remitió a normas específicas y a su anterior jurisprudencia que reconocía independencia (autonomía) a ambas sanciones por "diferencia de naturalezas". Entre el Derecho administrativo (que impone la medida disciplinaria) y el Derecho penal militar (que impone penas) habría diferencia de "objetos" (fundamento jurídico 6).

Finalmente, mediante sentencia del 22 de setiembre de 2008, Exp. N° 2725-2008-PHC/TC (caso "Minera Casapalca vs. Sociedad Minera Corona y otros"), el Tribunal Constitucional ha reafirmado la necesidad del "test de la triple identidad" para determinar si existe o no una violación al principio de "ne bis in idem": a) identidad de la persona perseguida penalmente, lo cual abarcaría no solamente al imputado como autor sino también a terceros ante los cuales tuviera efectos la resolución (judicial o fiscal), b) "identidad del objeto material", es decir, de los mismos hechos materiales, para lo cual no debe importar la "calificación jurídica", y c) identidad de la causa de persecución. En este caso, se trataba de decidir si había violación al principio "ne bis in idem", cuando se persigue penalmente a determinados particulares (empleados de una empresa minera) que, conjuntamente con la supuesta colaboración de algunos magistrados, habrían realizado una serie de actos irregulares para mantener la concesión de una mina en contra de la que, supuestamente con legítimos derechos, pretendía la empresa demandante (Compañía Minera Casapalca), lo cual habría constituido delitos de cohecho activo, fraude procesal,

lavado de activos, asociación para delinquir. En las primeras investigaciones fiscales contra los primeros imputados, la Fiscalía había archivado la denuncia (y la Fiscalía Superior lo confirmó) por estos delitos contra los titulares de dicha empresa minera (Sociedad Minera Corona) con lo cual se tenía una "cosa decidida" sobre estos asuntos; una segunda investigación se dirigía contra otros empleados por los mismos hechos, lo cual fue considerado por la justicia ordinaria (hasta llegar a la Corte Suprema) como plenamente lícito. Por el contrario, el Tribunal Constitucional consideró que sí se habría violado el principio de "ne bis in idem", porque, en el caso concreto, éste regiría también a favor de "terceros" y en relación con una "cosa decidida"[100]. Esta resolución también se refiere a su naturaleza, requisitos y aplicabilidad también para el Derecho administrativo sancionador.

En resumen, la jurisprudencia constitucional peruana ha sido confusa y no ha aclarado las cosas. Ha seguido distinta jurisprudencia constitucional española que, en principio, reconoce la identidad de ius puniendi entre Derecho penal y administración, la aplicación del principio "ne bis in idem" entre ambos (incluyendo su vertiente procesal), el requisito de las "tres identidades" para su aplicación, así como la existencia de un "concurso aparente" entre ilícito penal e ilícito admistrativo cuando se presentaren estas tres identidades. Pero, se ha esforzado (a veces en la fundamentación de la misma resolución) por establecer una diferencia de "finalidades" (bienes jurídicos) entre el Derecho penal y la administración, especialmente en el Derecho disciplinario, para negar la existencia de una violación al principio. Esto es criticable y manifiesta una recepción unilateral de la jurisprudencia y doctrina constitucional españolas que –como se verá a continuación– sí reconocen la vigencia y consecuencias del principio "ne bis in idem" entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador (incluyendo al disciplinario).

b) El "ne bis in idem" en el Derecho penal y procesal penal peruanos

Lsa doctrinas penal y procesal penal peruanas también han reconocido unánimemente estos requisitos necesarios para la aplicación del principio "ne bis in idem"[101]. Pero las consecuencias que se extraen de este reconocimiento son todavía insatisfactorias.. De manera general se ha reconocido que la "identidad de sujetos" se referiría a las mismas personas (naturales) procesadas, la identidad de hechos se referiría al mismo contenido de injusto (independien-

---

[100] Ver el fundamento 20, letras a, b y c de la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de setiembre de 2008, Exp. N° 2725-2008-PHC/TC.

[101] Ver, entre otros, URQUIZO OLAECHEA, p. 135; CARO CORIA, p. 4 y ss.; SAN MARTÍN CASTRO, p. 166; NEYRA FLORES, 181 y ss.; SÁNCHEZ MERCADO, "¿Existen excepciones...?", p. 157 y ss.; GUEVARA PARICANA, p. 169 y ss.

temente de la calificación jurídica) y la identidad de bienes jurídicos, al mismo interés tutelado. Pero en cuanto a este último requisito, se hace la excepción de que existirían casos en los cuales la sanción administrativa tuviera una finalidad distinta, particularmente cuando, como en el "Derecho disciplinario" existiera una relación de "sujeción especial" entre la administración y el destinatario de la norma (sujetos vinculados con la organización administrativa y con deberes especiales para con ella)[102]. El efecto producido por estas excepciones al principo de "ne bis in idem" es que se permite la acumulación de sanciones. Este polémico caso se analiza más abajo en el punto 6.

Ahora bien, cuando estamos ante dos tipos legales, uno penal y uno administrativo, que protegen el mismo bien jurídico, la infracción cometida por el sujeto, ¿supone un "concurso ideal" o uno "aparente"? En la doctrina nacional se ha discutido esto, pues según se afirme uno u otro supuesto, se podrá admitir o no la total autonomía entre ambas sanciones. En el caso del concurso ideal, en ambos tipos legales, existiría como trasfondo un mismo bien jurídico mientras que en el concurso aparente (o "concurso de leyes" según la terminología de la dogmática penal española) sólo una de las dos normativas entraría a tallar pues se trataría de un solo hecho definido en dos normas distintas de las cuales sólo una de ellas sería la aplicable[103]. Parte de la doctrina peruana, siguiendo la reciente doctrina y jurisprudencia españolas arriba desarrolladas, admite el "concurso aparente"[104], lo cual es consecuente con la tesis de la identidad de bienes jurídicos. Quedaría por ver si en algunos casos sería posible un concurso "ideal"[105]: identidad de hecho que afecta a distintos tipos (uno penal y uno administrativo) destinados a proteger distintos bienes jurídicos.

Por último, y como consecuencia de las últimas modificaciones procesales, la doctrina penal y procesal peruanas recoge unánimente el "ne bis in idem procesal". Pero esto parece haber sido mal entendido. El legislador peruano parece haber ido más lejos aún de lo que exigía la doctrina: el "ne bis in ídem" se referiría no solamente a la "sanción", sino incluso al "proceso" (cualquier proceso) o, con un término más amplio aún, "persecución penal" (que podría abarcar hasta a las investigaciones policiales y fiscales); o sea se exige que no

---

[102] GUEVARA PARICANA, p. 170 y s. El segundo caso de excepción citado por este autor (persona condenada a quien a continuación la administración le cierra un establecimiento comercial basándose en los hechos delictivos) tiene que ver más bien con la falta de identidad de sujetos (persona natural condenada más persona jurídica sancionada).

[103] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 109.

[104] SÁNCHEZ MERCADO, "El ne bis in idem...", p. 983; NEYRA FLORES, p. 186.

[105] CARO CORIA, p. 10 al final.

debería haber paralela o sucesivamente un proceso penal y uno administrativo por los mismos hechos contra la misma persona[106]. Esta tendencia, consagrada en Alemania por Tribunal Constitucional, se refiere sin embargo al proceso penal en lo relacionado con el concepto más estrecho de "cosa juzgada".

En la **justicia penal**, también se ha comenzado a discutir el principio desde inicios del siglo XXI. Pero no se han acogido las consecuencias propuestas por la doctrina extranjera y nacional más recientes. Es más, como se verá a continuación, aunque para la fundamentación en algunas resoluciones se remite a esta doctrina, en la consecuencia impera aún la doctrina ya abandonada en otras realidades jurídicas, de que el Derecho penal y el Derecho administrativo protegerían bienes jurídicos distintos.

Así, en la Sentencia de la *Corte Suprema R. N. N° 1228-2005-Ancash* de 01-09-2005[107], el recurrente había sido sancionado administrativamente a seis meses de suspensión por haberse apropiado de haberes que como cajero le correspondía pagar, mientras que penalmente se le había condenado por "peculado" a dos años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente, inhabilitación por un año y mil nuevos soles de reparación civil. La Corte señaló enfáticamente en su quinto considerando, que la sanción administrativa de "suspensión" no implicaría un supuesto de "ne bis in ídem", y añade a continuación –de manera incorrecta según mi parecer– que ello sería así "... porque las sanciones administrativa y penal, en este caso, no tienen el mismo fundamento o, mejor dicho, no tutelan el mismo bien jurídico vulnerado, dado que el tipo penal de peculado no sólo tutela el correcto desempeño de la función pública sino también el patrimonio público unido al debido cumplimiento del derecho presupuestario, y porque existe un supuesto de relación de sujeción especial del imputado con el Estado al ser funcionario público y contra él se ha concretado el régimen administrativo sancionador"[108].

Poco después, se emitió la famosa y muy discutida resolución de la Corte Suprema (*R. N. N° 2090-2005-Lambayeque* de 7 de junio de 2006, Sala Penal Permanente)[109]. En este caso, un administrador municipal, ya sancionado administrativamente, estaba siendo procesado penalmente por los mismos hechos calificados como "peculado"; invocando el principio "ne bis in idem"

---

[106] NEYRA FLORES, restringiendo acertadamente los alcances del principio a la persecución penal, p. 187 y ss.

[107] Ver el contenido de la resolución en SAN MARTÍN CASTRO (COMPILADOR), "Jurisprudencia...", p. 232 y s.

[108] Ver el quinto considerando del RN N° 1228-2005, ibidem, nota anterior, p. 233.

[109] El texto de la resolución aquí utilizado es el publicado en PEÑA GONZÁLES, p. 575 y ss. Ver los comentarios críticos de CHINCHAY CASTILLO en ibídem, p. 239 y ss. También se ha publicado la sentencia completa en CASTILLO ALVA (director), "Precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema", Lima, 2008, pp. 317-321.

previsto en el art. 230, numeral 10 de la Ley 27444, interpuso una "excepción de cosa juzgada", la cual fue declarada infundada, ante lo cual recurrió en nulidad ante la Corte Suprema.

En su resolución, la Corte Suprema afirma, en principio, correctamente (tercer considerando) que "... como está jurídicamente consolidado, el Derecho penal no es el único medio de coacción estatal destinado a proteger bienes jurídicos y su actuación sólo se justifica como un medio complementario o subsidiario del arsenal de medios coercitivos estatuidos por el ordenamiento jurídico porque consituye la última ratio en relación con los demás medios de control social". A esto no hay nada que objetar y, bien visto, contradice la anterior ejecutoria que alegaba la diferencia de bienes jurídicos protegidos por el Derecho administrativo y el Derecho penal (R. N. N° 1228-2005-Ancash). Tampoco es polémico el *quinto considerando* que reconoce la vinculación estrecha del principio "ne bis in ídem" con el principio de proporcionalidad y legalidad, en cuanto su violación incurriría en un "exceso" en relación con la "responsabilidad por el hecho" (culpabilidad) exigida en el artículo VIII del Título Preliminar del CP[110]

Pero después, en el cuarto considerando, contradice estas primeras afirmaciones cuando distingue tajantemente las finalidades de la administración pública de las del Derecho penal: el Derecho administrativo sancionador no tendría que ver con el "principio de lesividad" (o sea la afección de bienes jurídicos), sino con la "protección de intereses generales"[111]. Sólo acierta cuando resalta que el delito implicaría una "mayor entidad" (gravedad) que la infracción administrativa. Y en concreto, sobre el Derecho disciplinario, dice que las sanciones disciplinarias se dirigen a "garantizar el respeto de las reglas de

---

[110] "Que el principio *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de proporcionalidad y de legalidad, el primero se encuentra vinculado a la llamada "prohibición de exceso", esto es, sancionar más de una vez por el mismo contenido de injusto implica imponer una sanción no prevista en la ley, puesto que el artículo VIII del Título Preliminar del Código penal establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; y, el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica debido a que sólo se puede sancionar conductas que se encuentran tipificadas previamente" (*quinto considerando o fundamento*).

[111] "Que el procedimiento administrativo sancionador busca garantizar sólo el funcionamiento correcto de la administración pública, las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen sólo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción, como acontece en general con las normas jurídicas penales; que las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros y el Derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que, en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa" (*cuarto considerando o fundamento*).

conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas" y presuponen "una relación jurídica específica y conciernen sólo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción"; es decir, ellas derivarían de "los deberes especiales a que están sometidos sus miembros" y serían la "respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación".

La contradicción con sus propios dichos continúa cuando más adelante, en el sexto considerando, tras señalar correctamente los requisitos para la aplicación del principio "ne bis in idem" (o sea las tres identidades de "hecho", "sujeto" y "fundamento"), parece reconocer indirectamente la aplicación del principio a las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, salvo que no se presentaren las tres identidades porque en ese caso sería posible la "acumulación de sanciones provenientes de diferentes ordenamientos", pero afirma luego de manera general que "la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa", que "ambos ordenamientos jurídicos [el administrativo y el penal] cumplen distintos fines o sirven a la satisfacción de intereses o bienes jurídicos distintos", y que el objeto de ambos procedimientos sería distinto, pues el procedimiento administrativo se referiría a "conductas funcionales", mientras que el proceso penal "conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de libertad"[112].

En suma, esta resolución de la Corte Suprema, en contra de lo que había dicho en el considerando tercero (donde insinuaba que también el Derecho administrativo sería un "medio de coacción estatal destinado a proteger bienes jurídicos") y de lo que también insinúa al inicio de este sexto considerado (posibilidad básica de aplicar el principio "ne bis in idem" entre sanciones penales

---

[112] "Que el principio de ne bis in idem contempla el contenido material y procesal y debe contener como presupuesto un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento; que, además, se admite la acumulación de sanciones provenientes de diferentes órdenes [ordenamientos] cuando ellas obedecen a diferente fundamento, es decir, si son bienes jurídicos distintos, si el interés jurídicamente protegido [y afectado] por la infracción administrativa sea distinto al de la infracción penal, que, en este supuesto, la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa en que incurrió el funcionario por haber cometido graves irregularidades en el desempeño de sus funciones, la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la administración para procesar y sancionar administrativamente al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria porque ambos ordenamientos jurídicos cumplen distintos fines o sirven a la satisfacción de intereses o bienes jurídicos diferentes –posibilidad que admite el artículo doscientos cuarenta y tres de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro–; el procedimiento administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso penal conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal, como así lo reconoce también el Tribunal Constitucional en sus sentencias de fechas dieciséis de abril de dos mil tres, veinticuarto y veinticinco de noviembre y veintiocho de diciembre de dos mil cuatro, emitidas en los expedientes números veinte cincuenta-dos mil dos-AA/TC, veintiocho sesenta y ocho-dos mil cuatro-AA/TC, veintirés veintidós-dos mil cuatro-AA/TC, treinta y uno noventa y cuatro-dos mil cuatro-HC/TC, respectivamente" (*sexto considerando o fundamento*). Ver también al respecto las críticas de CHINCHAY CASTILLO, p. 266 y ss.

y administrativas, lo cual por lo demás tiene un claro asidero legal), culmina precisamente dando argumentos (ya superados en la doctrina actual y para nada convincentes) en contra de la posibilidad de aplicar este principio cuando se trata de sanciones administrativas (disciplinarias) y penales: diferencia de bienes jurídicos de la administración y el Derecho penal, diferencia de la finalidad del procedimiento y diferencia incluso la esencia de ambas sanciones, con la consecuencia de la posibilidad de acumular sanciones penales administrativas seguidas en sendos e independientes procesos administrativo y judicial[113].

Por eso, esta resolución ha sido justamente criticada pues desconoce, en contra de lo que parece querer decir, la aplicabilidad del "ne bis in idem" entre el Derecho penal y el Derecho administrativo y tampoco analiza correcta y críticamente la jurisprudencia constitucional que ella misma cita, generando con ello inseguridad jurídica[114]. Efectivamente, con esta jurisprudencia se vacía de contenido el principio de "ne bis in idem" y se permite una "doble sanción" por el mismo hecho (que atenta contra los mismos bienes jurídicos) a las mismas personas mediante el ejercicio del ius puniendi de dos entidades distintas (el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal). Con esto, se hace una diferenciación que no debería existir por ser, en el fondo, meramente formal: el "ne bis in ídem" se limitaría a resoluciones penales entre ellas, por un lado, y a resoluciones administrativas entre ellas mismas o sea, no permitiría su aplicación interdisciplinaria entre distintas áreas del Derecho público. Con ello, con el argumento de la "relación de sujeción especial" del funcionario público con el Estado, se atentaría contra el "principio de igualdad", pues a diferencia de los demás ciudadanos, los funcionarios públicos no se verían favorecidos por el "ne bis in idem"[115].

El *Acuerdo Plenario* N° 1-2007/ESV-22 de 16 de noviembre de 2007 ("Determinación de principios jurisprudenciales") asumió, además de otros fundamentos en otras sentencias sobre otros temas, tan solo los *fundamentos cuarto y quinto* la Corte Suprema de la R. N. N° 2090-2005-Lambayeque de 07-06-2006 y los considera como "precedentes vinculantes" (o sea constituyen "doctrina legal de la Corte Suprema")[116]. Es decir, en materia del principio "ne bis in idem", se reconoce que éste se derivaría de los principios de legalidad y proporcionalidad, en su materialización en el sentido de la "prohibi-

---

[113] Llega a similar conclusión CHINCHAY CASTILLO, p. 242; también SÁNCHEZ MERCADO, "El ne bis in idem...", p. 982.

[114] Cfr. CHINCHAY CASTILLO, p. 242 y s., 269; NÚÑEZ PÉREZ, refiriéndose también la sentencia R. N. N° 1228-2005-Ancash, p. 218 y ss.

[115] Cfr. acertadamente, c. más refs. y doctrina española, NÚÑEZ PÉREZ, p. 221 y ss.

[116] El Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV-22 fue publicado en diferentes colecciones; aquí se cita la publicada en Peña Gonzáles, p. 354 y ss. Al respecto, ver los comentarios de NÚÑEZ-PÉREZ en ibídem, p. 211 y ss.

ción de exceso" y de la restricción de la pena a la "responsabilidad por el hecho" (quinto fundamento). Y por otro lado se reconoce la diferencia entre las diferentes finalidades del Derecho penal y el Derecho administrativo: el primero protegería bienes jurídicos y tendría por destinatarios a todos los ciudadanos, mientras que el segundo se limitaría a intereses de la propia administración y, en cuanto derecho disciplinario, solamente se dirigiría a los funcionarios públicos (cuarto fundamento). Lamentablemente, no incluye el tercer fundamento jurídico (considerando) de la ejecutoria suprema que hace constataciones fundamentales: la identidad de la naturaleza de los derechos administrativo y penal, y el carácter subsidiario de este último en la protección de los mismos bienes jurídicos del primero. Ni tampoco se refiere al sexto considerando.

Es decir, en el fondo, en el Perú, *no es doctrina de la jurisprudencia suprema la identidad de principio entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, lo cual tendría consecuentemente que derivar en una inaplicabilidad del principio "ne bis in idem". Algo que no es sostenible.

c) El "ne bis in idem" en el Derecho administrativo peruano

En la legislación extrapenal nacional ha imperado una absoluta desvinculación entre el proceso y sanción administrativos y penales. Esto era reconocido incluso expresamente en las leyes administrativas especiales y muchas veces sigue aún vigente. Un ejemplo claro (aunque recientemente corregido) de esta desvinculación se producía en el Derecho Tributario[117].

La despreocupación en lo concerniente a una vinculación armoniosa y respetuosa del principio "ne bis in idem" entre Derecho penal y Derecho extrapenal no solamente existía en el legislador, sino también en la doctrina nacional. Pero ya desde mediados de los años 90 del siglo XX la doctrina administrativa, penal y procesal penal, han resaltado primero esta relación siguiendo las corrientes modernas del extranjero[118], para reconocer luego la vigencia del principio "ne bis in idem"[119] en relación con las sanciones procedentes de

---

[117] P. ej. el art. 7 del D. Leg. 813 y el art. 192, tercer párrafo del Código tributario. Cfr. extensamente ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. P. E.", p. 489 y ss. Como ya se ha visto arriba en el punto 3, esta subordinación al Derecho administrativo tributario se ha invertido por completo a través del nuevo CPP.

[118] Concuerda con esta evaluación CARO CORIA, p.1, con refs. en las notas 2 y ss. He advertido tanto la diferencia meramente "cuantitativa" entre ilícito penal e ilícito administrativo, como la vigencia que debería tener entre ambos el principio "ne bis in idem" ya en 1997; *ver* ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 184 y s.

[119] Aunque tradicionalmente se ha utilizado (y se utiliza aún en casos aislados) el término "non bis in ídem" (siguiendo la tradición española), en la actualidad se está imponiendo el término más preciso "ne bis in idem" que destaca mejor el carácter imperativo de la prohibición; al respecto, c. más refs., CARO CORIA, p. 1, nota 1; SÁNCHEZ MERCADO, "¿Existen excepciones...?", p. 161; en el mismo sentido, prefiriendo la terminología alemana a la francesa (que también usa el término "non bis in idem"), ver STREINZ, c. más refs. p. 412, nota al pie 12.

ambos ámbitos. Como ya se vio más arriba, también la doctrina procesal penal tiende últimamente a vincular el "ne bis in idem" con el estudio tradicional de la "cosa juzgada", bajo el capítulo más amplio (utilizado por el nuevo CPP) de la prohibición de la "doble persecución" o prohibición de la "persecución penal múltiple".

En la práctica administrativa, a partir de los años noventa del siglo XX, con la aparición del Instituto de Derecho de la Competencia y la Propiedad Intelectual (INDECOPI)[120] se ha notado un notable avance en el cambio de concepción del hasta entonces totalmente autónomo "Derecho administrativo". Esto se limitaba sin embargo a un área parcial del Derecho penal (el Derecho penal económico) y su correspondiente administrativo (Derecho de la propiedad intelectual, Derecho de la libre y leal competencia). Probablemente por ello ha pasado desapercibido el notable cambio que significaba, en esos momentos, la vinculación incipiente entre distintos aspectos y principios penales y administrativos.

Recién con la nueva "Ley del procedimiento administrativo general" de 2001 ha habido un reconocimiento expreso de la vigencia del principio "ne bis in idem" en el Derecho administrativo sancionador. Así, el artículo 230, número 10 ("non bis in idem") dice: "No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento". Pero esta misma ley (art. 243), así como otras normas administrativas (art. 49 de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y Contraloría General de la República, modificada por la Ley 29622) también enfatizan, en aparente contradicción con la normativa penal reciente, la "autonomía" del "procedimiento" o de la "sanción" administrativa[121]. La ley administrativa más reciente, "Ley del Servicio Civil" (Ley 30057, publicada el 04-07-2013), al referirse en su capítulo V al procedimiento disciplinario, no ha hecho referencia alguna a la supuesta "autonomía" del Derecho administrativo sancionador

---

[120] Al respecto ver una evaluación amplia en "Diez años...", p. 31 y ss. Últimamente en "Delitos contra el mercado...", p. 139 y ss., 150 y ss.

[121] Ambas disposiciones administrativas, sin embargo, no son exactamente iguales. En el primer párrafo, el art. 243, Ley 27444, se refiere a las "consecuencias civiles, administrativas o penales" de la responsabilidad civil de las autoridades", las cuales serían "independientes" (unas de otras) y se regirían por su propia ("respectiva") legislación. En el segundo párrafo se manifiesta que los "procedimientos" para exigir esta responsabilidad también sería independiente (tanto en la instrucción como en la decisión), "salvo disposición judicial expresa en contrario". Habría que agregar (aunque esto está implícito): "salvo disposición contraria de la ley". En cambio en la norma administrativa más reciente, la referida a la "sanción disciplinaria", hay una diferencia notable en el primer párrafo: el art. 49 de la Ley 27785, modificada por la Ley 29622, se refiere directamente a una independencia de la "responsabilidad administrativa funcional", en relación con las "responsabilidades penales o civiles" e incluso agrega el motivo de esta supuesta diferencia: "en tanto los bienes jurídicos o intereses protegidos son diferentes". Al respecto, críticamente SÁNCHEZ MERCADO, "El ne bis in idem...", p. 988.

(o, de manera más exacta: Derecho disciplinario) ni a las llamadas "relaciones de sujeción especial". Aunque esto hubiera sido lamentado por los administrativistas[122], me parece que apunta en la dirección correcta, pues también la misma ley establece, de manera general, que los funcionarios públicos están sujetos a deberes de "probidad" y "ética pública", a los "valores constitucionales", etc. Con ello está el camino abierto para reconocer la vigencia del "ne bis in idem" entre el Derecho disciplinario y el Derecho penal en el sentido que se explica más abajo (aplicación del Derecho disciplinario tan solo en cuanto al cumplimiento de sus propias finalidades no cubiertas por el Derecho penal).

Como ya se vio arriba al analizar las posibles consecuencias de un mal entendimiento del "ne bis in idem", no solamente se trata de una cuestión de vigencia de principios procesales (legalidad procesal), sino también de principios fundamentales, en especial, las garantías que suelen rodear a los procesados en un proceso penal[123]. Pero tampoco se trata de eliminar todo derecho de existencia al Derecho administrativo sancionador, sino de delimitar la intervención de ámbas áreas del Derecho público y hacer que funcionen coordinamente con la finalidad común de proteger eficazmente los bienes jurídicos.

En lo *organizativo*, desde no hace mucho ha entrado en funcionamiento, dentro de la "Contraloría General de la República", el órgano encargado de imponer *sanciones disciplinarias* a los funcionarios públicos por infracciones en el cumplimiento de sus deberes "funcionales" (funcionariales)[124]. Aunque esta área ha sido denominada equívocamente como "Derecho administrativo sancionador" y no "Derecho disciplinario" como correspondía, también allí se reconoce –como no podía ser de otra manera– la vigencia de los principios penales[125], si bien –como se ha visto más arriba– se ha tratado de exceptuar toda esta área de la vigencia del "ne bis in idem". Esto resulta una contradicción precisamente con el reconocimiento de la vigencia de los principios penales.

---

[122] LIZÁRRAGA GUERRA considera lamentable que la ley no hubiera hecho reconocimiento expreso de la "autonomía de responsabilidades" y de las relaciones de sujeción especial; ver "¿El régimen disciplinario único ...?", p. 55, al final.

[123] En este sentido también, SÁNCHEZ MERCADO, "El ne bis in idem...", p. 988; CARO CORIA, p. 10

[124] Aunque la Ley N° 27785 (de 23-07-2002), reemplazando a una anterior, rige ya desde hace mucho el "Sistema Nacional de Control" y regula las actividades de la "Contraloría General de la República", la parte disciplinaria había sido eliminada. Recién mediante la Ley 29622 (publicada el 7 de diciembre de 2010), se reintroduce en la Ley 27785 la potestad sancionadora a la Contraloría General de la República. Al respecto, LEÓN FLORES, "La ley N° 29622 otorga a la Contraloría..."; p. C 17 y ss.

[125] Lo hace expresamente en el artículo 4 (Principios) del "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control" (Decreto Supremo N° 023-2011-PCM de 17 de marzo de 2011).

Recientemente el *Tribunal Superior de Responsabilidades administrativas* ha emitido sus primeras resoluciones en el ámbito disciplinario. Aunque hasta ahora no se ha pronunciado específicamente sobre el tema del "ne bis in idem", en sus resoluciones, sí deja entrever algunas tendencias que permiten establecer una futura posición:

a) El reconocimiento de que la administración pública también protege "bienes jurídicos" o "intereses jurídicos"[126]. En eso es evidente la coincidencia con los bienes jurídicos empleados en el Derecho penal para los delitos correspondientes de "falsedad de documentos", "patrocinio ilegal" o "abuso de autoridad".

b) En el mismo caso se deja abierta, sin embargo, la posibilidad de la inaplicación del "ne bis in idem "al reconocer un "interés o bien jurídico" propio de la administración: "la ética y probidad en el ejercicio de la función"[127].

c) La posibilidad de que en algun caso pudiera aplicarse el principio "ne bis in idem".

La nueva "Ley del Servicio Civil" (Ley 30057) arriba aludida parece reconocer implícitamente la vigencia del "ne bis in idem" en el Derecho disciplinario pues, a diferencia de lo que hicieron otras normas administrativas, no enfatiza en la supuesta "autonomía" del proceso disciplinario ni en la de sus sanciones. Además, hay indicios para entender que ésta ha sido la motivación del legislador. Así, en lo que respecta al "doble procesamiento" contra el mismo funcionario público por los mismos hechos que atentaren contra distintas normas administrativas, hay ahora un pronunciamiento expreso: se prohíbe que existan paralelamente procedimientos por la misma violación del mismo sujeto a normas de la Ley del Servicio Civil y las referidas a la ética del funcionario público[128]. Con más razón debería regir el "ne bis in idem" en caso de concurrencia de procedimientos administrativo y penal.

---

[126] En la resolución N° 002-002-2013-CG/SAN del Órgano Sancionador del procedimiento administrativo sancionador (primera instancia) se utiliza como criterio para la "graduación de la sanción a imponerse" la "gravedad de la infracción cometida considerando el daño al interés jurídico o bien jurídico protegido" (3.21, d). En el caso concreto se trataba del registrador público de la Oficina Registral de Sullana que habría realizado actos irregulares, contrarios a su deber, para favorecer la inscripción de un inmueble a favor de privados (no atender informes en contra de la inscripción, inobservar los documentos presentados que eran claramente falsos, etc.) y que con dichas acciones habría "gravemente afectado los principios de seguridad jurídica y buena fe registral en el tráfico de bienes... (y también) el deber de respetar el principio de imparcialidad/objetividad en las decisiones funcionales ... atentando además contra la ética y probidad en el ejercicio de la función pública".

[127] Ibídem, al final.

[128] Así lo establece claramente la Décima Disposición Complementaria Transitoria de la Ley 30057. Ver al respecto, exponiendo jurisprudencia administrativa (sobre concurrencia de normas laborales y normas sobre ética de la función pública) y aprobando la prohibición, LIZÁRRAGA GUERRA, "¿El régimen disciplinario único...?", p. 51 y ss.

6. En especial: el Derecho disciplinario

Como ya se dijo arriba (en el punto 4), éste es el ámbito más polémico del Derecho administrativo sancionador. En contra de la tendencia doctrinaria general, éste parece ser el "último reducto" de los partidarios de la no-vigencia del "ne bis in idem", aunque, como se espera demostrar más abajo, la oposición encarnada contra el principio se debería antes que a una cuestión de principio, a un malentendido sobre sus alcances y los de las disciplinas que involucra.

Con el término "Derecho disciplinario", se quiere abarcar todas aquellas reglas que prevén sanciones para los miembros de determinado grupo de personas vinculadas organizativamente con la administración pública (o parte de ella) por incumplimiento de determinadas reglas de conducta referidas al desempeño de sus actividades: funcionarios públicos en general, soldados, magistrados, presos, etc. Otra definición, muy polémica en los últimos tiempos, es la manejada en el Derecho administrativo español, según la cual el Derecho disciplinario abarcaría la potestad de imponer sanciones (potestad disciplinaria) de la administración sobre un grupo determinado de personas que tiene con ella una *relación de sujeción especial*, que haría diferente (con efectos excluyentes del "ne bis in idem") esta rama administrativa de la otra referida a todos los administrados ("sujeción general")[129].

Los argumentos que se han invocado y aún se invocan para negarse a reconocer la validez del principio "ne bis in idem" entre sanción disciplinaria y sanción penal consisten en que, a diferencia del resto del Derecho administrativo, en el Derecho disciplinario los tipos legales serían distintos (en su contenido y su amplitud) de los penales y se limitarían a un grupo reducido de personas (los funcionarios públicos), además de que sus sanciones tan solo tendrían estricto carácter preventivo-especial[130]. Se consideraba que debido a la existencia del llamado deber de "sujeción especial" entre los funcionarios públicos y la administración (por contrapartida a la "sujeción general" de los demás ciudadanos con la administración), las infracciones por las que aquellos son sancionados tendrían una naturaleza distinta: la "desobediencia" o la "infracción de deberes"[131]. Es decir, la sanción disciplinaria sería totalmente autónoma de la sanción penal que se impusiera al funcionario público por los mismos hechos.

---

[129] Cfr., críticamente y c. más refs., GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 249, especialmente en la nota al pie 3, al final. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, p. 226 y ss.

[130] Ver las refs. en ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, § 2, n. marg. 136; cfr. también HURTADO POZO, p. 45 y s., n. marg. 125 y ss. En el Derecho administrativo español está muy difundida esta tesis de que el Derecho disciplinario sería un "aliud" y no un "minus" en relación con el Derecho penal; ver por todos y c. más refs. GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 249.

[131] Al respecto ver, c. más refs. NÚÑEZ PÉREZ, p. 211 y ss.

Esta postura ha experimentado un cambio radical en los últimos años, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sin limitarse al Derecho nacional[132], tal como ya se ha visto arriba, de manera más general, al exponer sobre la diferencia meramente "cuantitativa" entre ilícito administrativo e ilícito penal (ver en 1). En suma, existen varios motivos que avalan la tesis de la igual naturaleza jurídica entre infracciones disciplinarias e infracciones penales[133]: ambas disciplinas buscan proteger bienes jurídicos (las sanciones disciplinarias no pueden ser un fin por sí mismas)[134], sus sanciones tienen similar carácter aflictivo (restricción de libertades), ambas buscan prevenir la comisión de infracciones (aunque esta finalidad pueda configurarse de distinta manera), y existe "permeabilidad" entre los ilícitos (identidad de descripción típica o el cambio legislativo de mero ilícito disciplinario a ilícito penal).

Luego, tampoco puede sostenerse en este reducido ámbito administrativo una diferencia cualitativa con el Derecho penal; la conducta desviada del funcionario público también debe seguir el principio de subsidiariedad, pues la persecución penal dependerá de si atenta de manera tan grave contra intereses de la generalidad que no pueda resultar suficiente con la sanción disciplinaria[135]. Al revés, la imposición de una sanción disciplinaria, adicional a la sanción penal, "en el fondo, desemboca en una doble punición"[136]. Entonces, pese a que se hubiera querido separar el Derecho disciplinario del Derecho administrativo sancionador y del Derecho penal, con la finalidad de evadir las garantías penales para el primero, la tendencia actual se dirige a integrar todas las áreas de ejercicio de ius puniendi y otorgar al imputado las garantías y principios tradicionales del Derecho penal[137]. También la doctrina administrativa critica que se hubiera utilizado el argumento de la "sujeción especial" para eludir, en particular, una serie de garantías en el campo del Derecho disciplinario, así como, en general, el principio de "reserva de ley" (creación

---

[132] Ver sobre la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, c. refs. GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 252, nota al pie 11.

[133] Ver un amplio desarrollo de esta argumentación en GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 250 y ss., 271 y ss.; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, p. 245 y ss.

[134] Según NÚÑEZ PÉREZ, con toda razón, "... la existencia o no de la relación de sujeción especial, en un caso específico, es totalmente indiferente para la invocación del non bis in idem; lo más importante y nuclear es que el fundamento o bien jurídico sea el mismo".

[135] Cfr. ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, § 2, n. marg. 135; NÚÑEZ PÉREZ, c. más refs., p. 226 y ss.

[136] ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, § 2, n. marg. 137. En la doctrina española, citando y criticando la jurisprudencia española que admite aún esta "doble sanción", MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, c. más refs., p. 75 y s., 108 y ss.; también CARO CORIA, p. 12 y ss. (punto 9); NÚÑEZ PÉREZ, p. 215 y ss.. Ya antes, de manera amplia resaltando la identidad material de todo tipo de "pena" (disciplinaria, coercitiva, contractual, etc.) TIEDEMAN, "Derecho penal administrativo...", p. 60 y s.

[137] Cfr. GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, c. más refs. y un análisis amplio de la situación (un poco confusa) en España, p. 252 y ss., esp. 255.

de tipos mediante normas legales de inferior jerarquía)[138] y la taxatividad de las normas[139]. Y por último tampoco es posible ni deseable distinguir, para efectos de las garantías de ley, entre infracción disciplinaria e infracción administrativa y penal: no solamente no hay base constitucional para ello sino tampoco materialmente son menos graves las consecuencias para el infractor en el Derecho disciplinario[140].

Aún así, se discute todavía si pueden existir *supuestos especiales* en los cuales, como excepción, podría rechazarse la aplicación del principio "ne bis in idem" por falta de identidad de bienes jurídicos[141], en cuyo caso pudieran existir procesos paralelos que desembocaran en la imposición de sanciones por separado. En principio esto es posible si se determinara que la conducta en cuestión afecta varios bienes jurídicos o sea cuando no hubiera identidad de "fundamento", pero no cuando las dos infracciones, la penal y la administrativa disciplinaria tuvieran por función proteger al mismo bien jurídico; algo que debe determinarse caso por caso[142]. El problema se discute vivamente en el caso de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos y los correspondientes ilícitos disciplinarios. Se ha buscado, con el objetivo de impedir la aplicación del "ne bis in idem", un bien jurídico propio del Derecho disciplinario que va desde "el prestigio de la administración", pasando por el "correcto funcionamiento de la administración pública" hasta llegar a la "necesidad de preservar el orden y la disciplina internos"[143]. En el primer caso, aunque parte de la doctrina penal considera (erróneamente a mi entender) a éste como bien jurídico en los delitos contra la administración pública[144], actualmente domina tanto en la doctrina administrativa como en la penal la concepción de que el "prestigio" no es un bien jurídico por sí, sino tan solo una consecuencia de la represión penal consecuente de los delitos o

---

[138] Ver una minuciosa argumentación en este sentido en GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, c. más refs., p. 258 y ss.

[139] La discusión continúa sin embargo en cuanto a los alcances de la usual técnica de las remisiones en bloque (normas penales en blanco) que se usan en el Derecho administrativo y disciplinario, especialmente en el caso de las "normas deontológicas" dadas por los diferentes colegios profesionales y que no solamente prevén sanciones para sus miembros en tipos que pueden remitirse a normas legales, sino que, a su vez, pueden ser usadas por normas legales en blanco como normas complementarias para la imposición de sanciones administrativas. Al respecto, ampliamente, c. más refs., y jurisprudencia, criticando esta última tendencia en la jurisprudencia española (falta de taxatividad), GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 266 y ss., esp., p. 268.

[140] Cfr. GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, c. más refs., p. 260 y ss.

[141] Lo admite, URQUIZO OLAECHEA, c. ejemplos, p. 138.

[142] Cfr. GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 272 y s.

[143] Ver las refs. en Gómez Tomillo/Sanz Rubiales, p. 276, nota al pie 70.

[144] Ver al respecto, ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", p. 16 y ss. También hacen esta observación GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 276, nota al pie 70.

ilícitos[145]. En el segundo caso, precisamente el "correcto funcionamiento de la administración pública" es el bien jurídico que actualmente es admitido en la doctrina penal (con lo cual habría identidad de fundamento y aplicación del "ne bis in idem")[146]. Y el tercer argumento (orden y disciplina internos) tampoco propone un bien jurídico que sea un fin por sí mismo, sino finalidades que están al servicio de otros bienes como el "correcto funcionamiento de la administración pública"[147].

Entonces, debe concluirse que entre el Derecho penal y el disciplinario, cuando se tratare de delitos contra la administración pública, no hay diferencias de bienes jurídicos y, por ello, existe también (al igual que con el resto del Derecho administrativo sancionador) un *concurso aparente*: mientras que el ilícito disciplinario se agota con la infracción del deber impuesto para garantizar la preservación de la organización, el ilícito penal, además de ello, exige la afección de alguna de las cualidades (objetos del bien jurídico) del funcionamiento de la administración pública al servicio de los ciudadanos. La solución puede darse, de manera concreta, acudiendo a la *absorción o consunción de injustos* (el injusto penal absorbe al administrativo)[148] o, de manera más abstracta, al "principio de subsidiariedad" (el tipo administrativo interviene subsidiariamente cuando el penal no fuera de aplicación)[149].

En cambio, cuando el funcionario público cometiere delitos comunes está claro que no puede haber coincidencias y la administración pública tendría oportunidad de imponer el Derecho disciplinario, independientemente de la justicia penal, cuando pudiere demostrar que la conducta del funcionario atentare también contra el correcto funcionamiento de la administración[150].

La jurisprudencia constitucional **española** ha abandonado consecuentemente la tesis de la "sujeción especial" para recurrir últimamente a la búsqueda de bienes jurídicos diferentes entre Derecho disciplinario y Derecho penal[151]. En especial, admite la "irreprochabilidad penal de los funcionarios" como in-

---

[145] GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 276 y s.

[146] Ver sobre este bien jurídico y la doctrina dominante en ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", p. 16 y ss. GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES (p. 277) consideran por ello que esto tampoco podría justificar la doble sanción.

[147] Cfr. GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 277.

[148] Cfr. c. más refs., GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 278. La doctrina proviene de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, p. 293 y ss., esp. p. 296 (conclusión séptima).

[149] C. más refs., GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 278 y s.; expresamente destaca la aprlicación de la "subidiariedad", VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, p. 257 y ss.

[150] Cfr. el análisis de GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES para la situación en España, p. 279 y ss.

[151] Ver GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 279 y s.

terés o bien jurídico específico de la administración para imponer sanciones disciplinarias a quienes hubieran sido condenados por un delito sin violar así el principio "ne bis in idem"[152]. De todos modos, se precisa una solución legal clara que reconozca primero la vigencia del "ne bis in idem" y luego regule claramente las distintas situaciones que se pudieran presentar. En los casos aquí mencionados referidos a los funcionarios públicos, sería más garantista y preferible, por economía procesal, que el propio juez penal declarare la "inhabilitación especial"[153].

En el Derecho disciplinario de **Alemania,** se ha previsto una regulación expresa del "ne bis in idem" en el art. 14 de la Ley Federal disciplinaria (BDG). La sanción disciplinaria había sido considerada autónoma de la penal desde finales del siglo XVIII hasta 1967, año en el cual se introdujo este artículo 14 en la BDG[154]. Esta disposición, en su primer párrafo, N° 1, impide específicamente las sanciones disciplinarias de "amonestación", "multa" o "recorte de la pensión" a un funcionario público contra quien se hubiera impuesto, por los mismos hechos y sin posibilidad de impugnación, una "pena, multa contravencional o medida administrativa en un proceso penal o contravencional", o si por un delito menos grave no fuera posible la persecución tras el cumplimiento de las condiciones impuestas en la condena en aplicación del principio de oportunidad (art. 153a StPO). Sólo se permite el "recorte de remuneraciones" o la "degradación" cuando esto fuera necesario para estimular al funcionario público a que cumpla con sus deberes (art. 14, párrafo 1, N° 2). Mientras que el primer caso se referiría a infracciones leves, este segundo caso apuntaría a infracciones de mediana o grave entidad[155]. En este último caso existiría una finalidad "reeducadora" del Derecho disciplinario, distinta de la finalidad penal preventiva[156]. Y si el funcionario público hubiera sido absuelto con sentencia firme, sólo podría emitirse una medida disciplinaria por los mismos hechos cuando estos constituyeran una infracción de deberes que

---

[152] Aprobándolo GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 279. Estos autores citan también otras resoluciones del propio Tribunal constitucional español que no aplica bien esta línea jurisprudencial y trata de justificar la doble sanción admitiendo bienes jurídicos administrativos que en realidad describen o están contenidos dentro del mismo bien jurídico penal como "merma de confianza de la ciudadanía" (contra el bien jurídico penal "fe pública"); ibídem, p. 280 y ss.

[153] Así GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, elogiando expresamente la "solución" peruana del Decreto Legislativo N° 276 (Ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público) de 1984 y sus normas modificatorias y complementarias que prevén la prohibición al servicio público durante cinco años como mínimo, y la "destitución automática" por "condena penal privativa de libertad por delito doloso".

[154] Cfr. HUMMEL/KÖHLER/MAYER, § 14, n. marg. 1, p. 367.

[155] Cfr. EBERT, 5.10.1, p. 134, 135 y s.

[156] Cfr. EBERT, 5.10.2, p. 136.

no pudiera subsumirse en un tipo penal o contravencional (art. 14, segundo párrafo). Por último se ha aclarado también de lege lata que tendría efectos de "ne bis in idem" el archivamiento del proceso penal en aplicación del principio de oportunidad; es decir, el pago de una indemnización como condición de este archivamiento equivaldría a una multa penal[157].

La doctrina alemana ha saludado esta disposición (que reemplaza a la anterior), especialmente el segundo supuesto referido al "archivamiento de procesos", pues cumpliría mejor con la exigencia constitucional de "proporcionalidad" de la sanción (art. 103, párrafo 3 de la Ley Fundamental alemana) en caso de sanciones penales y administrativas que concurran con la disciplinaria[158]. La doctrina procesal penal considera aquí que –a diferencia del Derecho Contravencional que tiene su propia regulación– la sanción disciplinaria no "consume" la acusación penal (es decir, ella es posible), pero debe ser "descontada" en la resolución penal (incluso en el archivamiento condicional); en cambio, al revés una sanción penal, por los mismos hechos, sí excluiría el procedimiento disciplinario con la excepción de que la conducta "contuviese una violación de deberes sancionable que no realizare el tipo de una disposición penal o contravencional"[159]. En el mismo sentido se ha interpretado la nueva versión del art. 14 BDG por el Tribunal Constitucional y la doctrina disciplinaria: la sanción disciplinaria no puede coexistir con la penal cuando esta última (o una sanción administrativa) hubiera alcanzado la finalidad que también perseguiría la medida disciplinaria; pero sí podría imponerse una medida disciplinaria adicional a la condena o sanción administrativa cuando fuera necesaria la finalidad disciplinaria de promover en el funcionario público el cumplimiento de las obligaciones (art. 14, párrafo 1, número 2)[160]. Esto resalta más cuando existe una absolución en un proceso penal o uno contravencional. La doctrina entiende que esta resolución tendría "efecto de bloqueo" (Sperrwirkung) para el proceso disciplinario, pero se exceptúa de esto cuando se comprobara la existencia de un sobrante o "suplemento disciplinario" (disziplinarer Überhang)[161]. Este "suplemento disciplinario" consiste en la infracción de deberes que, bajo ningún punto de vista jurídico imaginable, realizaren un tipo penal; p. ej., cuando pese a absolverse penalmente

---

[157] Cfr. EBERT, p. 134 y s.; KNIEBÜHLER, p. 25 y ss.

[158] Cfr. HUMMEL/KÖHLER/MAYER, § 14, p. 367, n. marg. 2

[159] MEYER-GOSSNER/SCHMITT, Einl., n. marg. 178 y s., p. 50.

[160] Así en la sentencia del Tribunal Federal Administrativo (supremo), tomo 53, p. 230; ver en HUMMEL/KÖHLER/MAYER, § 14, n. marg. 2, p. 367. La "fundamentación oficial" del art. 14 renuncia expresamente a la, anteriormente argüida finalidad de "preservar el prestigio de la administración pública"; ver en BRÄGELMANN, § 14, p. 1.

[161] Cfr. HUMMEL/KÖHLER/MAYER, § 14, n. marg. 10, p. 369, n. marg. 13, p. 370; EBERT, 5.10.5, p. 138.

por "apropiación indebida" del funcionario (peculado) quedara, sin embargo, como infracción suplementaria un atentado contra disposiciones referidas a las notificaciones[162].

En el **Perú**, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional[163] han se han basado prácticamente de manera exclusiva en los fundamentos esgrimidos por una parte de la jurisprudencia constitucional española. Aunque la jurisprudencia constitucional peruana no usa el término "sujeción especial", en el fondo dice lo mismo. En particular, la STC Exp. N° 00719-2007-PA/TC-Lima (Faustino Félix Pancca Bustincio) ha afirmado (fundamento 7) que el proceso disciplinario es independiente del proceso judicial, porque ambos tendrían "distinta naturaleza y origen"; "... el procedimiento administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una inconducta funcional, mientras que el proceso en la vía judicial conlleva una sanción punitiva". Y tampoco la Corte Suprema ha estado a la altura al seguir esta jurisprudencia constitucional, permitiendo que, en el caso del Derecho disciplinario, se burle el requisito de las tres identidades, en especial el de la identidad de bienes jurídicos[164].

Con esto la jurisprudencia penal suprema y la constitucional peruanas se alínean en aquella jurisprudencia española tradicional que, como ya se vio arriba en 4 d), ha tenido muchas críticas. No se ha recepcionado aquella otra jurisprudencia hispana que hace una restricción adicional en los casos de "relación de sujeción especial": para no aplicar el "ne bis in idem" las sanciones penales y las disciplinarias deben tener distinto fundamento[165]. Como críticamente se observa, la jurisprudencia constitucional española da la impresión de haber sido desarrollada más para permitir la doble sanción (acumulación de sanciones) que para evitarla, debido a lo fácil que resultaría admitir la presencia de la "relación de sujeción especial" entre sancionado y administración, especialmente en los casos que también suponen delitos contra la administración pública[166]. Además, también puede encontrarse jurisprudencia constitucional española que no reconoce carácter de "norma constitucional" a la relación de sujeción especial (o "relación especial de poder"), sino el de ser la descripción de situaciones y relaciones administrativas que no bastan para justificar, por

---

[162] Cfr. HUMMEL/KÖHLER/MAYER, § 14, n. marg. 13, p. 370; EBERT, 5.10.5 p. 138.

[163] Ver al respecto, además de lo ya analizado arriba en el punto anterior, la amplia jurisprudencia constitucional citada por NÚÑEZ PÉREZ, p. 217 y s., y nota 4.

[164] Citando y analizando amplia jurisprudencia suprema e incidiendo en que también el Derecho disciplinario tiende a proteger bienes jurídicos, cfr. CHINCHAY CASTILLO, p. 241 y ss., esp. p. 264.

[165] Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN se remiten a la STC de 13 de junio de 1990 y la de 10 de diciembre de 1991; ver p. 110

[166] MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, p. 110.

sí mismas, una duplicidad de sanciones o que permita a la administración despojar a los sujetos de sus derechos fundamentales[167]. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha admitido estos argumentos para deshechar en sendos casos la aplicación del principio "ne bis in idem"; solamente se basa en un análisis de la triple identidad, sin prestar importancia alguna a la llamada "relación de sujeción especial"[168].

7. La responsabilidad de personas jurídicas

En muchos casos, se ha eludido la problemática planteada por el "ne bis in idem", alegando la falta de identidad de personas (cuando el sancionado administrativamente hubiera sido un ente colectivo), o también la falta de identidad de bienes jurídicos entre ambas áreas jurídicas. Por eso, también conviene examinar el caso de la responsabilidad penal y administrativa de los "entes colectivos" o "personas jurídicas"[169].

En lo que respecta al *Derecho administrativo sancionador*, tradicionalmente no se ha tenido problemas en admitir e incluso limitar la responsabilidad administrativa a entes colectivos. Ello ocurre por ejemplo en el ámbito del Derecho de la competencia, donde los agentes económicos denunciados y sancionados suelen ser precisamente empresas jurídicamente constituidas. Sólo cuando por su naturaleza, el área administrativa se dirigiere a personas naturales, como ocurre p. ej. con el Derecho disciplinario (los funcionarios públicos, los militares, los policías, etc.), la responsabilidad administrativa es exclusiva de personas naturales.

En el *Derecho penal tradicional* ha ocurrido algo distinto. En nuestra región jurídica (o sea, excluyendo el área anglosajona) ha regido hasta hace muy poco el principio "societas delinquere non potest", es decir, la supuesta imposibilidad de reconocer capacidad penal a los entes colectivos[170]. Pero esto ha cambiado radicalmente desde los años noventa del siglo XX[171]. En las legislaciones francesa, española, italiana, suiza, chilena, etc., se pueden encontrar diversos modelos de responsabilidad penal de los entes colectivos que van

---

[167] En particular la STC 26/2005 de 14-02-2005; ver, c. más jurisp. Pertinente, NÚÑEZ PÉREZ, p. 216 y s.

[168] Observación hecha por NÚÑEZ PÉREZ, p. 227, nota 17.

[169] El primer término es más amplio que el segundo, pues abarca a colectivos que no reúnen los requisitos para gozar de "personería jurídica" en sentido civil y comercial, pero el segundo es más preciso, pues se basa en una definición legal. La discusión sobre el mejor empleo de uno u otro término puede aquí ser soslayada.

[170] Sobre el desarrollo histórico, los distintos argumentos y la discusión doctrinaria, ver c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Responsabilidad penal de los entes colectivos...", p. 4 y ss. [en esta compilación: p. p. 466 y ss.]

[171] Al respecto ampliamente, ABANTO VÁSQUEZ, "Responsabilidad penal de los entes colectivos...", p. 3 y ss. [en esta compilación: p. 465 y ss.]

desde una responsabilidad subsidiaria hasta una responsabilidad por el propio hecho[172].

El modelo que parece imponerse poco a poco, de manera paralela a lo que ocurre desde hace mucho tiempo en el Derecho anglosajón, es aquel que reconoce una propia "culpabilidad" de la empresa que llevaría a una *responsabilidad penal autónoma* de la persona jurídica[173]. También ha quedado claro que ésta debería consistir en una "responsabilidad acumulativa", es decir, no debería reemplazar ni oponerse a la responsabilidad penal de los individuos[174]. Es decir, el ente colectivo responderá penalmente él mismo por un hecho propio. Con eso se rechaza la crítica que se oponía a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, basándose precisamente en una supuesta violación del principio "ne bis in idem"[175], dentro del campo estricto del Derecho penal; es decir, en el Derecho penal estricto sí podrían coexistir una sanción penal para los individuos y una sanción penal para el ente colectivo, por los mismos hechos (aunque por un injusto propio de cada uno de ellos en el caso del modelo autónomo). Además, en países que habían introducido anteriormente las "consecuencias accesorias" [176] para las personas jurídicas, o sea medidas para éstas, vinculadas con la realización de un delito por un individuo, podrían coexistir teóricamente (admitiendo que las "consecuencias accesorias" no sería auténticas penas) las penas para individuos con las "consecuencias accesorias" y "penas" para personas jurídicas. Con la reforma penal española de finales de 2010, a través de la cual, entre otras novedades, se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas (nuevo art. 31 bis), se optó por la solución práctica razonable de mantener el sistema de "consecuencias accesorias", pero restringiéndolas a entes colectivos sin personalidad jurídica, mientras que las penas se aplicarían a entes colectivos con personalidad jurídica[177].

---

[172] Sobre los diferentes modelos ver ABANTO VÁSQUEZ, "Responsabilidad penal de los entes colectivos...", p. 16 y ss. [en esta compilación: p. 488 y ss.]

[173] TIEDEMANN, "Derecho penal económico. Introducción...", n. marg. 244 y s. Analizando la situación en este sentido, ABANTO VÁSQUEZ, "Responsabilidad penal de los entes colectivos...", p. 28 [en esta compilación: p. 503 y ss.]; ídem, "Hacia un nuevo Derecho...", p. 12 [en esta compilación: p. 561 y ss.].

[174] C. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Responsabilidad penal de los entes colectivos...", p. 28 [en esta compilación: p. 509].

[175] C. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Responsabilidad penal de los entes colectivos...", p. 28.

[176] Sobre el modelo de las "consecuencias accesorias" en España y Perú, ver ABANTO VÁSQUEZ, c. más refs., "Responsabilidad penal de los entes colectivos...", p. 18, columna derecha y ss. [en esta compilación: p. 492 y ss.]

[177] Sobre el nuevo modelo español, tras el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo art. 31bis, quedando vigente la posibilidad de imponer "consecuencias accesorias" según el art. 129 del CP español, RAMÓN RIBAS, en Quintero Olivares, tomo I, p. 763 y ss., esp. 790 y ss.

La reforma penal española seguramente llevará a que sea excepcional la posibilidad de que, por los mismos hechos, confluyan una sanción penal contra la persona física y otra administrativa contra la persona jurídica, pues esta última (en su calidad de persona distinta), también puede ser merecedora de una sanción penal[178]. Existen, sin embargo, situaciones excepcionales en las cuales la ley penal no tiene a la persona jurídica como destinataria de la norma penal, en cuyo caso sí es posible la situación descrita al inicio: sanción penal para la persona individual y sanción administrativa para la persona jurídica por los mismos hechos. En tal caso tampoco habrá inconveniente alguno, pues no se presentará un supuesto de "ne bis in idem" al faltar identidad de sujetos[179]. La opinión contraria considera que, pese a la diferencia formal de sujetos, a efectos de la sanción, ambos serían un mismo sujeto porque la actuación de una persona jurídica siempre dependería de la de un individuo; aquella sólo podría infringir la norma a través de esta última, pero esta postura no es sostenible desde la perspectiva dominante del *societas delinquere potest* que reconoce capacidad de acción y de culpabilidad a la persona jurídica[180]. Por cierto que, incluso después de admitir la diferencia de sujetos imputables, todo dependerá del modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica que admita la ley para la solución a las variantes que se presentaren. Así, en un modelo de responsabilidad autónoma de la persona jurídica por defecto de organización (que puede ser "doloso" o "imprudente") no tendría que haber ningún problema de legitimación, mientras que en un modelo de "imputación" a la persona jurídica por el hecho ajeno de la persona física parece más sostenible la crítica que considera vulnerado el principio ne bis in idem: existe aquí una imputación objetiva y un reconocimiento tácito de la incapacidad de actuar de la persona jurídica[181]. Tampoco debería ser problemático admitir la responsabilidad de distintas personas jurídicas que, por sí mismas realizaren el tipo (pluriautoría o, en términos penales, autoría accesoria) o la "coautoría" de todas ellas cuando para la realización típica fuera necesaria la participación de todas en su conjunto[182].

---

[178] Cfr. GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 235.

[179] Ésta es la doctrina dominante en España; ver las refs. y aprobándola, GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 235, nota al pie 71.

[180] Cfr. GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 237.

[181] Este modelo de la imputación es sostenido en España (entre otros también GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, p. 238); ver una exposición del modelo de la imputación y las críticas, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Responsabilidad penal de los entes colectivos...", p. 24, columna derecha y s. [en esta compilación: p. 502 y s.].

[182] Así, GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, quienes añaden una tercera posibilidad: la comisión de infracciones diversas por cada una de las personas jurídicas, la cual, sin embargo, evidentemente no ofrece problemas al ne bis in idem (hechos distintos, diferentes bienes jurídicos); cfr. p. 245.

Por último, la situación se complica más cuando se tiene en cuenta que, en la actuación de las empresas de gran magnitud, éstas operan regularmente organizadas en matrices y filiales. He analizado brevemente esto tomando como modelo el Derecho alemán donde se ha discutido y reconocido la *responsabilidad contravencional de la matriz* por los actos de su filial, siempre y cuando la primera hubiera influido en esta última (art. 30, número 5, párrafo 1, concordado con el art. 130 OWiG)[183]. Aquí también se tiene que respetar el principio "ne bis in idem" para no sancionar doblemente, por los mismos hechos, a la misma empresa, desdoblada en filial y matriz[184].

8. Conclusiones

En la actualidad ha ganado pleno reconocimiento en la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, el reconocimiento que entre "ilícito penal" e "ilícito administrativo" no existiría más que una *diferencia cuantitativa*. La reacción penal (la pena) tiene sin embargo un elemento diferenciador "cualitativo" que no tiene la sanción administrativa: el reproche ético-social.

Debido a la diferencia cuantitativa entre infracciones, en ambos casos, se ejerce ius puniendi, y existe el peligro de la "sobrerrepresión" mediante una "doble sanción" (ne bis in idem). Este peligro es evitado, en gran parte, cuando existe una diferenciación clara y legal entre "ilícito administrativo" e "ilícito penal". En tal caso ninguna área jurídica invadirá el espacio de la otra. Pero una gran parte de otros ilícitos coincide, casi palabra por palabra, en la descripción típica tanto como infracción administrativa como infracción penal. Aquí entra a tallar el principio "ne bis in idem". Pero sólo debe quedar claro que si bien la protección administrativa previa es obviamente indispensable para proteger los bienes jurídicos, ella también debería respetar los principios penales debido a su similar naturaleza[185].

Pero, por otro lado, también existe el peligro de la "impunidad" de graves infracciones administrativas cuando el proceso y la sanción administrativa se opusieren a la persecución penal con una dependencia absoluta de la persecución penal en relación con la decisiones previas (no controlables) de la administración[186]. En realidad, se trata con esto tan solo de un *problema*

---

[183] Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, "Responsabilidad penal de los entes colectivos...", p. 31, columna derecha y s. [en esta compilación: p. 515 y ss.].

[184] Cfr. c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Responsabilidad penal de los entes colectivos...", p. 31, columna derecha [en esta compilación: p. 515 y s.].

[185] Al respecto, anteriormente, ABANTO VÁSQUEZ, "Diez años...", p. 35 y s. [en esta compilación: p. 617]

[186] ABANTO VÁSQUEZ, "Diez años...", p. 36 [en esta compilación: p. 617]; analizando y criticando también la práctica española, CARO CORIA, p. 22 y s.

de coordinación entre las dos áreas del Derecho público a fin de garantizar la "unidad" (no la unicidad) de la respuesta penal. Es decir, el principio "ne bis in idem" tan solo quiere decir que no debería imponerse al infractor, por el mismo atentado contra el mismo bien jurídico, una doble sanción (por la autoridad administrativa y por el juez penal) que sobrepasare los niveles permitidos de lesividad y proporcionalidad. No quiere decir que en la práctica no puedan darse situaciones en las que coexistan procesos paralelos (uno administrativo y uno penal) y que sólo deba existir un solo proceso y una sola sanción. Así, si la infracción ya sancionada por la administración resultare tener un contenido de injusto penal grave, el juez penal no debería estar impedido de iniciar un proceso penal con miras a imponer una sanción penal, aunque en esto, el juez penal deberá tener en cuenta la sanción administrativa (recorte de libertades) ya impuesta anteriormente, es decir, sea descontando de la sanción penal lo ya sancionado administrativamente[187]. Y al contrario, cuando tras una sanción penal (o una absolución), todavía quedare un interés administrativo pendiente, nada debería impedir su procesamiento adicional.

En sus relaciones con el Derecho administrativo sancionador (contravencional o disciplinario en Alemania), el "ne bis in idem" no quiere decir que no se pueda ni deba *computar* las distintas sanciones recaídas en las distintas organizaciones de Derecho público[188]: o sea, en lo posible, el juez penal debería computar, dentro de su condena, el recorte de libertad (multa, inhabilitación) que el sujeto hubiera sufrido en el ámbito administrativo. Esto puede ser previsto también en la propia ley, tal como se hace en el art. 14 del Reglamento Disciplinario Federal de Alemania.

En la práctica, ante una *doble persecución* (una penal y una administrativa) se presentan varias situaciones. La más polémica ocurre cuando la administración ya hubiera emitido una resolución sancionadora o absolutoria. En contra de lo que todavía pudiera sostenerse, basándose sobre todo en normas administrativas vigentes que proclaman expresamente la "autonomía" de la vía o sanción administrativas, y en el llamado principio "prior tempore, portior in iure" (ver arriba en 5), nada debería impedir que la justicia penal pueda investigar y procesar el caso aun si se cumplieran las tres identidades. Incluso cuando el proceso administrativo concluyera antes que el penal, finalmente deberá ser la administración de justicia penal quien, en el sentido de la "preeminencia" consagrada en la ley procesal penal y derivada de principios constitucionales,

---

[187] Cfr. ya antes ABANTO VÁSQUEZ, "Diez Años...", p. 36 [en esta compilación: p. 617 y s.].

[188] Tribunal Constitucional, tomo 21, p. 379 y ss., refiriéndose al "arresto disciplinario" que debería ser computado a la "privación de libertad" de la condena, así como a la "reducción del salario", la "reducción de la pensión de jubilación".

debería definir la existencia o no de un solo injusto de carácter penal. La norma procesal no dice, por cierto, si en este caso el juez podría anular la resolución administrativa y emitir una sola sanción o, más bien, debería "descontar" el quantum de la sanción administrativa ("principio del descuento"). Tampoco dice qué pasaría en caso de que el juez no encontrare injusto penal, aunque sí administrativo. ¿Debería devolver todo lo actuado para que se resuelva el caso en la vía administrativa o, mejor aún, debería aplicar la solución alemana que permite al juez emitir una resolución de carácter administrativo-sancionador?

No es sostenible una *autonomía del Derecho administrativo sancionador* (más allá de su obvia autonomía organizativa y jurídica) que lleve, por lo general, a una sanción administrativa independiente (adicional) de la penal. Esto no quiere decir tampoco que se deba producir una *absorción del Derecho administrativo sancionador y disciplinario* por parte del Derecho penal. Pero se necesitan reglas claras que prevean para todos los casos de duplicidad de persecución penal y administrativa las distintas situaciones que pudieran ocurrir en la práctica[189], tal como se está reconociendo paulatinamente en la jurisprudencia y el Derecho administrativo, penal y constitucional de Derechos extranjeros como el español y el alemán.

En el *caso peruano concreto*, donde no hay que olvidar el problema de la permanente violación al "principio de reserva de la ley penal", podría entenderse que a partir de la vigencia del art. III CPP, por ser una norma legal posterior a muchas normas administrativas (dadas con igual jerarquía de ley) tendría que haber cambiado la situación anterior. Es decir, ya no regirían todas aquellas normas que previeran exactamente lo contrario: la arriba aludida dependencia del proceso penal de un proceso administrativo previo.

Esta interpretación se puede ver reforzada por el hecho de que el legislador procesal penal, para el caso específico de los "delitos tributarios", ha dispuesto, en la segunda disposición modificatoria y derogatoria del D. Leg. 957 (que promulgó el nuevo CPP), números 5 y 6[190], una adecuada coordinación del proceso penal y administrativo tributario, respetando el principio "ne bis in idem" y la "legalidad procesal penal" en contra de lo anteriormente dispuesto por la propia Ley Penal Tributaria (D. Leg. 813): el deber de la administración tributaria de comunicar al Ministerio Público en caso de encontrar indicios de delito, sin perjuicio de continuar el proceso administrativo (numeral 6, N° 1); la potestad del Ministerio Público de iniciar el proceso penal, debiendo con-

---

[189] Atinadamente critica la regla del art. II del nuevo CPP y desarrolla los distintos casos posibles, SÁNCHEZ MERCADO, "El ne bis in idem...", p. 985 y ss.

[190] Hacen esta observación CERDA SAN MARTÍN/FELICES MENDOZA, p. 173 y s.

tar con la colaboración especializada de la administración tributaria (numeral 5); la potestad del Ministerio Público de ordenar al órgano administrativo la ejecución de diligencias e incluso la remisión de todo lo actuado (numeral 6, N° 2). No se ha reglamentado el caso de la "cumulación" o "cómputo" de sanciones administrativas y penales ("principio del descuento").

Esta reglamentación del "ne bis in idem" (en una versión mejorada) debería extenderse a todo el resto del Derecho administrativo sancionador (incluyendo al disciplinario), incluso en contra de la "autonomía" del proceso administrativo en relación con el penal declarada, con un tenor más o menos similar, en muchas normas administrativas (p. ej. según el art. 243, Ley 27444; art. 49, Ley 27785, modificada por la Ley 29622).

Para lograr esto resulta indispensable un *cuerpo de leyes único* para todo el Derecho administrativo sancionador (con los consiguientes cambios en las normas sectoriales y la eliminación de las faltas del Código Penal) que prevea principios generales y tipos legales de las infracciones. Es decir, se necesita un auténtico "Código de contravenciones" al cual, además, podrían remitirse supletoriamente las normas administrativas especializadas (derecho disciplinario, derecho de tráfico rodado, derecho de la propiedad industrial, derecho de la libre competencia, etc.) en lo que ellas no hubieran previsto expresamente[191].

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL: "Responsabilidad penal de los entes colectivos: una revisión crítica de las soluciones penales", Revista Penal (España), N° 26 (2010), pp. 3-45 [en este libro: p. 465-543]; "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿un problema del Derecho penal?", en: Caballero Castillo/Ruiz Solís (coords.), "Cuestiones de Derecho penal, proceso penal y política criminal", 7mo. CONADEPC, Lima, 2010, pp. 171-229; "Hacia un nuevo Derecho penal de las empresas. Más allá de la solución penal y meramente administrativa del 'delito económico'", Revista Penal (España), N° 21 (2008), pp. 3-23 [en este libro: p. 545-581]; "Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano", 2da. ed., Lima, 2003; "Principio de reserva de la ley penal versus autoritarismo estatal", Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 13 (2003), pp. 197-209 [en este libro: p. 151-163]; "Diez años de Derecho penal económico peruano: un balance", RPCP, N° 11-12 (2002), pp. 21-76 [en este libro: p. 603-660];; "Derecho penal económico. Parte especial", Lima, 2000; "Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas", Lima, 1997; "Comentarios a la 'Ley contra los delitos agravados'", Cathedra N° 3 (1998), UNMSM, Perú, p. 113-118.

[191] Cfr. también con más detalles y refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Diez años...", p. 34 y ss. [en esta compilación: p. 616]. Ver también, con una descripción del modelo alemán y el modelo español en "La responsabilidad penal de las personas jurídicas...", p. 210 y ss.

BÖSE, MARTIN: "Die transnationale Geltung des Grundsatzes 'ne bis in idem' und das 'Vollstreckungselement'. Zugleich Besprechung von BGH, Beschluss vom 25.10.2010", GA 2011, p. 504-513.

BOHNERT, JOACHIM: "Karlsruher Kommenter zum OWiG", 3ra. ed., Múnich, 2006.

BRODOWSKI, DOMINIK: "Ne bis in idem im europäisierten Ausliferungsrecht", StV 2013, p. 339-346.

CARO CORIA, DINO CARLOS: "El principio de ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos p. 1- 26.

CERDA SAN MARTÍN, RODRIGO/FELICES MENDOZA, MARÍA E.: "El nuevo proceso penal. Constitucionalización, principios y racionalidad probatoria", Lima, 2011.

EBERT, FRANK: "Das aktuelle Disziplinarrecht", 2da. ed., Stuttgart, 2005.

FRISTER, HELMUT: "Anmerkung" [comentarios a la resolución de KG de 09-10-1986 (4) I Ss 143/86 (76/86), ibídem p. 519 y s.], StV 87, p. 520-522.

GARCÍA CAVERO, PERCY: "Derecho penal económico. Parte general", tomo I, 2da. ed., Lima, 2007; "El principio del non bis in idem a la luz de una distinción cualitativa entre delito e infracción administrativa", en: "Libro Homenaje al profesor José Hurtado Pozo", Lima, 2013, pp. 169-188.

GÓMEZ TOMILLO, MANUEL/ SANZ RUBIALES, ÍÑIGO: "Derecho administrativo sancionador. Parte general", 3ra. ed., Pamplona, 2013.

GUEVARA PARICANA, JULIO A.: "Principios constitucionales del proceso penal", Lima, 2007.

HUMMEL, DIETER/KÖHLER, ANKE/MAYER, DIETRICH: "BDG Bundesdisziplinargesetz und materielles Disziplinarrecht", 4ta. ed., Fráncfort del Meno, 2009.

HURTADO POZO, JOSÉ: "Manual de Derecho penal. Parte General", tomo I, Lima, 4ta. ed., 2011.

KNIEBÜHLER, ROLAND MICHAEL: "Transnationales 'ne bis in idem'", Friburgo i. B., 2005.

KERNER, Hans Jürgen/ KARNOWSKI, Philipp A.: "'Res Judicata' und 'Ne Bis in Idem'. Überlegungen zur Rechtskraftdurchbrechung nach verfahrenserledigenden Entscheidungen in Strafsachen", FS Kühne, Heidelberg, 2013, p. 579-598.

LEÓN FLORES, JORGE A.: "La Ley N° 29622 otorga a la Contraloría General la potestad para determinar la responsabilidad administrativa funcional e imponer la respectiva sanción", en "Gestión Pública y Desarrollo", diciembre de 2010, p. C 17 y s.

LIZÁRRAGA GUERRA, VÍCTOR: "El Derecho disciplinario en la administración pública", Lima, 2013. "¿El Derecho disciplinario único en la Ley del Servicio Civil?", Revista Jurídica del Perú, tomo 236 (julio 2013), p. 51-55.

LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL: "Lecciones de Derecho Penal. Parte general", 2da. ed., Valencia, 2012.

MANSDÖRFER, MARCO: "Das Prinzip des ne bis in idem im europäischen Strafrecht", Berlín, 2004.

MEYER-GOSSNER, LUTZ/ SCHMITT, BERTRAM: "Straprozeßordnung mit GVG und Nebengesetzen", 55ta. ed., Múnich, 2012

MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA: comentarios a los arts. 428 a 431, en: Quintero Olivares/Morales Prats, "Comentarios al nuevo Código penal", (coord.), 6ta. ed., Pamplona, 2011, tomo II.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/GARCÍA ARÁN, MERCEDES: "Derecho penal. Parte General", 6ta. ed., Valencia, 2004

NEYRA FLORES, JOSÉ ANTONIO: "Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral", Lima, 2013.

OCTAVIO DE TOLEDO, EMILIO: "La prevaricación del funcionario público", Madrid, 1980.

PEÑA GONZÁLES, OSCAR *(coord.)*: "Los precedentes vinculantes. Sentencias y acuerdos plenarios en materia penal. Comentarios doctrinarios. Jurisprudencia. Índice analítico", Lima, 2009.

QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (coords.): "Comentarios al Código Penal español", 6ta. ed., Pamplona, 2011, dos tomos.

ROXIN, CLAUS: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo I, 4ta. ed., Múnich, 2006; "Derecho procesal penal", Buenos Aires, 2000.

ROXIN, CLAUS/SCHÜNEMANN, BERND: "Strafverfahrensrecht", 26ta. ed., Múnich, 2009.

RUIZ ROBLEDO, A.: "El derecho fundamental a la legalidad punitiva", Valencia, 2003.

SÁNCHEZ MERCADO, MIGUEL ÁNGEL: "¿Existen excepciones al *ne bis in idem*?: la acumulación de sanciones penales y administrativas", JuS Jurisprudencia, N° 2, julio 2007, Grijley, pp. 155-163; "El ne bis in idem y la concurrencia de sanciones penales y administrativas contra funcionarios del Estado. Comentario al R. N. N° 2090-2005-Lambayeque", en: Castillo Alva (director), "Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema", Lima, 2008, pp. 981-990.

SÁNCHEZ VELARDE, PABLO: "Manual de Derecho procesal penal", Lima, 2004.

SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR: "Estudios de Derecho procesal penal", Lima, 2012; "Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema" (compilación), Lima, 2006.

SCHMAHL: en Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, "Grundgesetz Kommentar", 11ra. ed., Múnich, 2008.

SCHÖNKE, ADOLF /SCHRÖDER, HORST y otros autores: "Strafgesetzbuch. Kommentar", 28va. edición, Múnich, 2010.

SCHULZE-FIELITZ, HELMUTH: en Dreier, Horst (director), "Grundgesetz. Kommentar", 2da. ed., tomo III (artículos 83-146), Tubinga, 2008.

STREINZ, THOMAS: "'ne bis in idem' bei Sanktionen nach deutschem und europäischem Kartellrecht", Jura 2009, pp. 412-419.

TIEDEMANN, KLAUS: "Derecho penal económico. Introducción y parte general", Lima, 2009; "Manual de Derecho penal económico. Parte especial", Lima, 2012; "Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil", 2da. ed., Colonia, 2008; "Derecho penal administrativo y Estado de Derecho. Un panorama sobre el Derecho alemán de contravenciones", en "Derecho penal y nuevas formas de criminalidad", Lima, 2007, 2da. ed., pp. 39-63.

THOMAS, HERBERT: "Das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung", Baden-Baden, 2002.

URQUIZO OLAECHEA, JOSÉ: "El principio de legalidad", Lima, 2000.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando: "Los delitos contra la administración pública. Teoría general", Santiago de Compostela, 2003.

La "administración desleal" como injusto punible en derecho comparado (*)

El tipo penal de "administración desleal" o "infidelidad patrimonial" constituye una descripción muy amplia de un injusto contra el patrimonio que ha hecho necesario en su país de origen (Alemania) iniciar y consolidar un complicado proceso de concreción tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Para cualquier observador extranjero resulta tan fascinante como difícil de comprender por qué el legislador penal alemán ha permanecido inactivo tanto tiempo y no ha reemplazado el tipo penal antiquísimo de "administración desleal" por tipos penales más concretos (tal como ha ocurrido p. ej. en España y otros países). El presente trabajo comparado con las soluciones legislativas más "modernas" deberá mostrar en qué medida éstas realmente implican o no una mejora en cuanto al respeto de principios fundamentales como el principio de certeza y el de protección de bienes jurídicos. Para ello, tras una exposición de los orígenes y el desarrollo de la figura (1) así como de una exposición breve del modelo alemán (2), se van a analizar tan sólo algunos de los problemas más controvertidos (3): la "taxatividad"y eventual inconstitucionalidad del tipo alemán (3.1), el concepto de "perjuicio patrimonial" en el tipo (3.2), la "infidelidad patrimonial" en el ámbito empresarial (3.3), la "infidelidad patrimonial" en la administración pública (3.4) y algunas propuestas de reforma de la doctrina germana (3.5) culminando finalmente con una breve comparación del modelo alemán con los modelos peruano y español y, en menor medida, con el brasileño y paraguayo (4).

1. Orígenes y desarrollo del tipo penal de "infidelidad patrimonial" en Alemania[1]

El actual tipo germano de "infidelidad patrimonial" o "administración infiel" tiene orígenes antiguos y ha tenido un proceso de desarrollo que ha

---

(*) El presente trabajo fue elaborado para un ciclo de conferencias desarrollado en las ciudades paraguayas de Asunción, Encarnación y Ciudad del Este a principios de setiembre de 2013.

(1) El término germano "Untreue" significa literalmente "infidelidad" (extensivamente también: "deslealtad"), pero en el ámbito jurídico se sobreentiende su contenido de delito contra el patrimonio. En español se suele agregar el adjetivo "patrimonial" para especificar más la relación del sustantivo "infidelidad" o "deslealtad" o, como en el CP paraguayo, "lesión de confianza", con el bien jurídico afectado. Considero que son equivalentes todos estos términos, aunque en el desarrollo del presente trabajo se preferirá "infidelidad patrimonial", debido a su origen, tal como se explica a continuación.

culminado tempranamente (o sea antes de que los conocidos principios penales y constitucionales adquiriesen su forma actual) en los años treinta del siglo XX, sintetizándose en una fórmula típica en la que el legislador germano ha buscado abarcar todo tipo de conducta que atacare el patrimonio de otro "desde adentro"[2] (o sea por parte de quien debería cuidarlo) aprovechándose de las facultades legítimas que tuviere sobre este patrimonio[3].

El delito no siempre fue considerado como un delito contra el patrimonio en el sentido actual[4]; la "infidelidad" como término genérico ya existía en la tradición germana en distintos contextos y disposiciones legales antes de la versión definitiva cuya consolidación se produjera recién en 1933 después de separarse poco a poco de los delitos de "apoderamiento" (el hurto y, especialmente, la apropiación indebida)[5]. Aunque se pueda recurrir a fuentes más antiguas[6], la forma más clara, aunque exagerada desde nuestra perspectiva actual, de "infidelidad" puede encontrarse ya en el Código Penal Bávaro de 1813, en el cual existían tipos de "infidelidad" de mandatarios (art. 399), la prevaricación del abogado y el adulterio como infracción de la fidelidad fijada contractualmente (art. 401)[7].

Pero en la doctrina hay consenso en considerar al *art. 246 del Código Penal prusiano* (por sus siglas en alemán: PrStGB) de 1851 como el predecesor más inmediato del actual tipo penal germano, pues recién allí se comenzó a distinguir,

---

[2] Esta diferencia entre ataque al patrimonio desde afuera ("estafa") y ataque "desde adentro" ("infidelidad patrimonial") fue introducida a la doctrina por SCHÜNEMANN ("Die 'gravierende Pflichtverletzung'...", p. 474, columna izquierda) y fue recogida por el Tribunal Constitucional Federal en su resolución sobre la constitucionalidad de la "infidelidad patrimonial", auto de 23-06-2010 (2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 Bvr 49/09); ver en Wistra 2010, p. 387 (n. marg. 87 en el texto de la resolución). También es destacada por TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht B. T.", p. 7, n. marg. 3.

[3] SCHÜNEMANN propone la siguiente definición dogmática de la infidelidad patrimonial (en LK, § 266, n. marg. 1, p. 678): "Infidelidad [patrimonial] es el **delito especial (de garantía)** consistente en **perjudicar dolosamente el patrimonio ajeno desde adentro**, o sea haciendo uso antijurídico de una posición de poder o de otro dominio sobre la custodia de los negocios jurídicos que se le hubieran confiado en favor de otro" [resaltados en el original, traducción libre].

[4] Constituye una notable excepción histórica el art. 170 de la "Constitutio Criminalis Carolina" de 1532 donde había previsto un tipo similar al actual como delito contra el patrimonio, aunque finalmente se impusiera el pensamiento romano; cfr. en SCHÜNEMANN en LK, § 266, Entstehungsgeschichte, p. 663.; c. más refs. En dicho tipo penal, se sancionaba "de igual manera que el hurto a aquél actuare perjudicando dolosamente a otro en sus bienes que éste le hubiera dado, de buena fe, para guardar o custodiar" (traducción del texto según su sentido)".

[5] Ver refs. resumidamente, WEBER en Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 22, n. marg. 4 y ss., p. 675 y s.; JOECKS, § 266, n. marg. 3, p. 644. Allí también se destaca cómo habrían surgido los dos tipos actuales de "infidelidad patrimonial": mientras la doctrina (en especial Binding) veía el núcleo del injusto en el aprovechamiento abusivo de poder jurídico de representación (teoría del abuso), los tribunales (en especial: el Tribunal del Reich) se centraban más en la lesión de deberes de fidelidad de un patrimonio ajeno que el sujeto activo podría tener por distintos motivos (teoría del abuso).

[6] Se suele remitir incluso al "fraus patroni" del Derecho Romano en las Doce Tablas y al "furtum" posterior que englobaba también a la estafa y otras figuras; cfr. TIEDEMAN en LK, vor § 263, p. 17, n. marg. 13; SCHÜNEMANN en LK, § 266, Entstehungsgeschichte, p. 663; CRAMER/PERRON c. más refs. en Schönke/Schröder, vor §§ 263 ff., n. marg. 2, p. 2311.

[7] Cfr., citando además otras fuentes menos claras, MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, p. 577, n. marg. 7. SCHÜNEMANN menciona también otros intentos de englobar en una sola definición de "infidelidad" una variedad de conductas desleales (la de funcionarios, tutores respecto de los tutelados, etc.) en leyes de los distintos principados germanos; ver en LK § 266, Entstehungsgeschichte, p. 663 y s.

con más claridad, la infidelidad patrimonial de los delitos de "falsedades" y otros injustos para concebirla como delito contra el patrimonio. Es más, si se quiere ser aún más preciso, se debería atribuir este cambio de perspectiva no a la ley promulgada, sino a los trabajos previos a este texto legislativo (que duraron varios años)[8]. Entonces, de lege lata, en el art. 246 PrStGB, se consuma la separación del tipo como delito contra el patrimonio, extrayendo de él los elementos relacionados con delitos contra la propiedad ("apropiación indebida") y con los delitos de enriquecimiento ("hurto", "estafa", "extorsiones"), aunque, como defecto, se observa que el tipo resultante no considerara la deslealtad del "mandatario"[9]. En dicho tipo penal se previeron una serie de situaciones de "relaciones de fidelidad" vinculadas con el patrimonio ajeno, cuya violación causare "perjuicios" al titular. Esta formulación fue recogida, con ampliaciones, por el Código Penal de la Federación Alemana del Norte de 31 de mayo de 1870 bajo el artículo 266. Posteriormente, el *Código penal del Reich de 1871* recogió esta versión sin variaciones ni en su contenido ni en su numeración. Su casuística (enumeraba detalladamente todos los casos de sujetos activos del delito; p. ej. además de los conocidos casos de tutores, curadores y apoderados, también otros como el administrador de la masa patrimonial, controlador de trenes, el corredor de inmuebles, medidor, etc.), sin embargo ofrecía muchos vacíos y fue muy criticada por ello[10].

La actual descripción del tipo genérico de "infidelidad patrimonial" en el art. 266 StGB, o sea la separación material entre dos tipos: el de infidelidad y el de abuso, fue introducida en la ley modificatoria de 26 de mayo de 1933 (publicada en el Boletín del Reich del mismo año, tomo I, p. 295)[11]; resumidamente: el *art. 266 StGB de 1933*.

---

[8] CRAMER/HEINE en Schönke/Schröder, vor §§ 263 ff., n. marg. 2a; SCHÜNEMANN en LK, § 266, Entstehungsgeschichte, p. 664.

[9] Cfr. MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, p. 577, n. marg. 8

[10] Así, CRAMER/PERRON, vor §§ 263 y ss., n. marg. 2a; SCHÜNEMANN en LK, § 266, Entstehungsgeschichte, p. 664 y s.; WESSELS/HILLENKAMP, § 18, n. marg. 748, p. 396.

[11] ***Art. 266 StGB 1933***

(1) 1.- Quien dolosamente abusare de la potestad concedida a él por la ley, mandato de autoridad o negocio jurídico, de disponer de patrimonio ajeno u obligar a otro, o, quien lesionare el deber que le impone la ley, mandato de autoridad, negocio jurídico o una relación de fidelidad para preservar intereses patrimoniales y, con ello, provocare una desventaja a aquel cuyos intereses patrimoniales debía administrar, será penado por infidelidad con prisión y con pena. 2.- Adicoinalmente podrá disponerse la pérdida de los derechos civiles.

(2) 1.- En casos especialmente graves se reemplazará la prisión por la reclusión de hasta diez anios. 2.- Se presenta un caso especialmente grave, sobre todo, cuando el hecho hubiera perjudicado el bienestar del pueblo o hubiera causado perjuicios especialmente elevados a otro o cuando el actor hubiera actuado de manera especialmente maliciosa.
[En octubre de 1953 (tras la caída del régimen nazi, se eliminó la segunda alternativa de este párrafo se introdujo el tercer párrafo siguiente]

(3) 1.- Quien cometiere los hechos contra parientes, tutores o educadores, será perseguido solamente por denuncia privada.
2.- Se permite retirar la denuncia privada.

Con la separación del nuevo art. 266 StGB 1933 se quería con poner fin a una infructuosa disputa entre dos teorías: la teoría del "abuso" y la teoría del "quebrantamiento de fidelidad" que, partiendo del caso típico de entonces del "apoderado", discutía si el tipo solamente abarcaba los actos de disposición jurídicamente válida o también cualquier otra disposición del patrimonio ajeno que lo perjudicara. Es decir, para la teoría del "abuso" la tipicidad exigía, de manera más restrictiva, que la conducta abusiva típica de disposición patrimonial ajena, basada en una posición de poder legalmente reconocida, consistiera siempre en un negocio jurídico válido, mientras que para la teoría del "quebrantamiento de fidelidad" resultaba típica cualquier conducta perjudicial a patrimonios ajenos, se tratare de un negocio jurídico o no, siempre que lesionara uno de los deberes mencionados en el tipo legal[12]. La nueva formulación típica pretendía reconocer ambos casos en dos alternativas separadas: en un primer supuesto se abarcan casos de "abuso" de la capacidad de efectuar negocios jurídicos válidos; a continuación se generalizan los casos de quebrantamiento de fidelidad (restringido antes a determinados grupos de autores) para lo cual el criterio legal pasa a ser el "deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos" que es conocido como deber de "lealtad al patrimonio" o "deber de custodiar el patrimonio"[13].

Tras modificaciones menos importantes en 1969 y 1970 (que afectaron la sistemática de la agravación de los párrafos 2 y 3)[14], en 1998, en el marco de la Sexta Reforma Penal (BGBl. 1, p. 164), se produjo una reforma importante: se juntaron los párrafos 2 y 3 en uno solo y se eliminó la agravación genérica del segundo párrafo, reemplazando éste por una remisión al tipo penal de la estafa (art. 263, párrafo 3)[15]. Pero en contra de lo que afirma la exposición de

---

[12] Sobre esta discusión ampliamente, KÜPER, "Strafrecht BT", p. 356; KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 2, p. 283; WEBER en Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 22, n. marg. 5, p. 676; PERRON, "Probleme und Perspektiven...", p. 220 y s.

[13] KÜPER, "Strafrecht BT", p. 370.

[14] Desde el 1 de enero 1975 y hasta la reforma de 1998 (vigente desde el 1 de abril) el tipo penal del art. 266 decía:
(1) 1. Quien abusare de la potestad de disponer de patrimonico ajeno o de obligar a otro,que le hubieran concedido la ley, mandato de autoridad o negocio jurídico, o quien lesionare el deber que le hubiera impuesto la ley, un mandato de autoridad, un negocio jurídico, o una relación de fidelidad, de preservar intereses patrimoniales ajenos, ocasionando con ello desventajas a los intereses que debía administrar, será penado con privación de libertad de hasta cinco anios o con multa.
(2) En casos especialmente graves, la pena será de privación de la libertad de uno a diez anios.
(3) Rigen de manera correspondiente el artículo 243, párrafo 2, así como los arts. 247, 248a.

[15] El tipo actualmente vigente dice:
Art. 266 StGB (tras la reforma de 1998):
(1) Quien abusare de la potestad de disponer de patrimonico ajeno o de obligar a otro que le hubieran concedido la ley, un mandato de autoridad o un negocio jurídico, o quien lesionare el deber que le corresponde según la ley, mandato de autoridad, negocio jurídico o una relación de fidelidad, de preservar intereses patrimoniales ajenos, ocasionando con ello desventajas a los intereses que

motivos, esta última modificación resulta confusa, pues muchos de los ejemplos típicos de la agravación en la estafa (profesionalidad, actuación en banda, intención de perjudicar patrimonialmente a un gran número de personas, etc.) no encajan en los casos graves de "administración desleal"[16]. Por otra parte, la reforma descartó, sin exponer los motivos, introducir la punibilidad de la tentativa (que sí existe en la estafa)[17], que había sido propuesta por algún sector de la doctrina[18].

Además, la vieja discusión entre la teoría del "abuso" y del "quebrantamiento de fidelidad" continúa, aunque bajo otro ropaje. Pese a que se quería una clara delimitación entre el "tipo de abuso" (*Missbrauchtatbestand*) y el tipo de "violación de la fidelidad" (*Treubruchtabestand*), la discusión persiste cuando, para la aplicación del tipo de "abuso", se plantea la necesidad de una violación al "deber de fidelidad para con el patrimonio ajeno" (necesaria en el tipo de "quebrantamiento de fidelidad")[19], o sea si existe alguna vinculación entre ambos tipos y una relación de especialidad entre ambos (al respecto ver abajo en 2.3 f).

En la doctrina existe casi un consenso en el sentido de que la actual versión del art. 266 ha resultado ser demasiado amplia, y necesitaría una interpretación restrictiva (o incluso una reforma)[20]. Sin embargo, como se verá más adelante (en 3.1), la jurisprudencia constitucional ha considerado últimamente que el tipo penal no atentaría contra principios constitucionales.

En el Derecho penal complementario (o sea en el previsto en leyes especiales), también existían ***tipos penales de infidelidad patrimonial*** que han sido derogados poco a poco considerando que habían devenido innecesarios debido a la existencia del art. 266 StGB. Así, la Primera Ley de Reforma Penal de 1969 derogó el art. 81a de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (versión antigua), argumentando que este tipo abarcaría casos que estaban

---

debía administrar, será penado con privación de libertad de hasta cinco anios o con multa.
(2) Rigen de manera correspondiente el artículo 243, párrafo 2, y los arts. 247, 248a y 263, párrafo 3.

[16] Cfr. SCHÜNEMANN en LK § 266, p. 665.

[17] Cfr. SCHÜNEMANN en LK § 266, p. 665 al final.

[18] Según la sistemática alemana (arts. 12 y 23, primer párrafo StGB), la tentativa de "delitos menos graves" (Vergehen) como es el caso de la "administración desleal", debe ser expresamente señalada en el tipo legal.

[19] KÜPER, "Strafrecht BT", 356, 358.

[20] Exigen una interpretación restrictiva, entre muchos otros DIERLAM, p.. 534 y ss., 536, columna izquierda; JOECKS, § 266, n. marg. 10, p. 645; KÜPER, "Strafrecht BT", p. 370; WESSELS/HILLENKAMP, § 18, n. marg. 750, p. 397. Es especialmente crítico y exige una reforma, KARGL, "Die Missbrauchkonzeption...", p. 576, 590 y ss. Cfr. sobre la constitucionalidad del tipo de "administración desleal", analizando la jurisprudencia constitucional al respecto, SCHÜNEMANN en LK, § 266, n. marg. 24 y ss.

comprendidos por el tipo genérico de "administración desleal" del art. 266 StGB[21]. Otros tipos especiales de infidelidad patrimonial que existían en el Derecho penal económico han sido eliminados poco a poco de manera que en la actualidad no existen más tipos especiales de infidelidad patrimonial, aparte de tipos penales lejanamente "emparentados" de los arts. 266a (retención y apropiación ilegal de salarios) y 266b (abuso de tarjetas de cheques y tarjetas de crédito), así como el art. 34 de la Ley de Depósitos (apropiamiento indebido de depósitos).

Sin embargo, no se tuvo buenas experiencias con esta sistemática. Así, el art. 266 StGB, sobre todo debido a la exigencia de "dolo" en el tipo que debía abarcar también la violación del deber, no habría estado en capacidad de abarcar todos los casos similares a la administración desleal que se producían en el Derecho de las Sociedades de Responsabilidad Limitada[22]. Hans RICHTER afirmaba ya a mediados de los años 80 del siglo XX que, dado que habría un desconocimiento generalizado del art. 266 StGB en la vida empresarial, probablemente se vería gravemente afectada la prevención general[23]. Eso ciertamente ya no es así; más bien da la impresión de que en la actualidad la situación habría pasado al otro extremo: el delito de "administración desleal" en el ámbito de los negocios ocupa desde hace dos décadas el centro de atención de la opinión pública, "gracias" a una serie de sonados casos en los cuales resulta llamativo no sólo el monto de los supuestos perjuicios, sino sobre todo la notoriedad de los implicados (políticos, empresarios de grandes empresas, miembros del consejo de vigilancia de éstas y otras personas de gran notoriedad)[24], tal como se analizará brevemente más adelante (ver sobre todo en 3.3 y 3.4).

2. El tipo alemán de "infidelidad (patrimonial)" (art. 266 StGB)

Según la doctrina dominante, el tipo penal describe dos modalidades de injusto (el tipo de abuso y el tipo de quebrantamiento de fidelidad) en el primer párrafo del art. 266 StGB, y allí el primer supuesto constituiría un caso especial del segundo, y por lo tanto, tendría preeminencia sobre éste[25]. Una opinión minoritaria considera que ambas modalidades serían autónomas y

---

(21) BT-Drucks. V/4094. Críticamente, c. más refs. TIEDEMANN, "GmbH-Strafrecht", p. 16, n. marg. 11.

(22) TIEDEMANN, "GmbH-Strafrecht", p. 16 f., n. marg. 11.

(23) RICHTER, p. 137, 144.

(24) En este sentido cfr. entre otros SCHÜNEMANN c. más refs. "Der Bundesgerichtshof...", p. 196, col. derecha; DIERLAMM, p. 534 y ss.; PERRON, "Probleme und Perspektiven...", p. 219. Este cambio lo percibía LABSCH incluso para la segunda mitad de los años ochenta; cfr. p. 343.

(25) WESSELS/HILLENKAMP, c. más refs. § 18, n. marg. 749, p. 396.

conceptualmente diferentes[26]. La discusión no es inútil, pero manifiesta la necesidad urgente de reformar un tipo cuyo contenido de injusto tan solo quiere abarcar las conductas de aquel sujeto que utiliza el poder de disposición que se le ha confiado para perjudicar intereses patrimoniales ajenos en contra de su deber[27]. Por otro lado, cabe observar la estrecha vinculación que muestran ambos tipos con instituciones del Derecho civil ("negocio jurídico", "potestad", "patrimonio ajeno", "disponer", "obligar", etc.). Esto plantea la cuestión de si en la interpretación y en el proceso penal, los conceptos deban ser interpretados siempre de igual manera que en el Derecho civil y si las decisiones civiles deberían vincular a las penales (accesoriedad). Al igual que en otros casos de "accesoriedad" la doctrina tiende a romperla, o sea a seguir sus propias interpretaciones en la medida en que esto fuera necesario para respetar principios penales (p. ej. la prohibición de la analogía que sí está permitida en el Derecho civil, o la aplicación del "in dubio pro reo" en contra de reglas civiles de inversión de la carga de la prueba)[28].

2.1 El tipo de abuso

El *tipo de abuso* ("Mißbrauchtatbestand") presupone un "deber de fidelidad" con el patrimonio de otro *garantizado jurídicamente* (o sea, se trata de una potestad) y, su lesión típica, solamente es posible por un determinado círculo de autores, se trata de un tipo de "delito especial" (ver más abajo en 2.3 e).

La "infracción del deber" consiste en el *abuso de las potestades* que tiene el sujeto activo sobre el patrimonio ajeno de dos formas generales, ambas de naturaleza civil. En primer lugar, se trata de la transferencia, o sea un negocio jurídico dirigido directamente a influir en un derecho vigente, sea traspasándolo, gravándolo, modificándolo en su contenido o derogándolo (potestad de disponer) o la creación de obligaciones, o sea, el negocio jurídico por el cual una persona adquiere frente a otra el cumplimiento de determinada prestación (potestad de obligar) sobre éste contraveniendo dolosamente los intereses del titular (con un perjuicio para el patrimonio de éste)[29]. Entre las "disposiciones" que puede hacer el autor están la "cesión" de bienes, los "transmisión" de propiedad; entre las "obligaciones", p. ej. la de pagar determinado precio por

---

[26] Ampliamente, exponiendo la antigua discusión sobre teorías "monistas" (un solo tipo penal en una relación de lex specialis) y "dualistas" (dos tipos autónomos), SCHÜNEMANN en LK § 266, n. marg. 6 y ss., esp.11 y ss.; PERRON c. más refs. en Schönke/Schroeder, § 266, n. marg. 2, p. 2448 y s.

[27] Definición resumida dada por KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 1, p. 283.

[28] Cfr. WEBER en Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 22, n. marg.11, p. 678, n. marg. 69b, p. 698.

[29] Cfr. KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II, § 34, n. marg. 9, p. 285; WEBER en Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 22, n. marg. 12, p. 678.

un bien, o un honorario por un servicio, etc. La *potestad* puede provenir de la **ley** (p. ej. los padres en cuanto al patrimonio de sus hijos, tutores, curadores, etc. según el CC), **mandato de autoridad** (p. ej. fideicomiso estatal, policías encargados de cobrar multas, etc.), o un **acto jurídico** como el otorgamiento de un "poder" o una "autorización", los órganos de sociedades comerciales, etc. [30]. Si no existía ninguna de estas potestades derivadas de la "relación interna", no puede haber luego "administración desleal" cuando el sujeto activo abusare del poder que tenía sobre el patrimonio ajeno (p. ej. vender un bien que se le prestó tan solo para usarlo), en cuyo caso podría aplicarse el tipo de "apropiación indebida". Pero si hubiera inicialmente existido tal potestad con base en una "relación interna" con el titular, aun cuando ésta se hubiera extinguido internamente (p. ej. vencimiento del plazo de duración, anulación del poder otorgado), podrá servir de base para la tipificación de la "infidelidad patrimonial" en la modalidad de "abuso" cuando la representación todavía surgiera efectos "hacia afuera" (p. ej. cuando un tercero adquiriera los bienes de buena fe) [31].

De todo esto resulta que tan solo son típicos los actos de abuso que implicaren un *uso con efectos jurídicos*, una validez jurídica en la relación interna con el titular, pero no aquellas disposiciones del patrimonio ajeno que no estuvieran dentro de las potestades del sujeto activo, sino se tratasen tan solo de actos y omisiones fácticas o incluso actos jurídicos nulos [32]. Estos casos podrían estar cubiertos aun por el tipo más amplio de "quebrantamiento de fidelidad" o por un tipo penal distinto (p. ej. una "apropiación indebida") [33]. El *uso abusivo* de las "potestades" consiste entonces en efectuar una disposición o contraer una obligación en relación con el patrimonio ajeno administrado y, con ello, "no observar las restricciones internas del ejercicio de sus potestades" [34] o, en una fórmula más sencilla: *"abuso es sobrepasar lo jurídicamente permitido por la relación interna dentro del marco de lo jurídicamente posible en la relación externa"* [35]. P. ej. no consiste un "abuso de potestades"

---

[30] Cfr. MITSCH, "Die Untreue...", p. 99, columna izquierda; KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 9, p. 285 y s.; JOECKS, § 266, n. marg. 14 y ss., p. 646.

[31] Cfr. más refs. y ejemplos, SCHÜNEMANN en LK, § 266, n. marg. 62; KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 12 y s., p. 286 y s.

[32] Cfr. MITSCH, "Die Untreue...", p. 99; KINDHÄUSER, Strafrecht BT II, § 34, n. marg. 9, p. 286.

[33] En esto coinciden casi todos. Cfr. por todos KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 7, p. 285. Si no se exigiera esta "validez" del negocio jurídico para el tipo de abuso, se estaría abandonando de lege lata a la diferenciación entre los dos tipos de infidelidad patrimonial, cfr. WEBER en Artz/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 22, n. marg. 17, p. 679.

[34] Cfr. con refs. jurisprudenciales alemanas, MITSCH, "Die Untreue...", p. 99, columna derecha.

[35] Fórmula muy repetida, en distintas versiones, en la doctrina dominante. Ver, entre otros, PERRON en

cuando el administrador vende un bien a un precio muy por debajo del que había sido expresamente fijado por el titular, pues ha sobrepasado su potestad jurídica en la "relación externa" (falta de "capacidad jurídica"); en este caso, entra a tallar el tipo de "quebrantamiento de fidelidad"[36]. Lo mismo ocurre cuando el acto jurídico fuera civilmente nulo según las reglas del abuso del poder de representación en caso de actuación colusiva entre el administrador y el tercero favorecido[37] o cuando el albacea utilizara dinero ajeno como garantía para créditos personales, etc.[38]. Tampoco existe abuso cuando el negocio se encontrara dentro de lo "jurídicamente debido" en el marco de la relación interna, aunque el sujeto tuviera la intención de causar un perjuicio ulterior. Es decir, si un cobrador autorizado para ejecutar una deuda tuviera la intención de utilizar después el dinero en su propio beneficio, en el momento del cobro de la deuda los hechos serán todavía atípicos (no se ha quebrantado aún su deber) y más tarde, cuando usara el dinero en su beneficio, se podrá aplicar el segundo tipo de infidelidad patrimonial ("quebrantamiento") o el de "apropiación indebida" (art. 246)[39].

Los dos grandes *grupos de abuso* (ejercicio de potestades en contra de la finalidad para la que fueron otorgadas) se producen cuando el administrador, mediante el negocio, atentare contra deberes provenientes de una relación interna jurídicamente válida (p. ej. cuando el alcalde paga con dinero público deudas que no surgen de ningún contrato, cuando el presidente del club hace disposiciones no cubiertas por las finalidades de los reglamentos, el gerente de una SRL autoriza para sí mismo el pago de comisiones elevadas) o cuando se abusa de una potestad aislada haciendo uso de ella a pesar de que era inválida o ya había concluido según la voluntad del otorgante de la potestad, o, al contrario, cuando pese a la nulidad de la potestad, debía haberse ejecutado por voluntad del otorgante, pero el administrador la usa para fines distintos[40].

En el tipo de "abuso" también está implícito el "deber de administrar lealmente", el patrimonio ajeno (que es constitutivo del tipo de "quebrantamiento"), es decir, en la potestad cedida al sujeto activo (poder jurídico) está incluido el deber de guardar, incrementar en lo posible y preservar de pérdidas

---

Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 17, p. 2451; KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 11, p. 286; JOECKS, § 266, n. marg. 12, p. 646.

[36] KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 23, p. 289.

[37] KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II, § 34, n. marg. 24, p. 289 y s.

[38] Ver estos y más ejemplos en PERRON en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 17, p. 2451.

[39] Cfr. c. más refs. PERRON en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 19, p. 2452; KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 25, p. 290.

[40] Cfr. PERRON en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 18, p. 2452.

o empeoramientos el patrimonio ajeno[41] (sobre la relación de lex specialis que se deriva de este elemento común ver abajo en 2.3 f).

El contenido de la *relación interna* entre el administrador y el titular está determinado, en primer lugar, por los acuerdos tomados entre ambos, pero pueden ser complementados por los "deberes de cuidado exigidos a todo gerente ordenado y acucioso"[42]. Aun así, sobre todo en el mundo empresarial, no siempre estará claro hasta dónde pueden llegar las potestades del administrador. Por ello, la jurisprudencia y la doctrina sugieren recurrir a diferentes fuentes jurídicas (al respecto ver más abajo en 3.3). La relación interna puede ser ampliada mediante un *acuerdo* jurídicamente válido (no basta en principio con el acuerdo natural o presunto) excluyente de la tipicidad; el acuerdo será inválido (y entrarán a tallar las reglas generales sobre los alcances de la relación interna) cuando la decisión del titular hubiera estado viciada (p. ej. falta de aclaración, inexperiencia, etc.)[43]. En la actualidad, es ampliamente dominante esta doctrina (acuerdo como exclusión del tipo) mientras que antes, sobre todo en la jurisprudencia se consideraba este acuerdo como "causa de justificación"[44].

Más discutible y actual es la posibilidad, por lo menos en algunos casos, de un *consentimiento presunto* que pudiera excluir la antijuricidad[45] (o sea como "causa de justificación"). Esto es especialmente importante en la práctica cuando se trata de *negocios riesgosos*, o sea aquellas actividades en las cuales se invierte el patrimonio pese a existir un elevado grado de incertidumbre sobre las posiblidades de ganancia o pérdida. Si aquí el administrador se ciñera estrictamente a los acuerdos tomados con el administrado ("margen de riesgo") y no invirtiera el patrimonio en el negocio riesgoso, siempre será impune, pese a que luego se demostrara que pudo haber incrementado el patrimonio administrado o que incluso este actuar estaba en contra del "cuidado usual en los negocios"[46]. Pero si el negocio riesgoso no se encontrara cubierto por un

---

[41] Cfr. MITSCH, "Die Untreue...", p. 100, columna izquierda; similar KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 26, p. 290; JOECKS, § 266, n. marg. 23, 24, p. 689.

[42] Fórmula usualmente exigida en la doctrina. Cfr. WESSELS/HILLENKAMP, § 18, n. marg. 755 y s., p. 399 y s.; JOECKS, § 266, n. marg. 18, p. 647; KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II, § 34, n. marg. 14, p. 287.

[43] Sobre el "acuerdo", c. más refs. PERRON en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 21; KINDHÄUSER, "Strafrecht BT" II, § 34, n. marg. 16 y s., p. 287 y s; WEBER en Arzt/Weber/Heinrich/Hillenkamp, § 22, n. marg. 70, p. 698. Críticamente sobre el "acuerdo posterior", SCHÜNEMANN, c. más refs. jurisprudenciales y doctrinarias, en LK, § 266, n. marg. 124, p. 774.

[44] Ver las refs. en PERRON en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 21, p. 2455.

[45] SCHÜNEMANN en LK, § 266, n. marg. 198; PERRON en Schönke/Schöder, § 266, n. marg. 21; KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 16, p. 287.

[46] PERRON en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 20, p. 2454. Ver también KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 20, p. 288.

acuerdo expreso del titular del patrimonio, se plantea si es posible admitir en algunos casos una "voluntad presunta". En general se admite que, como en la vida económica con frecuencia se presentan negocios que implican cierto riesgo y que son socialmente adecuados, lo que debería quedar vedado al administrador serían aquellos negocios que fueran "prohibitivamente riesgosos"[47]. Para ello en primer lugar se tendrán que excluir aquellos casos no cubiertos, desde el principio por la "relación interna", sea porque ella los prohíbe expresamente o porque la ley así lo dispone (p. ej. cuando los padres administran el patrimonio de sus hijos, el albacea en relación con los bienes de los herederos, etc.)[48]. En los demás casos, cuando faltare el aludido acuerdo expreso sobre "negocios riesgosos", el administrador deberá tomar solamente aquellas decisiones destinadas a cumplir con el encargo dado debiendo además guardar el cuidado debido según el ámbito empresarial en que se encuentre[49] (ver más al respecto abajo en 2.3 j). En este marco también se discuten los alcances de las *decisiones empresariales* que con frecuencia constituyen negocios riesgosos. Entre ellas, las que han sido últimamente relevantes en la práctica y han llevado a procesos penales por "infidelidad patrimonial" son las que tienen que ver con el "otorgamiento de créditos", "auspicio o patrocinio" y "otorgamiento de primas a miembros del directorio" (más al respecto abajo en 3.3).

En el caso de *personas jurídicas* (más al respecto abajo en 3.3), es necesario el "acuerdo" de los órganos de dirección, que tendrá efectos penales incluso si fuera "informal"[50]. En caso de una empresa con un solo socio, en el cual éste también es gerente hay diversas posiciones sobre el "acuerdo" de éste que pueda llevar a una ampliación de la relación interna y, eventualmente, a decisiones que perjudicarían el patrimonio de la empresa: desde la posición que declara como válido cualquier acuerdo (y excluye la tipicidad del art. 266 en caso del perjuicio patrimonial a la empresa), pasando por la que opina que sería inválido el acuerdo que atentare contra los principios del actuar de un "negociante ordenado", hasta la solución intermedia que solamente considera inválido el acuerdo que atacare el capital inicial de la sociedad o provocare su

---

[47] Cfr. KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 21, p. 289.

[48] PERRON en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 20, p. 2454; KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 21, p. 289; WEBER en Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 22, n. marg. 70, p. 698 y s.

[49] La concreción de esta fórmula general en los distintos casos que se pueden presentar no es fácil. Al respecto, ampliamente, c. más refs. jurisp. y doctrinarias, PERRON en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 20, p. 2454. Una de estas fórmulas describe al sujeto activo "como un jugador que conscientemente y en contra de las reglas del cuidado empresarial asume un extremadamente elevado riesgo de pérdida sólo para preservar una perspectiva de ganancia extremadamente dudoras"; ver las refs. en KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 21, p. 289. Ver también JOECKS, § 266, n. marg. 22, p. 647.

[50] C. más refs. PERRON en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 21, p. 2455.

sobreendeudamiento o un peligro para su existencia[51]. Pero es polémico el caso del acuerdo dado por el titular (para disponer sobre sus bienes o los de su empresa) cuando éste fuera a su vez antijurídico, o sea cuando estuviera destinado a perjudicar a terceros (p. ej. consentir que se escondan bienes de la empresa para no pagar a los acreedores, o que se soborne empleados de empresas competidoras, etc.). Para algunos, este acuerdo debería ser considerado inválido (el administrador sería punible) cuando estuviere destinado a perjudicar intereses patrimoniales ajenos, pero para otros esto implicaría trastocar la naturaleza del delito de "infidelidad patrimonial" (delito contra el patrimonio) en un "delito general de impedir conductas antiéticas en el tráfico comercial"[52]. Aquí se nota también el vacío que ha dejado el cambio de política criminal en Alemania. Mientras con los tipos penales especiales de "infidelidad patrimonial" estaba más clara la conducta típica y era más amplia la protección de intereses de la empresa y de sus acreedores (p. ej. en el derogado art. 81a de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), el art. 266 StGB se debe limitar a la protección del patrimonio de la representada[53]. La protección de intereses patrimoniales de "terceros ajenos" (es decir, de otros que no son titulares del patrimonio adiministrado) tiene que darse a través de otros tipos penales (p. ej. insolvencias punibles) o extrapenales[54].

2.2 El tipo de quebrantamiento de fidelidad

El *tipo de quebrantamiento de fidelidad* ("Treubruchtatbestand") describe, de manera muy amplia, el injusto punible, sin prever ninguna restricción del círculo de autores y abarcando todo tipo de deberes de fidelidad para con patrimonios ajenos, o sea, también los deberes que surgieran de manera fáctica; es decir, el autor lesionaría, según el grado de su responsabilidad, uno de estos deberes causando con ello un perjuicio al patrimonio del titular. Pero este tipo penal sería aplicable subsidiariamente cuando el tipo especial de "abuso" no fuera aplicable[55].

---

[51] De acuerdo con esta posición intermedia, KINDHÄUSER ("Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 18, p. 288), allí también más refs. sobre las otras posiciones.

[52] En este último sentido, con una amplia exposición y más refs. PERRON en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 21a y s., p. 2455 y s.

[53] C. más refs. PERRON en Schönke/Schröder, n. marg. 21b, p. 2456.

[54] Cfr. PERRON c. más refs, en Schönke/Schröder, n. marg. 21b, p. 2456 y s.

[55] Esta es la interpretación actualmente dominante. Ver, entre otros, KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 28, p. 290. Más refs. doctrinarias y jurisprudenciales en PERRON (quien más bien sigue la teoría dualista) en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 2, p. 2448. SCHÜNEMANN propone, en cambio, una "teoría monista restringida" que... en LK, § 266, n. marg. 13 y ss., p. 686 y ss.

Precisamente esta amplitud del posible círculo de autores ha provocado muchas críticas sobre su dudosa constitucionalidad[56] (al respecto ver abajo en 3.1). En la vida social se encuentran un sinnúmero de situaciones de las que podrían derivarse deberes que relacionaren a los sujetos con el patrimonio ajeno; piénsese en todos los contratos o actos jurídicos que se pueden relacionar directa o indirectamente con el patrimonio de otro (y más aún si el perjuicio patrimonial es equiparado, como se admite en Alemania, a la puesta en peligro del patrimonio). Por ello se tiene que hacer una concreción del círculo de autores buscando *deberes calificados* de fidelidad con el patrimonio ajeno[57], para lo cual se exige que, en la relación jurídica, el deber relacionado con el patrimonio ajeno constituya el *deber principal*; con esto se excluye el no cumplimiento o el mal cumplimiento de un deber contractual (de vendedor, comprador, inquilino, propietario, empleador, trabajador, etc.) que llevare a perjuicios patrimoniales, pues el deber sobre el patrimonio ajeno sería aquí uno "accesorio", un deber general de cumplir con deberes contractuales[58]. Se reconoce el carácter de "deber principal" en un cierto *nivel de autonomía* que tenga el obligado para utilizar el patrimonio ajeno; tal libertad se debe parecer mucho ("el mismo poder de acción") a la que tenga en relación con el propio patrimonio[59]. Solamente gracias a este criterio es posible equiparar el tipo de "quebrantamiento" (en cuanto a nivel de injusto) al tipo de "abuso"[60]. Luego, no sería autor idóneo de "infidelidad patrimonial", p. ej., el vendedor de una tienda, el cajero, el transportista de mercancía, etc., y todos aquellos que tienen que proceder con la mercancía (patrimonio ajeno) según reglas específicas detalladas por el titular, "actividades mecánicas (mensajeros, mecanógrafos), o encargos basados en el parentesco, la amistad o cierto grado de

---

[56] En esto coinciden prácticamente todos. Ver entre otros, PERRON en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 22, p. 2458; WESSELS/HILLENKAMP, § 18, n. marg. 769, p. 405; KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", n. marg. 30, p. 219. Ampliamente, haciendo una exposición sobre las distintas posiciones en la jurisprudencia y la literatura, KÜPER, Strafrecht BT, p. 371 y ss. En cambio, SCHÜNEMANN, quien sigue una teoría propia sobre la relación entre los tipos de "abuso" y "quebrantamiento" sostiene decididamente la constitucionalidad del tipo alemán de "infidelidad patrimonial"; cfr. en LK, § 266, n. marg. 24 y ss., 696 y ss.

[57] PERRON en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 23, p. 2458; MITSCH, "Die Untreue...", p. 100, columna izquierda.

[58] MITSCH, "Die Untreue...", p. 100; WESSELS/HILLENKAMP, § 18, n. marg. 769 y s., p. 406; JOECKS, § 266, n. marg. 25 y ss., p. 648 y s.; KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 31, p. 291. Es similar la formulación de PERRON (en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 23, p. 2458) que exige como contenido del tipo la existencia de una relación consistente en el "cumplimiento de asuntos patrimoniales ajenos"; este deber lesionado debe estar luego en un "contexto funcional" con el círculo de tareas que corresponden al administrador.

[59] C. más refs. MITSCH, "Die Untreue...", p. 100, columna izquierda; KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 32, p. 291; PERRON, en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 25, p. 2460; JOECKS, § 266, n. marg. 27, p. 649.

[60] C. más refs. ver PERRON en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 26a, p. 2459; también MITSCH, "Die Untreue...", p. 100, columna izquierda.

conocimiento[61]. Sobre otros criterios criterios de calificación de la autonomía, sobre todo de la duración de la relación de deber con el patrimonio ajeno y la magnitud de su monto, no hay todavía consenso[62].

Es discutible la tipicidad cuando el contenido de la "relación interna" consistiera en un acuerdo destinado a cumplir *finalidades ilegales o inmorales* ("infidelidad patrimonial entre malhechores"), p. ej., el encargo a otro para que éste transfiera dinero del titular al extranjero y pueda así evadir impuestos, pese a lo cual el encargado se apropia de todo o una parte del dinero. Para la doctrina dominante esto sería posible (bajo la modalidad de "quebrantamiento de fidelidad") siempre que, pese a la inmoralidad o ilegalidad, permanecieran "deberes fácticos" de tutelar el patrimonio que sí armonizaran con el ordenamiento jurídico, aunque buena parte de ella también considera que estos acuerdos no deberían fundamentar deberes penalmente sancionables a fin de no atentar contra la unidad del ordenamiento jurídico[63] o de cambiar indebidamente el auténtico bien jurídico protegido[64]. Por otro lado, es indiscutible que el incumplimiento del acuerdo, pese a que pueda traer consigo desventajas patrimoniales (p. ej el pago de impuestos), debe quedar siempre impune, así como debería ser punible el perjuicio patrimonial ocasionado por el administrador de un patrimonio cuyos deberes provinieran de una relación válida en la cual sólo en un caso particular se le había dejado una tarea antijurídica o inmoral[65]; p. ej.: apropiarse del patrimonio que él administraba y provenía de un negocio lícito, aunque hubiera tenido también el encargo concreto de trasladarlo al extranjero con fines de defraudación tributaria.

El *origen* de esta relación de fidelidad puede provenir, aparte de la ley, un mandato de autoridad o un negocio jurídico, también de relaciones fácticas

---

[61] C. más ejemplos ver PERRON, § 266, n. marg. 26a; similar WESSELS/HILLENKAMP, § 18, n. marg. 771, p. 406 y s. Pero la jurisprudencia alemana ha admitido algunas excepciones según el monto de los medios confiados o la necesidad de un procesamiento ordenado de cuentas; ver c. ejemplos KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 39, p. 293 y s.

[62] PERRON no los considera relevantes § 266, n. marg. 26a, al final. En cambio, para WESSELS/HILLENKAMP, el tipo, la magnitud y duración de la actividad, entre otras cosas, serían indicio del margen de decisiones del obligado y el grado de su autonomía, ver en § 18, n. marg. 771, p. 407. La situación no está clara, de todos modos en muchos casos en los cuales la jurisprudencia ha decidido a favor (p. ej. el caso del propietario que usa el dinero de la caución), pese a que la ley señala expresamente el destino del dinero, WESSELS/HILLENKAMP, § 18, n. marg. 771, p. 407; JOECKS, citando más criterios, § 266, n. marg. 28, p. 649.

[63] En este último sentido, c. más refs. sobre esta y la doctrina contraria PERRON en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 31, p. 2464 y s.; KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 33 y ss., 35, p. 292; c. más refs. (también de la posición contraria) WESSELS/HILLENKAMP, § 18, n. marg. 774, p. 409; JOECKS, § 266, n. marg. 29, p. 649 y s.

[64] Argumenta así Weber en Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 22, n. marg. 70, p. 699.

[65] Cfr. KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 34, al final y 36, p. 292; PERRON en Schönke/Schröder, n. marg. 31; WESSELS/HILLENKAMP, § 18, n. marg. 774, p. 409; exponiendo las posiciones encontradas, KÜPER, p. 374 y s.

que se basaren en relaciones jurídicamente nulas o ya no vigentes, pero que sean reconocidas y tratadas como válidas por las partes[66]. En el caso de acciones positivas, prácticamente se trata de casos no abarcados por el tipo de "abuso"[67]; o sea, aquí el tipo de "quebrantamiento" actúa como tipo residual cuando el sujeto activo no tuviere la "potestad" o aunque la tuviere sobrepasare sus límites, con lo cual la disposición sobre el patrimonio ajeno, en realidad, no surtiría efectos jurídicos, aunque sí podría hacer peligrar dicho patrimonio[68]. En otros casos, existen situaciones de "falta de potestad sobre el patrimonio ajeno" cuando ella no sea necesaria por ser reemplazada por la "buena fe" u otras instituciones civiles como los poderes ficticios o aparentes a los que la ley reconoce efectos jurídicos. Para todos estos casos, en los que el titular del patrimonio asume conscientemente riesgos sobre su patrimonio (negocios riesgosos), el deber se ve afectado cuando el sujeto activo, para algunos, infringiere el deber jurídico de la relación interna o, para otros *superare el riesgo permitido* (al respecto arriba en 2.1)[69]. Es inmanente a la conducta el correr riesgos superiores a los normales con el patrimonio ajeno, incluso a veces forma parte del deber hacerlo. Esto no quiere decir que estaría permitido cualquier riesgo pero la delimitación es difícil: puede tratarse de una indicación del representado (un acuerdo que hace atípica la conducta) o derivarse de las leyes civiles[70]. Aquí ha habido mucha jurisprudencia reciente que excluye del tipo de "infidelidad patrimonial" (pero no necesariamiente de otros tipos penales) los siguientes casos[71]: el otorgamiento de créditos bancarios pese a la incierta posibilidad de devolución (BGHSt 46, 30); el auspicio del arte, la ciencia, actividades sociales y el deporte (Sponsoring, BGHSt 47, 187), el pago de primas elevadas y no justificadas con alguna contraprestación a miembros del directorio de una SA (BGH St 50, 331); la formación de cajas "negras" u "ocultas" (BGHSt 51, 100), el despilfarro de bienes públicos, infidelidad de presupuesto (BGHSt 43, 293), el acuerdo de pagos "kick-back" en una contrato de adquisición de bienes (BGHSt 31, 232).

En concreto, y tras seguir los criterios enunciados, en la doctrina y la jurisprudencia se han destacado una serie de sujetos considerados como "obli-

---

(66) PERRON en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 30, MITSCH, "Die Untreue...", p. 100, columna izquierda.

(67) Así, WEBER en Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 22, n. marg. 72, p. 699.

(68) Así, entre otros, MITSCH, "Die Untreue...", p. 101, columna izquierda.

(69) MITSCH, "Die Untreue...", p. 101, columna izquierda; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT 1 (2009), §45, n. marg. 50.

(70) C. más refs. y jurisp., cfr. MITSCH, "Die Untreue...", p. 101, columna izquierda.

(71) Resumidos por Mitsch, "Die Untreue...", p. 101, columna izquierda.

gados a custodiar el patrimonio"[72]. Entre los "obligados" estarían el ejecutor judicial en cuanto a la ejecución y frente a los acreedores, el representante de negocios frente al titular del negocio, el apoderado en relación con el titular de la empresa, el abogado frente a su patrocinado, el albacea, el comisionista, etc.; mientras que no tendrían este deber con efectos penales para el art. 266 (aunque sí eventualmente para otros tipos específicos) los trabajadores y los empleadores uno en relación con el otro en el marco de una relación laboral, los contadores, los prestamistas, los mozos, los titulares de tarjetas de crédito, los aseguradores y asegurados, las partes en un contrato de venta, prestación de servicios o alquiler de inmuebles, etc.

2.3. Otras características comunes

Por lo demás, ambos tipos tienen las siguientes características comunes:

a. La doctrina dominante considera que el *bien jurídico* tutelado sería "exclusivamente" el "patrimonio" (en su totalidad)[73], no la "libertad de disposición" de éste, aunque según la doctrina que se maneje sobre el "perjuicio patrimonial" podría llegar a incluirse la restricción de esta libertad dentro del concepto y con ello incluirla en la protección (al respecto ver abajo en 3.5). Para otros también se trataría de la "confianza en el deber de lealtad" y la "honestidad en el tráfico jurídico y económico"[74]. Un punto muy discutido últimamente es si también se protegería con el tipo del art. 266 StGB el "interés de los acreedores". El problema tiene relevancia cuando una empresa, a través de sus órganos (socios, accionistas, etc.) autorizara a los gerentes, directivos, etc. acciones que llevaran a la disminución de su propio patrimonio (p. ej. pagos excesivos al personal, inversiones riesgosas, o incluso negocios a niveles que hicieren peligrar su existencia) en perjuicio de acreedores, accionistas, o cualquier otro

---

[72] Entre otros, PERRON (en Schönke/Schröder, § 266) proporciona una amplísima casuística sobre los distintos "obligados a guardar fidelidad" (ibídem, p. 2460 y ss.) así como los que no lo serían (ibídem, n. marg. 26, p. 2462 y s.). Una casuística más amplia aún puede encontrarse en SCHÜNEMANN quien, en orden alfabético, expone prácticamente todos los casos de "obligados" conocidos en la jurisprudencia alemana; ver en LK, § 266, n. marg. 127 y ss., p. 776 y ss. Ver también KINDHÄUSER, § 34, n. marg. 37, p. 292 y s.

[73] PERRON, en Schönke/Schröder, vor § 266 (conjuntamente con CRAMER), n. marg. 2a al final, p. 2311; § 266, n. marg. 1, p. 2448; SCHÜNEMANN en LK, § 266, n. marg. 23, p. 695 y s.; MITSCH, "Die Untreue...", p. 98, columna izquierda; KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 1; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, BT I, § 45, n. marg. 1, p. 576; WEBER, en Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, n. marg. 1, p. 674; LABSCH, p. 343; JOECKS, § 266, n. marg. 2, p. 644. WESSELS/HILLENKAMP coinciden con esta concepción pero precisan que también es constitutivo del bien jurídico tutelado la "inobservancia de la libertad de disposición del lesionado", "Strafrecht BT", § 18, n. margs. 747, p. 395 y s.

[74] Ver las refs. en LABSCH, p. 343 y s.; SCHÜNEMANN en LK, § 266, n. marg. 23, p. 695; MITSCH, BT II/1, § 8, n. marg. 1. MITSCH aclara que aunque estos elementos caractericen el injusto, no constituyen bienes protegibles autónomos con relevancia jurídica; ver "Die Untreue...", p. 98, columna izquierda; SCHÜNEMANN, ibídem.

tercero. Pero ésta sigue siendo aún una posición minoritaria[75]. El caso más polémico es el caso "Mannesmann" (ver más abajo en 3.3).

b. La conducta típica consiste en la *infracción del deber de administrar* el patrimonio de otro en ambos casos[76]. La doctrina dominante utiliza este concepto sobre todo para restringir los alcances del tipo de abuso[77]. Es decir, el injusto no se dirigiría a la defraudación de una relación de confianza entre administrador y el titular del patrimonio administrado y que el "perjuicio patrimonial" solamente sería expresión externa de lo primero. Pero, como se ha resaltado en la doctrina, el núcleo del injusto consiste en que el autor ha *quebrantado el deber* de proceder de determinada manera con el patrimonio ajeno, según los acuerdos tomados o las disposiciones legales, es decir, se trata de la "lesión de un deber de conducta relacionada con el patrimonio" (ajeno) que causa un perjuicio patrimonial[78]. Lo característico es que el autor, por distintas razones (mandato de la ley de la autoridad o negocio jurídico) se encuentra en una relación cercana con el patrimonio de la víctima y, por ello, puede perjudicarlo con más facilidad de manera más grave que cualquier otro. Por ello, otros autores anotan aquí que la víctima se encontraría "en manos" del autor, y éste podría perjudicar el patrimonio del primero si no cumpliera con los deberes específicos que tiene sobre aquél[79]. También se habla de una "posición especial de garantía" del autor en relación con el patrimonio ajeno[80]. Especialmente problemática es la determinación de esta "infracción del deber" en el caso de personas jurídicas (empresas), pues aquí los "deberes" con el patrimonio ajeno no suelen estar claramente definidos, si no se derivan de la interpretación de una serie de reglas (a veces muy genéricas) del área jurídica correspondiente. Esto se tratará con más detalle abajo (ver en 3.3).

---

[75] Ver sobre la discusión: HEINE en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 1, p. 2448, n. marg. 21b, p. 2456 y s.; SCHÜNEMANN en LK, § 266, n. marg. 23, p. 695 y s.; ambos c. más refs.

[76] C. más refs. WEBER en Arzt/Weber/Heinrich/Hillenkamp, § 22, n. marg. 69, p. 697.

[77] Una opinión minoritaria rechaza la posibilidad de esta restricción y declara la inconstitucionalidad del tipo de "quebrantamiento de la lealtad" (Treubruchtatbestandes) que tiende más bien a extender el tipo; ver KARGL, "Die Missbrauchkonzeption...", p. 576, 594. C. más refs. sobre las críticas de inconstitucionalidad y la jurisprudencia constitucional alemana al respecto ver SCHÜNEMANN en LK, § 266, n. marg. 24 y s. Ver también a continuación en 3. 1.

[78] Cfr. c. más refs. LABSCH, p. 344, columna izquierda.

[79] Entre otros, PERRON, "Probleme und Perspektiven...", p. 223; LABSCH, p. 344, columna izquierda.

[80] Cfr. entre otros y c. más refs., SCHÜNEMANN en LK, § 266, n. marg. 74, 85; PERRON, "Probleme und Perspektiven...", p. 223.

c. Ambas modalidades de "administración desleal" constituyen un delito de *perjuicio ajeno* (o sea no son un delito de desplazamiento de patrimonio)[81]. Luego, no exigen un enriquecimiento del actor como ocurre p. ej. en la "estafa" o el "hurto"[82]. Y a diferencia de estos y otros delitos, el perjuicio ajeno proviene "desde adentro", o sea a partir de una posición del autor que le da potestades de disposición sobre el patrimonio ajeno[83]. Pero sí se necesita este "perjuicio patrimonial" a otro como resultado típico (delito de resultado). Eso nos lleva a la definición de "patrimonio" y "perjuicio patrimonial" (al respecto, más abajo en 3.3).

d. Se trata de delitos *dolosos* en los cuales es posible, además, el "dolo eventual"[84]. Es decir, actúa dolosamente de manera desleal contra el titular del patrimonio quien conoce el deber de lealtad que tiene con el patrimonio ajeno, lo viola con conocimiento y voluntad y, al hacerlo, por lo menos cuenta con que podría producirse un perjuicio serio y posible en el patrimonio del titular[85]. No existe, al igual que en otros delitos contra el patrimonio, un tipo imprudente de "infidelidad patrimonial". El tipo no exige más elementos subjetivos; así como en la parte objetiva no se exige un enriquecimiento, tampoco es necesario un dolo dirigido a esto. Pero, como el deseo de enriquecerse es una de las motivaciones usuales del autor de la infidelidad patrimonial, el "ánimo de lucro", si existiere, no debería entrar como agravante del tipo según las reglas generales (art. 46, tercer párrafo StGB), sino más bien la falta de provecho propio debería valorarse como atenuante[86]. El error sobre un consentimiento o "acuerdo" del titular es un error de tipo[87].

El aspecto subjetivo en el caso de la "puesta en peligro" equivalente a un "perjuicio patrimonial" (ver en 3.2) es más polémico: ¿debería bastar con el "conocimiento" del concreto peligro y el tenerlo en cuenta o se

---

(81) Ver KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 1, p. 283; LABSCH, p. 344, columna izquierda.

(82) WESSELS/HILLENKAMP, § 18, n. marg. 748, p. 396; MITSCH, "Die Untreue...", p. 98, columna derecha; KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 1, p. 283.

(83) Cfr. SCHÜNEMANN, "Die 'gravierende Pflichtverletzung' ...", p. 474, columna izquierda; TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht B. T.", p. 7, n. marg. 3; KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II, § 34, n. marg. 1, p. 283.

(84) Entre otros, WESSELS/HILLENKAMP, "Strafrecht BT 2", § 18, n. marg. 778, p. 412; KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 45, p. 296; WEBER en Arzt/Weber/Heinrich/Hillenkamp, § 22, n. marg. 78, p. 703; LABSCH, p. 418, columna izquierda.

(85) WESSELS/HILLENKAMP, "Strafrecht BT 2", § 18, n. marg. 778, p. 412.

(86) Cfr. MITSCH, "Die Untreue...", p. 98, columna derecha; PERRON en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 53, p. 2476.

(87) KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 45, p. 296. También LABSCH (p. 418, columna izquierda) aunque tan solo considera que el error incidiría en el elemento y tipo de "abuso".

necesitará, además, la "aprobación" de la realización del peligro? En el primer sentido (bastaría el elemento congnoscitivo) opina la Primera Sala del Tribunal Federal Alemán, mientras que la Segunda Sala se inclina por el elemento "voluntativo"[88]. La "aprobación" del posible resultado (o la confianza en que no se va a producir) deberá ser verificada caso por caso según las circunstancias (no bastaría con un cierto grado de probabilidad); p. ej. no habría tal "aprobación" cuando los negocios riesgosos se hubieran producido antes del caso analizado durante varios años sin tener pérdidas, pero sí habría indicios de tal aprobación cuando se hubiera tratado de un riesgo elevado y difícil de controlar[89]. Pero si no se admitiera la figura de la "puesta en peligro como perjuicio", como hace parte de la jurisprudencia y doctrina, se podrá afirmar que incluso existiría "dolo directo" sobre un verdadero "perjuicio patrimonial" cuando el sujeto activo conocía la escasa ventaja que prometía un negocio exageradamente riesgoso[90].

e. El círculo de *autores* está limitado a determinado tipo de personas sobre las que recae un deber especial; o sea, se trata de los llamados delitos de "infracción del deber". En ambos tipos de "administración desleal", el autor se caracteriza por tener una responsabilidad especial en relación con el patrimonio ajeno. Aunque en concreto esta responsabilidad especial sea diferente según el tipo de administración desleal, para la autoría se necesita que exista el deber especial cuya lesión lleva al perjuicio patrimonial, cualquier otro participante que no tuviera tal deber sólo puede ser "partícipe"[91]. Para estos últimos es posible, según la doctrina dominante, aplicar la atenuación general de pena según el art. 28, primer párrafo StGB[92].

La característica como "delito de infracción del deber" tiene consecuencias en cuanto intervinieren varias personas en la comisión de los hechos, o sea en problemas de **autoría y participación**. En primer lugar, para

---

[88] Ver las refs. en KINDHÄUSER, con críticas a la Segunda Sala, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 45, p. 296; WESSELS/HILLENKAMP, "Strafrecht BT 2", § 18, n. marg. 779a, p. 413, n. marg. 775a, p. 410; JOECKS, § 266, n. marg. 32, p. 651.

[89] WESSELS/HILLENKAMP, "Strafrecht BT 2", § 18, n. marg. 779, p. 414.

[90] Ver las refs. en KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 45, al final, p. 296.

[91] En esto hay amplia coincidencia; ver tan solo PERRON en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 52, p. 2476; WESSELS/HILLENKAMP, "Strafrecht BT", § 18, n. marg. 781, p. 415; MITSCH, "Die Untreue", p. 98, columna izquierda; KINDHÄUSER, Strafrecht BT II, § 34, n. marg. 3, p. 283; JOECKS, § 266, n. marg. 33, p. 652. También, por sus resultados, SCHÜNEMANN, para quien el delito sería un "delito especial de garantía", ver en LK, § 266, n. marg. 201, p. 380 y s.

[92] Cfr. SCHÜNEMANN en LK, § 266, n. marg. 203, p. 831; PERRON en Schönke/Schröder, § 266, n. marg., p. 2476. WESSELS/HILLENKAMP, "Strafrecht BT", § 18, n. marg. 781, p. 415; Kindhäuser, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 3, p. 283; JOECKS, § 266, n. marg. 34, p. 652.

la "coautoría" se necesitará que todos los intervinientes, independientemente del grado de su contribución a los hechos, tenga una relación de deber con el patrimonio ajeno perjudicado. El problema más discutido es el referido a la "autoría mediata". Aquí se manifiesta con todo su peso la limitación de la teoría del "dominio del hecho" cuando quiere aplicarse a los delitos especiales. Si los hechos perjudiciales para el patrimonio ajeno fueran cometidos, por incitación del sujeto que tiene un deber de fidelidad con dicho patrimonio, por un intermediario que no tuviera tal deber de fidelidad (instrumento doloso no cualificado), no sería posible la aplicación del tipo de "infidelidad patrimonial": el ejecutor de los hechos no puede ser autor de tal delito (no tiene el deber especial), ni el hombre de atrás puede ser autor (por falta de dominio del hecho) ni partícipe de una "infidelidad patrimonial" (que no se habría cometido). Tan solo cabe afirmar que, en este caso, sí existiría tal "dominio del hecho" aunque en sentido "normativo"[93], algo que no deja de ser una figura artificial sin ningún asidero. O buscar otra teoría de autoría y participación aplicable a los delitos especiales: la teoría de los "delitos de infracción del deber"[94]. Al respecto sigue la discusión y a ella cabe remitir[95].

La cuestión se vuelve complicada en los distintos casos de "instrumento doloso no cualificado", es decir, cuando el intraneus (titular del deber de administrar lealmente) utilizare a un extraneus (sujeto sin el deber especial) para perjudicar el patrimonio que el primero administra. Aquí, la mayoría aplica la teoría del "dominio del hecho" y exige la acción perjudicial por parte del titular del deber, motivo por el cual no sería aplicable el tipo de "administración desleal"; para otros habría autoría mediata (el extraneus sería partícipe de la "administración desleal"); y un tercer grupo prescinde del "dominio del hecho" para fundamentar la autoría y se centra en la "infracción del deber", la cual también existiría en estos casos (o sea, es plenamente aplicable el tipo de "administración desleal)[96].

Tampoco deja de tener problemas el caso inverso: cuando el extraneus utilizare al intraneus (quien tiene el deber de administrar lealmente) para perjudicar el patrimonio administrado por éste. Así cuando este extra-

---

[93] Entre otros, defendían esta tesis JESCHECK/WEIGEND. Persisten en esto aún LACKNER/KÜHL, § 25, n. marg. 4; RENGIER, § 43, n. marg. 18.

[94] ROXIN propone esta teoría "Strafrecht AT", tomo 2, § 25, n. marg. 271.

[95] Remito a un trabajo anterior; ver ABANTO VÁSQUEZ, "Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber", REVISTA PENAL, N° 14 (2004), España, pp. 3-23. (también publicado en la Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 17, 2005, pp. 19-51).

[96] Ver c. más refs. MITSCH, "Die Untreue", p. 103, columna derecha, notas 96, 97 y 98.

neus mediante una coacción llevare al intraneus a perjudicar el patrimonio administrado no siempre es fácil fundamentar la punibilidad del extraneus por "inducción a una administración desleal". Como se sabe, la participación (en este caso la inducción), para ser punible, debe haber sido dolosa y haber provocado un hecho típico y antijurídico que hubiera llegado por lo menos a la tentativa (accesoriedad limitada). En los casos analizados, es problemático afirmar la existencia de un hecho típico (falta de dolo del intraneus) o antijurídico (hecho doloso pero justificado). Luego, solamente podría existir una punibilidad por "inducción" a una administración desleal cuando el intraneus "inducido" hubiera, en el caso de la coacción, actuado sin justificación (lo cual es discutible en la doctrina)[97]. Cuando el instrumento actuare sin dolo (error de tipo), no habría tampoco hecho doloso, al cual aplicar el acto de inducción a una administración desleal; algo parecido sucede con el error sobre un tipo permisivo (que tiene consecuencias similares al error de tipo). Mientras en el primer caso nunca será posible, por falta de dolo, la aplicación del tipo de "administración desleal" (aunque eventualmente p. ej. uno de daños), en el segundo es posible admitir un hecho doloso del engañado (y sólo consecuencias similares al error de tipo) y aplicar entonces el tipo de inducción a la administración desleal[98].

Si la administradora desleal fuera un ente colectivo, se aplicará la cláusula del "actuar por otro" (art. 14, primer párrafo StGB) y serán responsables penalmente los órganos de la sociedad[99].

f. Sobre la relación entre ambos tipos hay discusión dogmática. Para la mayoría el tipo de "abuso" constituiría *ley specialis* en relación con el de "quebrantamiento de fidelidad", por lo cual este último tan sólo intervendría complementariamente tras haber descartado en el análisis el primero (teoría monista)[100]. Antes del famoso fallo del caso del "abuso de

---

[97] Cfr. c. más refs. MITSCH, "Die Untreue", p. 103, columna izquierda y derecha.

[98] Cfr. c. más refs. MITSCH, "Die Untreue", p. 103, columna izquierda.

[99] WEBER en Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 22, n. marg. 85, p. 705.

[100] MITSCH, "Die Untreue...", p. 98, columna izquierda; KÜPER, p. 358; WESSELS/HILLENKAMP, § 18, n. marg. 750, p. 397; WEBER en Arzt/Weber/Heinrich/Hillenkamp, § 22, n. marg 68, p. 696 y s., 79, p. 703 y s. Ver las refs. en LABSCH, p. 344, columna izquierda, 345 y s.; KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 3 y ss.; JOECKS, § 266, n. marg. 23, p. 648. Ver en estos últimos también la exposición y refs. sobre la "opinión intermedia", muy minoritaria, que, tratando de conciliar ambas teorías, aunque parte de la exigencia de un "deber de administrar fielmente el patrimonio" para ambos tipos, afirma que el contenido de ambos tendría diferente intensidad (para el tipo de "abuso" el deber solamente se referiría a actuar "en interés" del titular y no también para "favorecerlo"); ibídem, p. 345, columna izquierda, y n. marg. 5, p. 284, respectivamente.

tarjetas de cheques" de 5 de abril de 1984 (TFA, tomo 24, p. 386 y ss.)[101] dominaba (y todavía se defiende)[102] otra que consideraba la autonomía de ambos tipos (teoría dualista)[103]. Pero con el fallo aludido[104], se dio el giro dogmático que implicó reconocer una relación distinta entre ambos tipos: los dos tendrían como elemento común el "deber de administrar lealmente el patrimonio", con lo cual el tipo de "abuso" sería un subcaso del de "quebrantamiento" o un ejemplo típico de éste. En el caso concreto de "abuso de tarjetas de crédito", se excluyó la aplicación del tipo de abuso por falta del elemento en quien usaba abusivamente tarjetas de crédito. En la actualidad, es dominante la teoría que considera que ambos tipos requerirían los mismos deberes (nueva teoría monista), que el tipo de "abuso" sería más bien un subtipo o un ejemplo típico del de "quebrantamiento" e que incluso sería innecesario[105]. La intención de la teoría monista antigua[106] era restringir los alcances del tipo de "abuso" agregándole interpretativamente un elemento típico; en la actualidad, debido a que existe el art. 266b StGB de "abuso de tarjetas de cheque y crédito" sin el elemento "deber de administrar el patrimonio", es posible la interpretación que reafirma la jurisprudencia expuesta: el tipo de "abuso" exige el elemento "deber de administrar el patrimonio"[107] y, por lo tanto, está en una relación de especialidad con el más genérico (que también comparte el mismo elemento) de "quebrantamiento de fidelidad". Posteriores sentencias han seguido esta línea (TFA, s. penal, tomo 50, p. 342 y ss.) y también es reafirmada por el Tribunal Constitucional alemán (TCA en NJW 2010, p. 3215).

---

[101] Un año después, en el famoso fallo de las "tarjetas de crédito" (TFA, tomo 33, p. 244 y ss.) el Tribunal supremo alemán, tras otras resoluciones distintas, reafirmó esta tesis; ver las refs. en LABSCH, p. 345, columna izquierda. En ambos casos, se trataba de aplicar el art. 266 (infidelidad patrimonial) a casos de abuso de estas tarjetas, pero al advertirse el vacío legal que esto implicaba, poco después se introdujo el art. 266 b (fraude con tarjetas de cheques y tarjetas de crédito) StGB. Ver comentarios a esta jurisprudencia, con más detalles dogmáticos, en TIEDEMANN "Derecho penal económico. P. E.", n. marg. 396 y ss., p. 350 y ss.

[102] Entre otros, c. más refs. PERRON en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 2, p. 2448 y s.; LABSCH, p. 346 columna izquierda.

[103] Ver las refs. jurisprudenciales y doctrinarias en LABSCH, p. 344, notas al pie 12 y 13, quien también sigue esta teoría; ver ibídem, p. 345 y s., esp. p. 346, columna izquierda). En la práctica, estos autores también recomiendan analizar primero la posibilidad de subsumir los hechos en el tipo de "abuso", para luego ver la aplicabilidad del tipo de "quebrantamiento de fidelidad" (retroceso "subsidiario" del tipo de quebrantamiento).

[104] Más refs. ver en KÜPER, "Strafrecht BT", p. 358.

[105] Ver al respecto, críticamente, LABSCH, quien advierte la creación de vacíos al introducir un elemento adicional en el tipo de "abuso" (el deber de administrar lealmente el patrimonio), p. 345 y s.

[106] Esta sigue siendo la ventaja de esta interpretación en la actualidad. Si se admitiera un tipo de "abuso" sin "deber de administración leal" podrían abarcarse casos menos graves; cfr. WESSELS/HILLENKAMP, § 18, n. marg. 750, p. 397.

[107] Así expresamente KÜPER, p. 358.

g. La **consumación** se produce con el "perjuicio patrimonial", al cual se ha equiparado últimamente el "peligro de perjuicio"[108]. Se descarta ya de lege lata la **tentativa**, debido a que, según la sistemática de la ley alemana (cfr. arts. 12 y 23 StGB), por su penalidad, se trata solamente de "delitos menos graves" para cuya punición por tentativa se necesita una previsión expresa de la punición de la tentativa, lo cual no ha ocurrido así en el texto legal.

h. Ambas modalidades pueden ser cometidas mediante acciones u **omisiones**. La cualidad especial describe precisamente una posición de garantía por lo cual, para la doctrina, no parece que deba haber necesidad de recurrir a la cláusula general sobre omisiones (art. 13, primer párrafo StGB) salvo para aplicar eventualmente una atenuación (art. 13, segundo párrafo StGB)[109]. Pero la jurisprudencia sí exige la vinculación con la cláusula general de la "omisión impropia" para el tipo de "quebrantamiento de fidelidad" (el tipo de "abuso", al ser un delito especial no permite esta posibilidad), lo cual es problemático porque esto permite la atenuación facultativa de pena para la omisión sólo en el tipo de "quebrantamiento de fidelidad", cual llevaría a un tratamiento diferenciado de los dos tipos de "infidelidad patrimonial" (la solución jurisprudencial es la atenuación en el tipo de "abuso" como analogía in bonam partem)[110].

i. Es posible el **concurso ideal** (pluralidad de hechos) con el "hurto" (art. 242 StGB), la "estafa" o la "falsificación de documentos" (art. 267 StGB), y, en algunas variantes, con modalidades de las "insolvencias punibles" (art. 283 y ss. StGB)[111]. También es posible el concurso ideal con la "estafa" (art. 263) cuando el sujeto activo al realizar el "engaño" se hubiera encontrado en una relación de fidelidad con el perjudicado o cuando, tras el perjuicio patrimonial causado por la estafa, produjera otro perjuicio mediante una conducta desleal[112]. Pero sí habría pluralidad de hechos (concurso real) cuando el autor no persiguiera ni consiguiera ningún beneficio con su conducta desleal, sino recién con acciones de estafa posteriores[113]. Ahora bien, si la acción de estafa sirviera para asegurar la ventaja patrimonial causada por la infidelidad, o si esta última tuviera la

---

[108] WESSELS/HILLENKAMP, § 18, n. marg. 781, p. 415; MITSCH, "Die Untreue...", p. 98, columna derecha.

[109] C. más refs. KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 297; Joecks, § 266, n. marg. 35 y ss., p. 652.

[110] Cfr. exponiendo toda esta problemática, JOECKS, § 266, n. marg. 36, p. 652 y s.

[111] Ver las refs. en KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 50, p. 297; JOECKS, § 266, n. marg. 39, p. 653. Ampliamente sobre estos y más casos, PERRON en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 54, p. 2477 y s.

[112] C. más refs. JOECKS, § 266, n. marg. 38, p. 653; WEBER en Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 22, n. marg. 89, p. 706.

[113] JOECKS, § 266, n. marg. 38, p. 653; PERRON en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 54, p. 2477 y s.

finalidad en cuanto a la ventaja alcanzada mediante la estafa, en ambos casos, se tratará de "conductas posteriores impunes"[114].

Más problemático es el concurso con la "apropiación indebida" (art. 246, párrafo 2). Para la doctrina dominante[115], este delito debería ceder frente a la "infidelidad patrimonial" (concurso aparente), es decir, el injusto de la primera se consume con la condena por el segundo delito, es "subsidiario" ya por mandato legal (el párrafo 1 del art. 246 prevé implícitamente la vinculación de subsidiariedad con el art. 266) y porque la "infidelidad patrimonial" tiene un elemento adicional que no tienen los demás delitos contra el patrimonio: la infracción del deber de fidelidad[116]. Para otros la apropiación indebida no sería típica; otros afirman que la "infidelidad patrimonial" abarca tan sólo la mengua patrimonial, pero no el "desplazamiento" de patrimonio que sí está previsto en la "apropiación indebida"; por último, aunque también puede argumentarse que el primer delito no sería típico.

j. En la **antijuricidad** se plantea la posibilidad práctica de alegar sobre todo dos causas de justificación: el consentimiento presunto y el estado de necesidad (justificante)[117]. Como ya se dijo arriba en 2.1, el "consentimiento" dado antes de realizar los hechos constituye una "ampliación" de la relación interna, y con ello es más bien un "acuerdo" que excluye la tipicidad; un "consentimiento" posterior al hecho es, en principio, irrelevante. Pero también se ha discutido, sobre todo en los llamados "negocios riesgosos", si, cuando no estuviera clara la extensión de la "relación interna", el sujeto activo ante una inversión que ofreciera proporcionalmente más beneficios que perjuicios podría partir de un "consentimiento presunto", tras ponderar todas las circunstancias razonables, actuare confiando en la aprobación del titular del patrimonio. Si el negocio saliera mal y se produjera un perjuicio patrimonial, tal "consentimiento", que en principio no constituye un "acuerdo" excluyente de la tipicidad, podría ser visto entonces como una "causa de justificación". Parte de la doctrina, que parece ser la actualmente dominante, opina que tal situación sería equivalente a un "estado de necesidad"[118] pero también se de-

---

[114] WEBER en Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 22, n. marg. 87, p. 706.

[115] Expone estas teorías y se decanta a favor de la dominante, JOECKS, § 266, n. marg. 37, p. 653.

[116] WEBER en Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 22, n. marg. 87 y s., p. 706.

[117] WESSELS/HILLENKAMP, "Strafrecht BT 2", § 18, n. marg. 782.

[118] Cfr. las refs. de las dos posturas en LABSCH (quien sigue la solución de la antijuricidad), p. 418, columna derecha.

fiende la solución de la exclusión del tipo[119]. La situación es más clara en otros casos en los cuales el sujeto activo, con su disposición u obligación en contra de los intereses patrimoniales del titular, había querido salvar bienes jurídicos de mayor rango[120].

3. Problemas de concreción de la "infidelidad" (art. 266 StGB)

La aplicación del tipo penal de "administración desleal" presenta una serie de dificultades:

3.1. Constitucionalidad

La amplitud del tipo germano de "infidelidad (patrimonial)" ha generado desde siempre una serie de críticas en la doctrina penal porque su indeterminación atentaría contra el principio constitucional de taxatividad[121].

En una sentencia muy polémica el Tribunal Constitucional Federal (TCF) se ha pronunciado el 3 de junio de 2010 sobre la constitucionalidad del tipo de "infidelidad patrimonial"[122]. En resumen dice al respecto que "El tipo de infidelidad patrimonial permite una interpretación concretizadora que la jurisprudencia ha realizado a través de su práctica de muchos años y que ha demostrado ser sostenible en su función limitadora del tipo"[123]. O sea, ha hecho una afirmación exactamente contraria a la que hacía poco antes (y también después) la crítica doctrinaria: el tipo penal mismo debe tener un máximo posible de concreción y ésta no debe ser dejada a la jurisprudencia (así fuera de varios años). Parte de la doctrina ha saludado la sentencia, pues ella habría dado reconocimiento a la "interpretación restrictiva" en tipos legales indeterminados como el de la "administración desleal" a fin de no restringir de manera inadecuada la actividad económica y hacer que el riesgo de punibilidad pueda ser reconocido mejor por los destinatarios de la norma[124]. Para la "administración desleal" esto significaría concretamente, que tendría que verificarse una violación de deberes evidente, un perjuicio patrimonial

---

[119] WEBER en Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 22, n. marg. 71, p. 699.

[120] LABSCH, p. 418, columna izquierda.

[121] Ver un resumen de todas ellas, a las cuales se aúna, SCHÜNEMANN, c. más refs. en LK, § 266, n. marg. 3, 24 y s.; también críticamente y c. más refs. TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht BT", n. marg. 3, p. 7 y s.; PERRON, "Probleme und Perspektiven...", p. 223, 232. Más refs. en MITSCH, "Die Untreue ...", p. 97.

[122] TFC en Wistra 2010, pp. 380-396. La resolución ha sido publicada en muchos otros medios.

[123] TFC en Wistra 2010, p. 389, n. marg. 106.

[124] Cfr. RÖNNAU, "Die Zukunft des Untreuetatbestandes", p. 754, columna izquierda.

distinto de la violación del deber mismo, y, además, este perjuicio debería ser en lo posible cuantificado[125].

Pero, aunque sea notorio el criticado abandono del TCF del principio de legalidad (taxatividad), así como las críticas de parte de la doctrina, lo cierto es que el tipo de "quebrantamiento de fidelidad" siempre ha tenido vigencia, tanto antes como después de los fallos constitucionales, y que (como sucede también con el principio de "lesividad") el TCF tan solo ha hecho una exigencia verbal al legislador para que provea de mayor taxatividad a los tipos penales[126]. Pero con ello, el TCF ha trasladado la tarea de concreción (y esto también es dudoso) al juez[127].

3.2. El "perjuicio patrimonial" y la "puesta en peligro" del patrimonio

El perjuicio patrimonial en la "administración desleal" (art. 266) ha sido tradicionalmente considerado como similar al de la "estafa" (art. 263)[128], aunque existe doctrina minoritaria que considera necesario hacer una interpretación diferente del elemento en cada uno de los tipos debido a las considerables diferencias estructurales entre ambos[129]. Luego, el "patrimonio" es entendido como la suma de todos los bienes con valor dinerario que restan tras extraer todas las obligaciones jurídicas[130]. Al igual que en la interpretación del "perjuicio patrimonial" de la estafa, en principio, también se entiende que éste perjuicio consistiría en una "mengua" del "*valor total*" del patrimonio tras hacer un saldo de éste antes y después de la conducta analizada que pudiera hacer el sujeto activo ("principio del saldo"); es decir, después de la conducta infractora del deber el titular deberá tener menos patrimonio que antes[131]. En la doctrina referida a la "estafa" se ha negado la presencia de un "perjuicio patrimonial"

---

[125] TFC, tomo 126, p. 170 y ss., 210 y s.

[126] Cfr. SCHÜNEMANN en LK, § 266, n. marg. 25 al final.

[127] Cfr. MITSCH, p. 100, columna izquierda.

[128] En esto es hay plena coincidencia entre todos aunque con diferentes posturas críticas. Cfr. PERRON en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 39, p. 2468; SCHÜNEMANN en LK, § 266, n. marg. 163 y ss., p. 803 y ss.; WESSELS/HILLENKAMP, § 18, n. marg. 775, p. 409; KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 42, p. 294; JOECKS, § 266, n. marg. 30, p. 650; especialmente crítico WEBER en Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 22, n. marg. 75, p. 700 y s. SCHÜNEMANN constata que en la actualidad incluso la discusión sobre el concepto de perjuicio patrimonial alrededor del art. 266 influiría en la doctrina respectiva sobre el tipo de estafa, ver ibídem, n. marg. 164 al final, p. 804. LABSCH critica esta tendencia y prefiere aplicar la "teoría personal del patrimonio" a la "infidelidad patrimonial" en oposición a la teoría "económica" (corregida por el cálculo individual) de la estafa: perjuicio patrimonial sería la reducción del poder de desarrollo económico del titular del patrimonio; p. 416 y s. Igualmente JAKOBS, p. 228 y ss.

[129] Así, PERRON, "Probleme und Perspektiven...", p. 227 y ss.

[130] Por todos, c. más refs. JOECKS, § 266, n. marg. 19, p. 647.

[131] Cfr. KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 44, p. 295; KÜPER, "Strafrecht BT", p. 375 y s.

cuando el efecto de la mengua patrimonial es compensado simultáneamente con un incremento patrimonial que proviniere directamente de la conducta infractora del deber (principio de la compensación inmediata de los daños)[132]. Cualquier otra compensación posterior que pudiera hacer el infractor, sea con sus propios medios financieros o servicios, o con medios ajenos, no equivale a compensar el daño: p. ej. el llamado del ex canciller alemán KOHL para una donación a favor de su partido perjudicado patrimonialmente (devolución de incentivos públicos) por su infracción de deberes (permitir donaciones ilegales y el empleo de "cuentas negras"), o el buen trabajo realizado en el año laboral por directivos por lo cual se hacen pagar bonificaciones especiales, pues tal trabajo es parte de su labor frente a su empleador (caso Volkswagen)[133]. Pero la jurisprudencia y parte de la doctrina sí han admitido la falta de "perjuicio", si el autor, en el momento de ejecutar el hecho, tenía la voluntad y estaba en condiciones de fluidez financiera de compensar la mengua patrimonial empleando medios propios, o, en una construcción mucho más discutible, cuando existieran posibilidades civiles de obtener indemnización[134].

Últimamente, también siguiendo la interpretación del elemento en la "estafa", se ha producido una ampliación interpretativa del perjuicio patrimonial en el sentido de una *puesta en peligro*, es decir, de considerar que ya habría una "reducción actual del valor patrimonial", y con ello un delito consumado del tipo de estafa o de administración desleal cuando se produjere el "peligro concreto" de pérdida de un bien patrimonial[135]. Pero, en realidad, parece ser que aquí no se trata de admitir interpretativamente algo parecido al "perjuicio" (lo cual sería analogía), sino abarcar nuevos casos de auténticos "daños", tal como parte de la doctrina ha destacado[136]. Es decir, ¿podría ha-

---

[132] Cfr. KÜPER, "Strafrecht BT", p. 375; WESSELS/HILLENKAMP, "Strafrecht BT 2", § 18, n. marg. 775b, p. 410 y s.

[133] Al respecto, c. más refs. WESSELS/HILLENKAMP, § 18, n. marg. 775, p. 411.

[134] Ver las refs. en KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 44, p. 295; JOECKS, § 266, n. marg. 30, p. 650; WEBER en Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 22, n. marg. 77; igualmente con más detalle sobre las posibilidades compensadoras que excluirían el delito y los casos en lo que ello no es posible, KÜPER, "Strafrecht BT", p. 376, 378 y s. WESSELS/HILLENKAMP, § 18, n. marg. 775b, 776. Ü- 410 y ss. Decididamente en contra de las indemnizaciones civiles como "compensación" excluyente del tipo, entre otros PERRON, en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 42, p. 2469; LABSCH, p. 417, columna derecha y s.

[135] Cfr. SCHÜNEMANN, c. más refs, "Zur Quadratur...", p. 430; WESSELS/HILLENKAMP, "Strafrecht BT2", § 18, n. marg. 775a, p. 409; KÜPER, "Strafrecht BT", p. 376 y s.

[136] Cfr. LABSCH, p. 417, columna derecha. También WESSELS/HILLENKAMP: "una puesta en peligro del patrimonio, cuando está correctamente fundamentada es un perjuicio...", "Strafrecht BT 2", § 18, n. marg. 780 al final, p. 414. PERRON es más escéptico y considera que la "puesta en peligro" como "perjuicio" podría resultar tolerable para la "estafa", pero no para la "infidelidad patrimonial" pues, a diferencia de la primera, en la segunda no se trata de un delito de "desplazamiento de patrimonio", no es necesaria la búsqueda de un "enriquecimiento ilícito" y tampoco pena la "tentativa", motivo por el cual el "perjuicio patrimonial" debería se interpretado de manera más estricta para poner freno a la excesiva extensión del tipo y evitar no sólo una desproporcionalidad de la sanción sino también la elimina-

ber casos de "perjuicio" en el cual éste no consistiera en una efectiva mengua patrimonial según el método del saldo total? Uno de los casos que se plantean como perjuicio patrimonial de una "administración desleal" sería aquel en el cual, debido a una mala documentación, el responsable ha creado el peligro de un doble pago de deudas[137]. La discusión al respecto continúa tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. En esto, la primera sala penal del TFA está en contra de un concepto autónomo de "peligro patrimonial equivalente al perjuicio" por considerarla prescindible y exige un "perjuicio definitivo", mientras que la Segunda Sala sí reconoce autonomía al concepto[138].

En la doctrina referida a la estafa, esta reinterpretación del elemento "perjuicio patrimonial" ha sido justificada en el hecho de que muchas veces un "peligro" podría ser muy grave, motivo por el cual en el Derecho penal económico existen normas legales (p. ej. las referidas a balances) que consideran como "pérdida" los peligros sensibles para el patrimonio[139]. Pero se discute sobre los "criterios" para considerar la existencia de tal peligro sensible para el patrimonio; y aquí hay posiciones muy amplias, y otras que, tomando más en serio del principio de legalidad, son más restrictivas y sólo admiten la equivalencia del "peligro" con el "perjuicio" en caso de un "elevado pronóstico" a partir de una "valoración según los parámetros y procedimientos propios del ramo", o sea cuando hubiera un "peligro concreto"[140]. El criterio "negativo", para la existencia del peligro concreto consistiría en la necesidad de actos ulteriores (de la víctima o del autor) para la producción del perjuicio; en lo "positivo" existe el perjuicio cuando la víctima no tenga a su disposición ninguna posibilidad conocida y ejecutable unilateralmente por ella de impedir la producción definitiva del daño (p. ej. la potestad de cancelación, la prenda o el derecho de negarse a la contraprestación, etc.)[141].

---

ción de fronteras entre lo punible y lo impune; ver, exponiendo más diferencias, en "Probleme und Perspektiven...", p. 227 y ss.

[137] Plantea el problema pero no toma posición, KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 43, p. 295. Críticamente, citando este y otros ejemplos jurisprudenciales, PERRON, "Probleme und Perspektiven...", p. 229.

[138] Ver las refs. al respecto, tanto de la jurisprudencia como de la doctrina en WESSELS/HILLENKAMP ("Strafrecht BT 2", §18, n marg. 775a, p. 409 y s.), quienes defienden la necesidad y constitucionalidad del concepto, aunque critican a la Segunda Sala por haber extendido demasiado el tipo a nivel del tipo subjetivo (dolo eventual) para abarcar casos de mera tentativa del injusto, ibídem al final y n. marg. 778 y ss.

[139] Ver las amplias exposiciones al respecto de PERRON, "Bemerkungen zum Gefährdungsschaden...", p. 737 y ss., y TIEDEMANN en LK § 263, n. marg. 168 y ss., p. 222 y ss.

[140] Ver el análisis y la discusión en TIEDEMANN, LK § 263, n. marg. 189 y ss., p. 223 y ss. Este autor, coincidiendo con la jurisprudencia; ver ibídem, n. marg. 172a, p. 226 y s.; también MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, "Strafrecht BT", tomo 1, § 41, p. 123 y ss.

[141] C. más refs. TIEDEMANN en LK § 263, n. marg. 172a, p. 227.

En la práctica ha resultado problemático verificar el "perjuicio patrimonial" en muchos casos relacionados con la "corrupción" que han sido analizados (infructuosamente) como delitos de "administración desleal": los "pagos kick back" (devolución a empleados de la empresa perjudicada de parte de lo excesivamente recibido por la favorecida), la captación de recursos privados para las universidades (que implican a veces una contraprestación ilegal a la patrocinadora) y la captación y administración de donaciones a partidos políticos mediante las llamadas "cuentas negras" (que ocultan favores políticos a los donantes, así como probablemente casos de corrupción de políticos)[142]. Entre estos últimos se cuenta el famoso caso *Kanther/Weyrauch* (TFA, tomo 51, p. 100 y ss.)[143], similar al caso "Kohl" (Tribunal del Land Bonn, en NStZ 200, p. 375 y ss.), en el cual un alto funcionario del partido alemán CDU, con aparente (no probado en el proceso) desconocimiento de la directiva del partido político y de sus órganos financieros, había formado, con donaciones en parte desconocidas, "cajas (cuentas) negras" en Suiza por un total de 20,8 millones de marcos alemanes, suma que fuera transferida posteriormente a una fundación en Lichtenstein, y reintroducida luego al patrimonio del partido. El inculpado, alto funcionario del partido alemán CDU, actuó sin ánimo de lucro personal, sino con la intención de evadir el control de las finanzas del partido, y con desconocimiento de la presidencia de la agrupación política; pero era consciente de las sanciones que podría sufrir su partido en caso de descubrirse los hechos, lo cual finalmente ocurrió (devolución al Estado de "incentivos" por un total de 35,85 millones de marcos alemanes). El TFA vio en esto una "administración desleal", tanto en cuanto a la infracción de deberes como a la producción de un perjuicio patrimonial en el sentido de una "puesta en peligro concreto" (del pago de indemnizaciones o devoluciones), lo cual ha sido aprobado por la tendencia "restrictiva"[144]. Pero en la "administración desleal" es muy polémica, porque a diferencia de la "estafa", no se trata de un delito de "desplazamiento de patrimonio" y no presupone la búsqueda de un enriquecimiento antijurídico[145]. Este caso es muy ilustrativo para el tratamiento de casos similares conocidos como de "formación de cajas negras". Por un lado, el perjuicio patrimonial no consiste aquí en la clásica "mengua patrimonial", sino en la "pérdida para el titular de posibilidades de control sobre su patrimo-

---

[142] Ver las refs. jurisprudenciales y doctrinarias en KINDHÄUSER, "Strafrecht BT II", § 34, n. marg. 45, notas al pie 107 a 110.

[143] Sobre este caso ver los comentarios de SALIGER, "Parteienuntreue ...", p. 545 y ss.; PERRON, "Bemerkungen zum Gefährdungsschaden...", p. 737 y ss.; BOSCH, JA 2008, p. 148 y ss.; TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht BT", n. marg. 156a, p. 116 y s.

[144] Cfr. TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht BT, n. marg. 156a, p. 116 y s.

[145] Cfr. PERRON, Probleme und Perspektiven des Untreuetatbestandes, p. 228.

nio", y la posibilidad para el administrador infiel de "utilizar arbitrariamente" los bienes; por otro lado, también hay "perjuicio" con el peligro creado, para el titular, de la *pérdida de ayudas* (incentivos, subvenciones, etc.) incluyendo la *devolución* de las ayudas, incentivos, etc. ya recibidos, así como la *provocación de sanciones* (multas, privación de licencias, etc.) contra el titular[146].

El perjuicio patrimonial también puede consistir en la omisión de obtener ganancias concretas[147].

3.3. La "infidelidad patrimonial" como delito económico

En el Derecho penal económico, el tipo de "administración desleal" parece haber degenerado en una especie de "arma universal" de la justicia penal[148]. La explicación de este desarrollo que ha convertido últimamente a la "administración desleal" en el delito más característico del Derecho penal económico, parece estar en la separación entre titularidad y administración del patrimonio que caracteriza la economía moderna y la sociedad industrial, con lo cual casi cualquier agente de la vida económica moderna podría ser responsabilizado del delito en caso de actuar contrariamente a sus deberes[149]. Y con esto, a primera vista, da la sensación de que, en la lucha contra la llamada criminalidad de "cuello blanco", se habría producido también un cambio de paradigma frente a la crítica usual a la política criminal referida a los delitos económicos ("se cuelga a los chicos y se deja ir a los grandes")[150].

Ante la complejidad que ha alcanzado el mundo de los negocios, esto tiene la aparente bondad de facilitar las investigaciones, aunque a costa de extender el campo de aplicación de un tipo ya de por sí indeterminado. Pero se trata casi siempre de investigaciones condenadas, desde el principio, a no rendir frutos porque, incluso si hubiera un proceso penal este terminaría –y así ocurre usualmente en la práctica germana– en la aplicación del principio de oportunidad[151],

---

[146] Cfr. WEBER en Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, con más ejemplos prácticos, § 22, n. marg. 75a-75b, p. 701.

[147] C. más refs. y ejemplos, WEBER en Arzt/Weber/Heirnrich/Hilgendorf, § 22, n. marg. 76, p. 702.

[148] Cfr. PERRON, "Probleme und Perspektiven...", p. 222, 232.

[149] Cfr. SCHÜNEMANN en LK, § 266, n. marg. 2; PERRON, "Probleme und Perspektiven...", p. 222.

[150] Cfr. SCHÜNEMANN quien constata un aparente "cambio de tendencia de un Derecho penal de las capas bajas hacia las capas sociales altas" y lo atribuye a una "sobrerreacción del Derecho penal", "Der Bundesgerichtshof...", p. 196, columna derecha y s.; c. refs. también MITSCH, p. 97, notas 4 y 5.

[151] Ver c. más refs. PERRON, "Probleme und Perspektiven...", p. 222, nota 19. Tanto el "caso Kohl" (el cometer irregularidades contra la ley de partidos que provocó el pago de una multa al partido político CDU) como el caso "Mannesmann" (pago de elevadas e injustificas sumas de dinero, patrimonio de la empresa, a directivos de empresas propias y ajenas) acabaron finalmente con el archivamiento del proceso.

la imposición de una multa a los imputados, y finalmente, la falta de mayores efectos preventivo-generales en el ámbito empresarial (salvo que se considerase dentro de ellos al inicio y la duración de las investigaciones policiales y procesales). El riesgo de las investigaciones policiales y del proceso penal parecen ser solamente un "costo" más en la política empresarial por lo menos de las grandes empresas (e incluso de los partidos políticos).

Por eso aquí también se manifiesta la crítica a la *falta de taxatividad* del tipo. Su amplitud no puede ser ventajosa ni siquiera en el caso de los delitos económicos; y ello no solo por una cuestión de principio sino también por una de tipo práctico: debido a que un tipo genérico de "administración desleal" no es ni puede ser suficiente para tomar en cuenta las peculiaridades del Derecho societario (conflicto de intereses, mezcla del patrimonio privado con el societario, etc.), lo cual lleva inevitablemente a una serie de vacíos y, en última instancia en un sistema de lex scripta como el nuestro, a la impunidad. Por ello, algunos autores exigen acertadamente que se introduzcan tipos penales especiales mejorados de administración desleal (ver al respecto abajo en 4).

Ahora bien, mientras el grupo de casos de "administración desleal" vinculada con políticos está estrechamente relacionada con los delitos contra el "sistema democrático y electoral" y, probablemente en el fondo con los delitos de "corrupción de funcionarios" (ver al respecto abajo en 3.4), en el caso de los delitos económicos, la "infidelidad patrimonial" se refiere a la de los *órganos de empresas*. En ambos casos, se afirma la existencia de una enorme "cifra oscura" de estos delitos, debido a la (también supuesta) escasa disponibilidad de las empresas de revelar estos y otros actos fraudulentos cometidos por su propio personal[152].

En la "administración desleal empresarial", la jurisprudencia alemana se centra en la "infracción del deber" y en el "perjuicio". Previamente, sin embargo, debido a la construcción jurídica compleja de los agentes económicos (personas jurídicas), es necesario saber qué individuos deberán ser considerados, en el Derecho penal, como potenciales "autores" del delito.

Entonces, en primer lugar, se debe determinar, en el ámbito empresarial, qué personas individuales al interior de la empresa tendrían *cualidad de autor* o, mejor, "sujeto activo" idóneo del delito, pues en algunos casos se trataba de titulares de una empresa (p. ej. una S. R.L.) que también tenían el carácter de persona jurídica (p. ej. una S. A.), o sea de *consorcios*.

---

[152] Al respecto, cfr. c. más refs.: TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht B. T.", p. 7, n. marg. 3; SCHÜNEMANN en LK, § 266, n. marg. 2, p. 678; *ídem*, con jurisprudencia comentada al respecto, "Der Bundesgerichtshof...", p. 196 y ss.

En el grupo de casos de este tipo, conocido como *administración desleal de consorcios*, el problema radicaba en ver cuándo podía entenderse que la empresa titular de otra había realizado realmente acciones de "administración desleal", pues ambas empresas son jurídicamente autónomas y si la empresa perjudicada había prestado su "consentimiento" válido a las acciones perjudiciales para ella misma (el "vaciamiento" de su patrimonio) difícilmente podría reprocharse a la primera un abuso o una infracción de deberes. Gran parte de la doctrina prefiere aplicar aquí las reglas de la "omisión" impropia ("posición de garantía cualificada" de la empresa titular)[153] para fundamentar la autoría, mientras que otros asumen las consecuencias de la construcción legal de los consorcios y solamente admiten autoría de infidelidad patrimonial de los órganos de la propia empresa perjudicada (y dominada) e instigación de los órganos de la dominante; sólo en caso de que los órganos de la dominada fueran una mera fachada (la administración estaba realmente en manos de los órganos de la dominante) admiten una autoría de la dominante[154]. La jurisprudencia, no obstante, parte de la polémica teoría del "dominio fáctico" que haría de la empresa dominante autora de "administración desleal" en perjuicio de la dominada, pese a que también aquí la doctrina dominante no admite la existencia de deberes especiales de la primera con respecto a la segunda (el "dominio fáctico" no lo convierte en "órgano" de la segunda)[155]. Todo esto también resulta relevante en el caso de personas ajenas a la empresa que, sin embargo, tienen con ella una relación (contractual o legal) de fidelidad con el patrimonio (asesores tributarios, contadores, abogados notarios, eventualmente también asesores de empresas o de inversiones con poder de disposición, es dudoso fundamentar este deber en otras personas acudiendo a la teoría del "dominio fáctico" en contra incluso de las reglas claras señaladas a veces para cada una de las profesiones enunciadas[156].

Inicialmente, la jurisprudencia de principios del 2000 referida a donaciones con el patrimonio de la empresa (casos: "donaciones de Offenburg", "SSW Reutlingen") o pagos extra a miembros del directorio y del Consejo de administración en el marco de un proceso de adquisición de empresas (p.

---

[153] Cfr., entre otros, PERRON, "Probleme und Perspektiven...", p. 225.

[154] Así TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht BT", n. marg. 392, p. 240; Derecho penal económico P. E., n. marg. 381, 338 y s. Ver más refs. sobre la confusa doctrina al respecto en SCHÜNEMANN LK, § 266, n. marg. 265 y ss., nota al pie 1068), quien, por su parte, parece seguir la solución de Tiedemann, a la cual califica como "sorprendentemente sencilla".

[155] TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht B. T., n. marg. 392, p. 239 y s., n. marg. 405, p. 245 y s.; "Derecho penal económico P. E.", n. marg. 381, p. 338 y s., n. marg. 395, p. 349 y s. Categóricamente: "En cualquier caso, el poder real de influir o el dominio, por sí solos, no pueden fundamentar una posición de *fidelidad* al patrimonio" [trad. libre], "Wirtschaftsstrafrecht BT", n. marg. 405 al final, p. 246.

[156] Cfr. TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht B. T.", n. marg. 403 y ss., p. 244 y ss.

ej. caso: "Mannesmann"), quería restringir la aplicación del tipo de "administración desleal" en el campo de empresas, a ***violaciones "graves" de deberes sociales***, o sea, a infracciones calificadas de deberes[157]. En la doctrina, esto ha recibido fuertes críticas[158], y parece ser que la jurisprudencia más reciente también seguiría esta postura al entender que precisamente las infracciones de deberes sociales se referirían (siempre) a "infracciones graves", o sea que no se necesitaría probar una calificación especial del deber quebrantado por el miembro de la empresa[159]. Pero hay otro aspecto más que se ha aclarado a partir de la sentencia del TFC sobre la constitucionalidad del tipo: la necesaria vinculación entre la infracción del deber (o de la norma jurídica extrapenal) y la protección del patrimonio. O sea, si la violación del deber social se manifiesta en la infracción de un deber fijado en una norma extrapenal (de Derecho civil, comercial, etc.), ésta deberá estar vinculada (aunque fuera mediatamente) con la protección del patrimonio; si no fuera así (y ello ocurrió en el "caso AUB"[160]), no se habrá cumplido con un elemento del tipo de "administración desleal"[161]. Aun así podría haber casos discutibles. P. ej. se podría reconocer que la disposición extrapenal en su totalidad no está destinada a proteger, ni siquiera mediatamente, el patrimonio de sus destinatarios. Aunque se admite que tal vinculación de la infracción del deber con la protección del patrimonio también podría estar prevista en normas propias de la propia empresa (estatutos, reglamentos, contratos, etc.), existe el problema de que estas normas suelen remitir a su vez a la misma ley genérica y, por otro lado, también deberían tener un límite por razones de estado de derecho (normas de menor jerarquía no podrían convertir, así como así, en normas protectoras del patrimonio a las previstas en la ley)[162].

Esta problemática resulta especialmente relevante en los casos de "infidelidad patrimonial a la administración pública" (ver al respecto en 3.4).

---

[157] Cfr. estos y otros ejemplos, c. más refs., y en ese sentido, TIEDEMANN; ver "Wirtschaftstrafrecht BT", n. marg. 397 y ss., esp. 400.

[158] Entre otros, SCHÜNEMANN, "Der Bundesgerichtshof...", p. 197.

[159] C. más refs. y jurisp. SCHÜNEMANN, "Der Bundesgerichtshof...", p. 197, columna iquierda.

[160] TFA, tomo 55, p. 288 (301 y s.), de setiembre de 2010, donde se trataba de la protección de la integridad de la elección de un miembro del Consejo de Vigilancia (art. 119, párrafo 1, n° 1, variante 2 de la Ley de Organización de las Empresas (BetrVG).

[161] Cfr. c. más refs. RÖNNAU, "Die Zukunft des Untreuetatbestandes", p. 754, columna derecha. Una tendencia más restrictiva aún exige la vinculación "inmediata" con el perjuicio patrimonial, pero con esto se dejaría demasiados vacíos de punibilidad de casos graves, como p. ej., cuando se atenta contra disposiciones contables que, mediatamente, tienen el sentido de proteger el patrimonio; cfr. RÖNNAU, ibídem, p. 754, columna derecha.

[162] Cfr, RÖNNAU, "Die Zukunft...", p. 755, columna izquierda.

Por lo demás, en la práctica se distinguen tres grupos de casos de administración desleal de los órganos sociales de la empresa (resumiendo: ***administración desleal empresarial***)[163]: 1) la extracción ("vaciamiento" o "saqueo") de patrimonio de una S. R. L. por parte de una S. A. que es titular de ella (caso: Bremer Vulkan AG); 2), el otorgamiento de créditos por bancos sin exigir suficientes garantías o probar la solvencia del tomador del crédito (caso: "Sparkasse Mannheim", en TFA, tomo 47, p. 148 y ss.); 3) los gastos exagerados del gerente y las bonificaciones o primas exageradas a miembros del directorio y/o consejo de vigilancia, o los gastos de sponsoring (caso "Mannesmann"; caso "SSV Reutlingen").

En todos estos casos, se trata del aparente uso indebido, o más allá de lo permitido por normas civiles, comerciales o reglamentos, en perjuicio de la empresa administrada. El primer problema que se presenta es el del ***alcance de las potestades*** en relación con la administración del patrimonio de la empresa administrada, o, en otras palabras, cuándo se produce la ***violación del deber***. El asunto no es fácil pues, incluso si existen normas relacionadas con las retribuciones a los miembros del directorio, del consejo de vigilancia, gerentes, etc., en el caso de las sociedades de capitales, o con los requisitos para el otorgamiento de un crédito o la realización de una inversión, en el caso de los bancos o empresas financieras, las normas suelen tener un enunciado muy genérico y no siempre parecen aplicables a casos concretos. Como se verá en los ejemplos de abajo, la jurisprudencia alemana ha vinculado la existencia de una "violación grave de deberes" a la "desproporcionalidad" (concretada con ciertos criterios) de la conducta de los sujetos de una manera (más bien cautelosa) que reconoce incialmente un amplio campo de acción discrecional que, sin embargo, deviene en una violación del deber de administrar el patrimonio ajeno cuando "la conducta concreta resultara totalmente ininteligible o es simple y llanamente indefendible"[164]. Al igual que en otros ámbitos, aunque aquí con más fuerza, parece estarse produciendo lo que se ha denominado como "proceduralización" de la comprobación de la infracción del deber[165]: la impunidad de afecciones al bien jurídico que se admite cuando se cumple con determinados procedimientos (p. ej. las reglas de la "compliance").

En el *caso "Bremer Vulkan AG"*, esta sociedad anónima había adquirido astilleros del este de Alemania y los administraba, como socio único, bajo la forma de una S. R. L. Como estos astilleros habían sido vendidos por la insti-

---

[163] Clasificación hecha por TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht BT", n. marg. 390, p. 238; Derecho penal económico P. E., n. marg. 379, p. 337 y s.

[164] PERRON, c. más refs. y jurisp., "Probleme und Perspektiven ...", p. 227.

[165] C. más refs. ver RÖNNAU, "Die Zukunft...", p. 757 y ss.

tución de fideicomiso (Treuhandanstalt) que se había formado para privatizar la industria de la ex-DDR, y para preservar puestos de trabajo, la adquisición de los astilleros también tenía la ventaja de subvenciones estatales de gran magnitud. Cuando la empresa Bremer Vulkan entró en crisis y perdió liquidez, hizo que los astilleros le traspasaran todo su dinero a la central. Aún así la empresa quebró en su totalidad, incluyendo a los astilleros y la pérdida de las subvenciones. En dos sentencias (una civil y una penal) se comprobó la existencia de "administración desleal" de Bremer Vulkan (de sus directivos) en contra de los astilleros: Bremer Vulkan tenía el "deber de administrar el patrimonio"de la S.R.L. de tal manera que, al adquirir dinero de ésta, se garantice la devolución y no se ponga en peligro la existencia de la administrada[166]. Esta sentencia no ha dejado de tener críticas, porque "un socio único se hace punible por administración desleal en contra de su propio patrimonio porque él no rescata una única parte de este patrimonio en favor de intereses ajenos"[167]. El caso era más bien uno de "insolvencia punible" ("vaciamiento" de empresas) que ofrecía, sin embargo, una serie de problemas prácticos e interpretativos[168]. Si hubiera habido un autor de "administración desleal" (actos contrarios al deber en la administración del patrimonio de la S.R.L), ésta debería haber recaído en el gerente de la S. R. L. bajo eventual instigación de los directivos de la S. A.[169]

En el caso de la *"Sparkasse Mannheim"* (caja de ahorros de Mannheim) se había tratado del otorgamiento de créditos millonarios, los cuales habían sido recomendados por el alcalde de la ciudad, en su calidad de presidente del consejo de administración, para el financiamiento de un proyecto hotelero, cuya asesora tributaria había, sin embargo, dado falsas informaciones sobre la solvencia del tomador del crédito. El banco sufrió una pérdida de 900 millones de marcos alemanes que lo pusieron al límite de su existencia. Aquí, según el TFA, se había violado "gravemente" el deber de verificar las informaciones y evaluaciones sobre la situación económica de la tomadora del préstamo, como es usual en negocios bancarios[170].

También en el *caso "SSV Reutlingen"* se trataba de una serie de pagos, con el patrimonio de una sociedad anónima (SWEG), a un club, a título de

---

[166] TFA, tomo 49, p. 147 y ss., 157 y ss.

[167] PERRON, "Probleme und Perspektiven...", p. 225; TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht BT", n. marg. 392.

[168] Así, PERRON, "Probleme und Perspektiven...", p. 225.

[169] Así TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht BT", n. marg. 392, p. 240; también en "Derecho penal económico P. E.", n. marg. 381, p. 339.

[170] TFA, tomo 47, p. 148 y ss. Ver los comentarios de TIEDEMANN "Wirtschaftsstrafrecht B. T.", n. marg. 394 y ss., p. 240 y ss.

donación ("sponsoring" o "auspicio"), pago que había sido realizado por el presidente del directorio de la empresa y a pedido del ministro de transportes del Estado de Baden Würtemberg; posteriormente se hicieron otros pagos cuando este último había dejado el ministerio y pasado a integrar el consejo de vigilancia de la empresa; el dinero no figuraba en los libros del club, pero en parte había sido utilizado como ulterior donación a acreedores del club, a fin de que estos no procedieran legalmente contra el club deudor. Tanto el presidente del directorio como el ex ministro fueron condenados por "administración desleal" en perjuicio de la empresa a título de autor e instigador respectivamente[171]. En su fallo confirmatorio, el TFA resaltó que si bien una empresa tiene un gran margen de acción para hacer donaciones, el empleado habrá realizado una "violación grave de deberes", cuando el monto de lo donado no fuere "apropiado", debido a la falta de cercanía con el objeto de la empresa, con los ingresos y situación patrimonial de la sociedad, los motivos materialmente no objetivos de la donación, etc. Esto último fue constatado en el caso (búsqueda de motivos personales con la donación).

En el *caso "Mannesman"*[172], el consejo de vigilancia de la empresa alemana de telecomunicaciones Mannesmann AG había aprobado el pago extraordinario de las llamadas "primas de reconocimiento" a directivos actuales y ya retirados de la empresa, justificando el pago en el "enorme incremento de valor de la empresa" hasta el año 2000. Los directivos "premiados" se habían negado inicialmente a la adquisición por parte de la empresa inglesa, lo cual había hecho subir de manera extraordinaria el valor de bolsa de Mannesmann; Vodafone adquirió finalmente el 98 por ciento de las acciones de Mannesmann y autorizó el pago de las "primas extraordinarias". La Fiscalía acusó a los directivos de Mannesmann el haberse hecho pago así de "pagos de consentimiento" de la adquisición (que no están reconocidos por la Ley de sociedades anónimas). El Tribunal del Land de Düsseldorf había absuelto inicialmente a todos los implicados; el TFA anuló este fallo y consideró que pagos como tales no estarían en interés de la empresa (falta de efecto de estímulo hacia el futuro) y que el incremento del valor de las acciones no sería relevante; después de volver los autos a otra sala del Tribunal del Land de Düsseldorf el proceso terminó con el archivamiento en aplicación del principio de oportunidad bajo la condición del pago de 5,8 millones de euros. Aparte del problema del "per-

---

[171] TFA, tomo 47, p. 187 y ss. Ver los comentarios de TIEDEMANN en "Wirtschaftsstrafrecht BT", n. marg. 387 y ss., p. 242 y s.; "Derecho penal económico P. E.", n. marg. 387 y ss., p. 342 y ss.

[172] TFA, tomo 50, p. 331. Ver la exposición del caso y comentarios de TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht AT", n. marg. 121, p. 57 ("Derecho penal económico P. G.", n. marg. 121, p. 142 y s.); también los comentarios en *ídem*, "Wirtschaftsstrafrecht BT", n. marg. 401y s., p. 243 y s. y "Derecho penal económico P. E.", n. marg. 391, p. 345 y s. También, discutiendo con las posiciones de éste, SCHÜNEMANN, c. más refs., "Der Bundesgerichtshof...", p. 199.

juicio patrimonial" (ver más sobre la problemática del "perjuicio patrimonial" arriba en 3.2), interesa primero definir aquí los "deberes sociales" violados por los imputados. El tipo remitiría como elemento normativo del tipo (otros hablan aquí de "ley penal en blanco"), a los prescritos por las normas del Derecho societario[173]. Y en las normas societarias alemanas (art. 116 AktG), se dice que los miembros del Consejo de Vigilancia de una S.A. están obligados, en el pago inicial o el aumento de los sueldos de los miembros del directorio, a actuar "ordenada y minuciosamente", lo cual impide la "fijación arbitraria" de primas[174]. Pero no se dice más y por ello cuando el TFA ha tenido una "labor pionera" en áreas jurídicas ajenas, pues, ante la falta de claridad u omisión de las normas extrapenales, ha tenido que definir a partir de cuándo habría aquí una "desproporción" en los pagos a directivos (actuales y retirados) de sociedades anónimas y cuándo eran admisibles "primas de reconocimiento posteriores, no previstas en el contrato laboral"[175].

Otra cuestión muy polémica es la del consentimiento, o de manera más polémica aún, el ***consentimiento hipotético*** del administrado en caso de que este se tratare de una persona jurídica: si tras la comisión de una conducta infractora del deber que había llevado a un perjuicio patrimonial se demuestra que ella hubiera sido aprobada por el titular. Esta figura, proveniente del Derecho penal médico (el médico no esclarece o esclarece mal al paciente antes de la operación, pero éste también la hubiera consentido) y allí es muy polémica (imposibilidad de excluir la imputación mediante una circunstancia ficticia, imposibilidad de reconstruir la voluntad hipotética, imposibilidad de hacer desaparecer posteriormente la violación de la autonomía del paciente, etc.), aunque parece ser menos problemática en la protección de bienes jurídicos de menor jerarquía[176].

Finalmente debe indicarse que el auge de la "administración desleal" en la práctica jurisprudencial se debe a la tendencia de querer abarcar con este tipo (en el sentido de un ***tipo residual***) casos que no pueden ser abarcados por otros tipos penales. Eso ocurre con el caso de la "corrupción privada", previsto en el art. 299 StGB, pero que no parece abarcar a los llamados *pagos "kick back"*, o sea el pago, por parte de una empresa, al empleado de otra como recompensa por haber facilitado un beneficioso contrato (una especie de co-

---

[173] TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht AT", n. marg. 122, p. 57.

[174] Cfr. TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht AT, n. marg. 122, p. 57 y s.

[175] Cfr. PERRON, "Probleme und Perspektiven... ", p. 226.

[176] Cfr. tendiendo a esta posición RÖNNAU, "Die Zukunft...", p. 756.

hecho subsiguiente aunque en el ámbito privado)[177]. O también casos de "delitos de insolvencia" (apartamiento de objetos patrimoniales de una S. R. L.) son investigados como "administración desleal" del titular contra su propia empresa; así como los ilícitos contra la transparencia del proceso democrático (eventualmente también casos de verdadero cohecho) han sido investigados desde la perspectiva de la "administración desleal" del patrimonio del propio partido (debido a la multa que tuvo que pagar por las irregularidades cometidas)[178].

3.4. "Infidelidad patrimonial" del funcionario público (Haushaltuntreue)

En Alemania, como no se dispone de un tipo penal de "peculado" (aplicación *privada* de bienes públicos) y/o de "malversación de fondos" (aplicación *pública* distinta de bienes públicos), se recurre al tipo de "administración desleal" para cubrir los vacíos de punibilidad. Así, dentro del tipo del art. 266 StGB se subsume un grupo de casos conocido como "administración desleal en el ejercicio de funciones públicas" (Amtsuntreue), además del caso más concreto de "administración desleal del presupuesto" (Haushaltsuntreue)[179]. Frente a los delitos de "peculado" o "malversación propia" y "malversación de caudales" o "malversación impropia" de los países románicos, el tipo alemán (mejor dicho, la interpretación del tipo alemán genérico de administración desleal) implica un amplio adelantamiento de las barreras del Derecho penal, como se verá más adelante.

En primer lugar, es sujeto activo del delito cualquier *funcionario público* (incluyendo a los "parlamentarios" que en Alemania no son "funcionarios públicos" para los tipos de "cohecho") o incluso *privado* que ejerciere una "función pública", en cuanto tuviera un deber de administrar lealmente el patrimonio público, o sea bajo los criterios de eficiencia económica y austeridad[180]. En estos casos, el *deber de administrar el patrimonio* proviene de la ley que regula las competencias funcionariales, un mandato de autoridad, un poder formal de obligar o disponer[181]. Es decir, no basta con ser funcionario público y tener un "deber general de fidelidad" a la administración pública, sino se necesita un deber de administrar patrimonio que provenga del "ámbito concreto

---

[177] Cfr. PERRON, c. más refs., "Probleme und Perspektiven...", p. 222.

[178] Todos estos ejemplos, c. más refs., PERRON, "Probleme und Perspektiven...", p. 222.

[179] TIEDEMANN considera que este último término sería más amplio que el primero (ver en: "Wirtschaftsstrafrecht BT", n. marg. 150, p. 114).

[180] Ver al respecto la amplia casuística expuesta por SCHÜNEMANN en LK, § 266, n. marg. 127 y ss., p. 776 y ss.

[181] SCHÜNEMANN en LK, § 266, n. marg. 230, p. 845.

de desempeño de tareas"[182]. Debido a esta más o menos clara determinación del deber, una aplicación privada distinta fundamenta ya de por sí una violación del deber y no ofrece mayores problemas cuando el sujeto activo hubiera dado una aplicación privada a los bienes públicos.

También ocurre lo mismo con la *aplicación pública distinta* (malversación impropia), pero aquí es problemático el "perjuicio patrimonial", pues también se trata de proteger el "patrimonio" (de la administración pública) y no la mera "soberanía estatal" de disponer sobre ellos[183]. Por este motivo, gran parte de la doctrina alemana considera que no habría delito de "administración desleal" cuando el sujeto activo hubiera dado una aplicación pública "distinta" a los bienes públicos, pues, económicamente, para el Estado el *saldo* sería el mismo (no habría pérdidas); aunque se "falseare" la voluntad estatal, no habría un perjuicio patrimonial en el sentido de una falta de equivalencia entre "prestación" y "contraprestación"[184]. Esto ocurrió en el conocido caso de los "recursos públicos" en el cual el director de cultura de una ciudad aplicó los medios destinados a contratar artistas en hacer reparar el techo del auditorio municipal que se había derrumbado tras una tormenta[185]. En realidad, para el sistema legal alemán esto no deja de ser cierto y sólo puede ser salvado interpretativamente si se admitiera –como efectivamente hace otra gran parte de la doctrina alemana– que el "perjuicio patrimonial" (y con ello el delito consumado) también incluiría (en este caso especial) la "puesta en peligro" o la "defraudación de los fines" que afectan la libre disposición estatal de los recursos públicos[186]. Entonces sería posible verificar un perjuicio cuando la obra pública a la que se aplicaron los fondos, desatendiendo su aplicación pública fija, no era ni necesaria ni rentable desde la perspectiva económica[187]; p. ej. la construcción de un teatro grande en un pueblo pequeño, la construcción de un aeropuerto internacional en un pueblo o ciudad que no lo necesitare, etc. Debido a la vinculación de los bienes públicos a un destino y a un tiempo determinados, casi siempre se producirá el "perjuicio" cuando, pese al destino fijado se produjera la aplicación a una obra pública distinta, pero ello no

---

[182] Citando jurisprudencia alemana al respecto, WESSELS/HILLENKAMP, § 18, n. marg. 770, p. 406.

[183] Cfr. SCHÜNEMANN en LK, § 266, n. marg. 230, p. 845.

[184] Ver las refs. en SCHÜNEMANN en LK, § 266, n. marg. 230, p. 845.

[185] TFA en NStZ 1984, p. 550.

[186] Así TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht BT, n. marg. 150, p. 114; SCHÜNEMANN, c. más refs. y ejemplos jurisprudenciales, en LK, § 266, n. marg. 230 y ss., p. 846 y ss. También WESSELS/HILLENKAMP inciden en el "abuso del poder de disposición" que justificaría la "cercanía con el perjuicio"; "Strafrecht BT 2", § 18, n. marg. 777; con más ejemplos de la jurisprudencia, JOECKS, § 266, n. marg. 31a, p. 650.

[187] TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht BT, n. marg. 115, p. 116; SCHÜNEMANN en LK § 266, n. marg. 236 y s., p. 850 y s.

ocurre cuando la aplicación distinta se basare en una autorización posterior inminente (p. ej. por urgencia) o incluso cuando de esa manera se ahorrare al fisco un oneroso procedimiento presupuestal[188]. También habría un "perjuicio" para el patrimonio de la administración cuando se separara dinero de su control presupuestario mediante la formación de "cajas negras"[189].

En cambio es visto como un caso evidente de "administración desleal" el llamado "patrocinio de cargos" (Ämterpatronage), o sea cuando un alto funcionario público otorgare un cargo público bien pagado a quien no reuniere evidentemente las condiciones necesarias para ello (p. ej. a un pariente o una persona del mismo partido que no tienen ninguna experiencia en la materia)[190]. Otro sector de la doctrina niega el "perjuicio patrimonial", pero considera que debería buscarse la solución en la antijuricidad (estado de necesidad justificante)[191].

Hasta aquí, salvando las dificultades interpretativas, se puede ver que también en Alemania, mediante el tipo de "administración desleal" se pueden abarcar los casos de "peculado" y "malversación de fondos" previstos expresamente en los países de tradición románica. Pero el tipo alemán también es usado en otros casos que no suelen ser cubiertos por estos. Así, los casos más sonados de los últimos años se referían a perjuicios patrimoniales, bajo la forma de la generación de un "peligro concreto" al propio partido político debido al riesgo de que el Estado le imponga una "sanción" (devolución de los incentivos estatales), cuando el sujeto activo, con su conducta atentare contra la Ley de Partidos Políticos (p. ej. la recepción y no declaración de donaciones de elevado monto, la formación de cajas negras en paraísos fiscales), tal como ocurrió en los casos arriba vistos de "Kohl" y "Kanther". En estos casos, al esconder patrimonio de un partido político, se infringen reglas de la Ley de Partidos Políticos que, entre otras cosas, regulan el proceso de admisión de donaciones, su declaración y administración en la caja del propio partido. En la práctica ocurre que los partidos pueden recibir donaciones de personas desconocidas, por montos superiores a los admitidos en la ley, y el encargado no ha consignado ni el nombre de los donantes, y a veces ni siquiera ha ingresado la donación a la caja oficial del partido, sino lo ha desviado a una cuenta secreta en un paraíso fiscal ("cuenta negra"). Infracciones como estas acarrean, según la ley, una sanción económica al partido: la devolución de los incentivos

---

[188] Ver c. refs. y jurisp. de TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht BT, n. marg. 150, p. 114.

[189] Citando jurisprudencia, JOECKS, § 266, n. marg. 31a, p. 650.

[190] Cfr. SCHÜNEMANN, quien sin embargo excluye del tipo los casos de patrocinio estructural de cargos (nombramiento a personas del mismo partido pero que sí reúnen los requisitos exigidos), ver en LK, § 266, n. marg. 238, p. 851.

[191] Así, LABSCH, p. 418, columna izquierda.

estatales al partido político. Estas conductas infractoras se engloban bajo el término de "administración desleal de partidos". El problema jurídico-penal está aquí en determinar si, para la admisión de una "administración desleal" basta con probar la infracción de las normas sobre partidos con la formación de "cajas negras" (privadas) o si hay que probar también la causación de un perjuicio patrimonial concreto, además del dolo de todos estos elementos. Hasta ahora se ha impuesto en la práctica y la doctrina la tesis más protectora (pero menos taxativa) del "peligro"; o sea bastaría con la formación de la caja negra porque con ello el dinero quedaría al libre arbitrio del sujeto, mientras que lo que se pretende por la ley es que exista un control estatal de éste[192]. Y lo mismo se aplica cuando se tratare de empresas, o sea cuando un empresario formara "cajas negras" (probablemente con alguna finalidad ilegal como el soborno de funcionarios públicos extranjeros o empleados de empresas competidoras), incluso si después utilizara ese dinero obteniendo ganancias para la empresa[193].

En el *caso "Kohl"* (Tribunal del Land Bonn en NStZ 2007, p. 545 y ss.), se imputaba al ex-canciller alemán haber por lo menos permitido la formación de "cajas negras" mediante dinero de origen desconocido; Kohl se negó a declarar el nombre de los donantes y efectuó una campaña de colecta para pagar la suma que se había impuesto contra su partido. El proceso terminó con la aplicación del principio de oportunidad (art. 153a StPO) y la imposición del pago de 300 mil marcos alemanes. Se criticó este fallo pues tanto la infracción de deberes como el perjuicio patrimonial estaban probados y no podían desaparecer por el pago de la suma equivalente al perjuicio patrimonial causado[194].

Uno de los principales problemas, que también estaba en cuestión en los casos mencionados, es el de la relación (exigida por la sentencia constitucional de 3 de junio de 2010) entre la infracción del deber y el perjuicio patrimonial derivado de ella. Como se ha dicho arriba (en 3.3), si el deber proviniere de una norma extrapenal específica, ésta debería tener por objetivo, por lo menos de manera mediata, la protección del patrimonio. Estos dos aspectos se dejaron abiertos en los casos Kohl y Kanther.

Un caso más reciente y que ha aportado claridad, aunque también polémica, es el "de las donaciones al partido de Colonia" de abril de 2011, donde se declaró que las disposiciones de la Ley de Partidos no protegería el patrimonio, ni siquiera cuando la infracción acarreare sanciones financieras al partido;

---

[192] Cfr. c. más refs., TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht BT", n. marg. 155, p. 116.

[193] Ver JOECKS, § 266, n. marg. 31b, p. 650 y s.

[194] En este sentido, c. más refs. Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht BT, n. marg. 156a, p. 116 y s.

pero la infracción al deber vinculada con el patrimonio podría estar incluida en normas propias del titular del patrimonio (p. ej. los reglamentos, estatutos, etc.)[195]. En la práctica, estas reglas entre el titular del patrimonio y el administrador (relación interna) suelen remitir precisamente a las reglas legales, y no por ello van a cambiar de contenido para prever una protección del patrimonio no previstas en la ley[196].

Dentro del monto del perjuicio para la administración (o cualquier otro titular del patrimonio) también importa el beneficio que obtuviera el infractor, incluso si éste hubiera sido ilegal (concepto económico de patrimonio); sólo se necesita que tal beneficio hubiera resultado *directamente* de la acción infractora. P. ej. también los sobornos a los funcionarios públicos implican un perjuicio para la titular del patrimonio en un monto por lo menos equivalente al soborno, pero, si se trata de "corrupción entre empresas", podrá incluirse en la "compensación" del perjuicio patrimonial, el beneficio causado por el soborno (la accesibilidad de la empresa a la que pertenece el empleado sobornado)[197].

3.5. Propuestas de reforma penal

Pese a la poca incidencia en las estadísticas de la criminalidad[198], el tipo de "administración desleal" ha sido considerado como irrenunciable. Su desaparación dejaría un enorme vacío sobre todo en el caso de injustos de personas influyentes (empresarios, altos funcionarios públicos) que no precisan de los medios típicos que caracterizan a otros delitos (hurtos, apropiaciones indebidas) para perjudicar patrimonios ajenos (y eventualmente enriquecerse)[199].

Pero, ante los problemas interpretativos y dudas constitucionales hay dos posturas claras en la doctrina. Así, los que creen que el tipo es plenamente constitucional, tan solo sugieren evitar contradicciones interpretativas, debido a la mala redacción y proponen una "depuración" del art. 266, eliminando el tipo de "quebrantamiento" para dejar vigente el tipo más taxativo del "abuso"[200]. Por

---

[195] TFA en NJW 2011, p. 1747.

[196] Así, c. más refs. RÖNNAU, "Die Zukunft des Untreuetatbestandes", p. 755.

[197] Sobre todo esto, c. ejemplos, JOECKS, § 266, n. marg. 31c-31d, p. 651.

[198] Para el año 2007, se tenía un 0.2 % de casos en relación con la totalidad de la criminalidad (12,761 casos policiales) con una elevadísima cuota de esclarecimiento (98,7 %) debido sobre todo a las características del delito (la relación de confianza entre autor y víctima implica que esta última conoce a la primera). Ver estos y otros datos, c. más refs., WEBER en Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 22, n. marg. 6, p.676.

[199] Cfr. con ejemplos demostrativos, WEBER en Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 22, n. marg. 7, p. 676 y s.

[200] Así, LABSCH, p. 419. Este autor se refería la especialización de la "infidelidad patrimonial" como la que se produjo con el nuevo art. 266b (abuso de tarjetas de cheque y de crédito), pues desde su perspectiva no había necesidad (ni vacío legal) de este "tipo especializado de abuso".

otro lado, existen muchos más autores actuales que exigen una reforma que, introduciendo distintos tipos especiales de "infidelidad patrimonial", reduzca el círculo de autores a sujetos investidos con potestades especiales, con lo cual estos delitos se convertirían en auténticos delitos económicos[201]. Para ello se suele tomar por modelo a la legislación comparada.

En Alemania se ha propuesto, desde hace mucho, la introducción de un tipo especial de "infidelidad patrimonial del funcionario público" (peculado). Así, SCHÜNEMANN[202] ha propuesto, como refuerzo de normas relacionadas con el presupuesto de la Federación y los estados federados (donde se deberían introducir tipos contravencionales de "omisión de someter a licitación" y "omisión de comunicar delitos o contravenciones contra las disposiciones presupuestales"), él propone el siguiente tipo penal de "administración desleal del funcionario público" (art. 349 StGB)[203]:

Párrafo 1. Será penado con privación de la libertad de hasta cinco anios o con multa aquel funcionario público o persona obligada de manera especial a prestar un servicio público que aprobare o realizare el gasto de medios públicos y en ello no respetare las disposiciones presupuestarias esenciales para asegurar el monopolio de las decisiones de la oficina competente para elaborar el presupuesto, o que sirvan para una ejecución eficiente y austera del presupuesto público, siempre que no hubiera visto compelido a ello por una necesidad irrenunciable.

Párrafo 2. Igualmente se penará al funcionario público a la persona especialmente obligada a prestar un servicio público que decidieran, en el marco de su competencia, sobre la aprobación o la entrega de medios públicos, cuando existiera una desproporción evidente entre estos medios y el provecho perseguido por la finalidad presupuestaria o con el eficiencia de la oficina que administrare los medios públicos.

Párrafo 3. En el sentido del párrafo 1, son esenciales las siguientes disposiciones presupuestarias: la restricción de delegaciones de deberes y el cumplimiento de los requisitos para las excepciones (art. 22 Ley de Principos Presupuestales de la Federación y los Estados Federados de 19-08-1969); la limitación de garantías y aprobaciones de créditos (art. 23 de la misma Ley); los requisitos para el otorgamiento de pagos (art. 26 de la misma ley); la regulación de las vinculaciones materiales y temporales (art. 27 de la ley) y las reglas sobre construcciones y grandes adquisiciones (art. 29 de la ley).

Párrafo 4. No habrá punibilidad cuando el funcionario público o la persona especialmente obligada a prestar un servicio público, hubieran comunicado la medida que iban a adoptar al Tribunal de Cuentas y éste hubiera certificado su corrección.

---

[201] Se muestra a favor de estos tipos de reforma, Weber en Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 22, n. n. marg. 8, p. 677.

[202] SCHÜNEMANN en LK, § 266, n. marg. 270.

[203] En LK § 266, n. marg. 270, p. 876 y s.

4. Tipos de "administración" desleal en el derecho comparado

Resultan mucho más concretos que el tipo alemán de "infidelidad" aquellos tipos extranjeros que tratan penalmente por separado las distintas violaciones del deber de administrar patrimonios. P. ej., en España y distintos países sudamericanos se renuncia a un tipo genérico de "infidelidad" y se prevén, por separado, distintos tipos de "administración desleal" según las características del sujeto activo, además de que se suele ser más descriptivo en la acción típica[204]. Así pueden existir tipos penales de infidelidad patrimonial de los funcionarios públicos en relación con los bienes públicos que se administran (*peculado* y/o *malversación*: arts. 432 y ss, CP español, arts. 387 y ss. CP peruano, art 312 y ss. CP brasileño); y por otro lado, la infidelidad patrimonial de los órganos empresariales y otras personas: la *administración societaria desleal* del 295 CP español; la *gestión fraudulenta* de los arts. 4 y 5 de la Ley 7.492/1986 de Brasil, y el *fraude en la administración de personas jurídicas* del art. 198 CP peruano. El primer grupo de delitos (peculado y/o malversación) se separa en dos modalides básicas: aquellos casos en los cuales el funcionario público se apropia o usa, él mismo o terceros ("aplicación privada") de los bienes públicos que administra, tipos que se denominan "peculado" en Brasil o Perú y ("malversación propia") en España; por otro lado, están los casos en los que el funcionario publico hace un cambio de destino público a los bienes públicos ("aplicación pública distinta") y que se denomina , "emprego irregular de verbas" en Brasil (art. 319), y "malversación de fondos" en Perú (art. 389). A esto habría que agregar los tipos imprudentes de "peculado" que las legislaciones suelen prever y que son totalmente desconocidos en Alemania.

Por último, en la administración desleal de gerentes, directivos, etc., muchas veces el legislador suele ubicar los correspondientes tipos penales en el capítulo referido a los "delitos societarios", mientras que el peculado/malversación suele ser considerado un delito "contra la administración pública". Esto genera también una percepción diferenciada de los bienes jurídicos protegibles: el "patrimonio" de determinados agentes económicos (el accionista, la empresa, los acreedores) en un caso[205]; el "correcto funcionamiento de la

---

[204] En lo que sigue no se podrá hacer un análisis detallado de los correspondientes tipos penales. Para más detalles consultar, entre otros, para el modelo español, DEL ROSAL BLASCO, p. 1249 y ss.; para el modelo brasileño, PRADO, "Curso de Direito Penal Brasileiro", p. 420 y ss., 453 y ss. ; y para el caso peruano, ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", p. 330 y ss.

[205] En España, la doctrina dominante excluye del bien jurídico tutelado la "fidelidad" (sólo sería un medio de ataque al patrimonio), pero en ella hay discusión sobre si el tipo penal protegería solamente el patrimonio de los "socios, cuentapartícipes o titulares de los bienes..." o también los intereses de la "sociedad" (no mencionada en el tipo); cfr. sobre todo esto y siguiendo la tesis de la protección más amplia (que incluiría a los "socios", la "sociedad" y "terceros distintos"), c. más refs., DEL ROSAL BLANCO, p. 1252 y ss. También se ha interpretado que el tipo protegería un

administración pública", por el otro, y más en concreto, el "patrimonio de la administración pública"[206]. Es más, la necesidad político-criminal de estos tipos se fundamenta de manera algo distinta que en Alemania. Especialmente el tipo de "administración desleal" como delito económico, al igual que los demás delitos societarios, el refuerzo del Derecho penal al Derecho societario sería más bien de necesidad reciente debido a la incapacidad de este último para contener una serie de infracciones dañosas[207]. Por lo demás, también en estos sistemas existe discusión sobre aspectos de los tipos penales: el deber de fidelidad en los "administradores de hecho", los "negocios de riesgo" y el "perjuicio patrimonial".

Comparando el modelo genérico alemán (denominado modelo de la "cláusula general" por su amplitud) con el más preciso de los países románicos, se puede constatar que el primero tiene la ventaja de ser capaz de albergar casos que no son abarcados por los tipos de "infidelidades" específicas. Pero un tipo penal tan amplio puede generar dudas sobre su constitucionalidad, algo que –como ya se vio– también ha ocurrido en Alemania, pese a lo cual muchos otros autores (y finalmente la jurisprudencia constitucional alemana) prefieren precisamente esta amplitud por su tendencia a llenar (supuestos) vacíos de punibilidad y critican al modelo románico que, aparte de los vacíos de punibilidad, también atentaría contra el principio de igualdad (trato penal diferenciado según grupos de personas), entorpecería el desarrollo de una dogmática armoniosa para todos los delitos contra el patrimonio, y que, en última instancia, incluso provocaría el recurso a otros tipos penales para el llenado de los vacíos incrementando (inútilmente) la actividad legislativa[208].

La solución más taxativa, en cambio, se limita a conductas supuestamente más graves para el bien jurídico. Pero la taxatividad tiene el precio de dejar vacíos que, en un mundo tan dinámico como el económico, podrían llegar a ser serios. En los propios países románicos, se critica la estrechez del tipo de "administración desleal" como delito societario. Así en España se ha dicho que el legislador penal debió haber dado una protección más amplia al patrimonio y no restringirla al ámbito de las sociedades[209]. Por otro lado, no hay

---

bien jurídico colectivo de carácter económico: el "correcto funcionamiento de las sociedades"; al respecto críticamente, MATA MARTÍN, p. 146.

[206] Ver c. refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", p. 333 y s.

[207] Más sobre esto, refiriéndose a la situación en España antes de la introducción del tipo mediante el CP de 1995, MATA MARTÍN, p. 142, 143.

[208] Cfr. RÖNNAU, Die Zukunft..., p. 753.

[209] MATA MARTÍN, p. 143.

que olvidar que muchos de los problemas discutidos en Alemania también dependen de la diferente estructura de su tipo de "apropiación indebida" o "apropiación ilícita" (art. 246 StGB). Puesto que en la cultura jurídico-penal románica la "apropiación indebida" no se restringe a la propiedad de "cosas muebles" (el objeto puede ser p. ej. en el art. 252 español cualquier otro "valor patrimonial"), no se necesita allí un concepto de "patrimonio" tan amplio como el alemán para los casos de "administración desleal (societaria)" del art. 295 CP pero puede abarcar casos que en Alemania sería de "infidelidad patrimonial"[210].

Pese a los inconvenientes señalados, si se tomara en serio el principio constitucional de taxatividad y seguridad jurídica, se debería preferir alguno de los modelos que existen en los países románicos. Así, TIEDEMANN recomienda el modelo de la legislación penal de algunos países románicos que siguen el modelo francés del "abus de biens sociaux"[211]. Y también hay doctrina alemana que recomienda, para la reforma, seguir el modelo español[212]. Otros son algo más escépticos al respecto, aunque consideran que se trata, en última instancia, de una cuestión de ponderación en qué medida deba recurrirse al derecho penal y dejar a otras áreas del Derecho el tratamiento de algunos casos[213]. No hay proyectos oficiales al respecto, pero sí una iniciativa privada de profesores europeos (liderados por Tiedemann) que proponen introducir, a nivel del Derecho supranacional europeo, un tipo específico de "administración fraudulenta de negocios" que tiene el siguiente tenor[214]:

1. Será castigado con... quien teniendo capacidad de decisión en una sociedad comercial, especialmente en una Sociedad Privada Europea, y violando su obligación de salvaguardar los intereses patrimoniales de la sociedad, realice u omita actos a sabiendas de que ocasionarán un perjuicio económico a la sociedad. La aminoración del valor económico del patrimonio de la sociedad supone también un perjuicio patrimonial.
2. Sociedad comercial son aquellas a las que se refiere la Directiva CE de 16 de noviembre de 1990, aunque estén en fase de fundación o liquidación.

---

[210] PERRON, "Probleme und Perspektiven...", p. 232 y s.

[211] TIEDEMANN, c. más refs., "GmbH-Strafrecht", p. 17; últimamente en "Wirtschaftsstrafrecht BT", p. 8, n. marg 3, p. 237 y ss., esp. n. marg. 390a-390b; ver también "Derecho penal económico P. E.", p. 59, n. marg. 3.

[212] PERRON, "Probleme und Perspektiven...", p. 219 y ss., 232 y ss.

[213] Analizando ampliamente distintos modelos anglosajones y románicos, RÖNNAU, "(Rechts-) Vergleichen de...", p. 299 y ss.; sobre el Derecho románico en especial, ibídem, p. 313 y ss., su conclusión ponderadora final e p. 323 y s.

[214] Ver en Tiedemann/Nieto Martín (coordinadores), "Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unió Europea", Cuenca (España), 2003, p. 157.

3. Cuando existe un grupo de sociedades no se considera que una sociead ha sido perjudicada, si va a ser compensada a través de una ventaja futura y altamente probable que resulte de su pertenencia al grupo.

En el proceso de reforma alemana, hay propuestas para concretar más el círculo de autores. En especial ha tenido buena acogida la propuesta del Proyecto de 1962 (art. 263), pues concreta el círculo de autores, así como la acciones típicas a la vez que evita la casuística de otros proyectos[215].

La principal diferencia entre el modelo germánico de la "infidelidad" y el románico de la "administración desleal", en lo que se refiere a las sociedades comerciales, estaría en que el primero tendería a proteger los intereses de los socios, mientras que el segundo también quiere proteger directamente los intereses de los acreedores[216].

No obstante, desde la perspectiva político-criminal, se puede cuestionar si estos casos no abarcados realmente contienen suficiente injusto punible y deben ser perseguidos penalmente. Con la reforma de 1998, el legislador penal alemán parece haber afirmado esto y se ha visto ratificado por la jurisprudencia constitucional (al respecto arriba en 3.1).

En **Paraguay**, el CP de 1997 prevé un tipo de "lesión de confianza", modificado mínimamente en la redacción ("obligación" por "responsabilidad" en el primer párrafo primera alternativa) en el 2008. El texto dice lo siguiente:

1. El que en base a una ley, a una resolución administrativa o a un contrato, haya asumido la obligación de proteger un interés patrimonial relevante para un tercero y causara o no evitara, dentro del ámbito de protección que le fue confiado, un perjuicio patrimonial, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.
2. En los casos especialmente graves la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años. No se aplicará el párrafo anterior cuando el hecho se refiera a un valor menor de diez jornales.
3. Se aplicarán los incisos anteriores aun cuando careciera de validez la base jurídica que debía fundamentar la responsabilidad por el patrimonio.
4. En lo pertinente, se aplicará también lo dispuesto en los artículos 171 [persecución de hechos en el ámbito familiar o doméstico] y 172 [persecusión de hechos bagatelarios].

---

[215] Cfr. en este sentido positivo, SCHÜNEMANN en LK § 266, n. marg. 267, p. 875; TIEDEMANN en LK, vor §§ 263 y ss., n. marg. 16, p. 7.

[216] TIEDEMANN, c. más refs., "Wirtschaftsstrafrecht BT", p. 239, n. marg. 390b; "Derecho penal económico P. E.", p. 339 y s., n. marg. 382 (refiriéndose en esta edición sólo al Derecho alemán).

Tras un primer análisis del sistema penal paraguayo y del art. 192 se puede deducir lo siguiente:

1. El tipo de "lesión de confianza" es muy similar al de "infidelidad patrimonial" alemán (art. 266 StGB). La redacción del tipo básico coincide ampliamente con el tipo de "abuso" alemán (primer párrafo, primera alternativa), aunque evita el término "abuso" y excluye la alternativa germana de "quebrantamiento de fidelidad".
2. El tipo paraguayo también es un tipo de lesión al bien jurídico patrimonio y no requiere "enriquecimiento".
3. A diferencia del tipo alemán, el paraguayo precisa que también son válidos los actos de disposición patrimonial basados en actos sin validez jurídica.
4. También a diferencia del tipo germano, el tipo paraguayo prevé casos atenuados, agravados y una cuantía mínima para la persecusión penal.
5. De manera similar al sistema alemán el CP paraguayo distingue, según la gravedad de la punibilidad, entre "crimen" y "delito". En el caso de estos últimos la punibilidad de la tentativa debe ser expresamente prevista en el tipo legal (art. 27, n° 1). Según este sistema, la "lesión de confianza" sería tan solo un "delito" (prisión de hasta cinco años), cuya tentativa es impune. Luego, también aquí podría surgir la discusión alemana sobre el "peligro al patrimonio" como "perjuicio patrimonial" para cubrir los vacíos del sistema.

El CP paraguayo no conoce tipos autónomos de "peculado" y "malversación", motivo por el cual, en caso de querer sancionar la conducta de aquel funcionario público que, abusando de su función de administrar bienes del Estado y en contra de sus deberes los aprovechare en provecho propio o de terceros, tendría que aplicarse este artículo o el referido a la apropiación indebida (art. 160) o hurto (arts. 161 y ss.).

Finalmente, el tipo penal paraguayo de "apropiación (indebida)" (art. 160), siguiendo la línea germana, se refiere a una "cosa mueble ajena" por lo cual no podría cubrir los casos de apropiación de otros "valores patrimoniales" ajenos distintos, como hacen los tipos románicos, y que llenan así posibles vacíos dejados por su modelo más taxativo.

Aun cuando los modelos románicos (como los de España, Brasil y Perú) puedan pecar por defecto, el derrotero marcado parece ser preferible a la insalvable indeterminación del tipo germano del art. 266 StGB: "el reparto de las distintas constelaciones de hechos en diferentes tipos especiales adecuados

a cada una de las circunstancias, hace que sea posible formular de manera más precisa cada uno de los distintos elementos típicos"[217].

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: "Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano", 2da. edición, Lima, 2003; "Autoría y participación y los delitos de infacción del deber", Revista Penal N° 14 (2004), España, p. 3-23 [en este libro: p. 377-410].

CRAMER, Peter/PERRON, Walter: comentarios previos a los arts. 263 y ss (vor §§ 263 ff.) del C. P. alemán, en Schönke/Schröder, "Strafgesetzbuch", 28va. ed., Múnich, 2010, p. 2311-2313.

DEL ROSAL B., Bernardo: "Algunas reflexiones sobre el delito de administración societaria desleal", en: Quintero Olivares/ Morales Prats, "El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor J. M. Valle Muñiz", Pamplona 2001, pp. 1249-1270.

DIERLAMM, Alfred: "Untreue – ein Auffangtatbestand?", NStZ 1997, pp. 534-536.

JAKOBS, Günther: "Die objektiv-individuelle Schadensermittlung beim Betrug - OLG Köln, NJW 1976, 1222", Jus 1977, p. 228-231.

JOECKS, Wolfgang, "Studienkommentar StGB", 9te. ed., Múnich, 2010.

KARGL, Walter: "Die Missbrauchkonzeption der Untreue (§ 266 StGB)", ZStW 113 (2001), pp. 565-596.

KINDHÄUSER, Urs: "Strafrecht. Besonderer Teil II. Straftaten gegen Vermögenswerte", 6ta. ed., Baden-Baden. 2011.

KÜPER, Wilfried: "Strafrecht Besonderer Teil. Definitionen mit Erläuterungen", Heidelberg 8va. ed., Heidelberg, 2012.

LABSCH, Karl Heinz: "Grundprobleme des Mißbrauchstatebstands der Untreue", Jura 1987, pp. 343-352, 411-419.

LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian: Strafgesetzbuch, 26ta. ed., Múnich, 2007.

MATA MARTÍN, Ricardo M.: Responsabilidad penal del administrador societario desleal. Estudio del delito del artículo 295 del Código Penal", Revista de Derecho de Sociedades (RdS), número 13 (2000-2), ed. Aranzadi.

MAURACH, Reinhart/ SCHROEDER, F. C./ MAIWALD, Manfred: "Strafrecht BT", tomo 1, 9na ed., Heidelberg, 2003, p. 574 y ss.

---

[217] PERRON, "Probleme und Perspektiven...", p. 233 y s. La experiencia práctica alemana demostraría que, si bien el TFA es muy cauto en la aplicación del tipo y lo restringe a los casos realmente más graves, no sucedería lo mismo en los tribunales inferiores, las fiscalías y la labor forense: el tipo de "infidelidad patrimonial" sería utilizado hasta en los casos más dudosos con el fin de alcanzar siquiera una compensación económica por la prevista aplicación del principio de oportunidad (art. 153a StGB); ver ibídem, p. 232.

MITSCH, Wolfgang: "Die Untreue – Keine Angst vor § 266 StGB", JuS, pp. 97-103.

PERRON, Walter: comentarios al art. 266 del Código penal alemán (§ 266 StGB) en Schönke/Schröder, "Strafgetzbuch", 28va. ed., Múnich, 2010, pp. 2444-2478; "Probleme und Perspektiven des Untreuetatbestandes", GA 2009, p. 219-234; "Bemerkungen zum Gefährdungsschaden bei der Untreue", FS Tiedemann, Colonia, 2008, pp. 737-748.

PRADO, Luis Regis: "Curso de Direito Penal Brasileiro", volumen 3, 5ta. Edición, Sao Paulo, 2008.

RENGIER, Rudolf: "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 2da. ed., Múnich, 2010.

RICHTER, Hans: "Der Konkurs der GmbH aus der Sicht der Strafrechtspraxis", GmbH-Rundschau 1984, pp. 113-121, 137-150.

RÖNNAU, Thomas: "(Rechts-)Vergleichende Überlegungen zum Tatbestand der Untreue", ZStW 122 (2010), pp. 299-324; "Die Zukunft des Untreuetatbestandes", StV 2011, p. 753-762.

SCHÜNEMANN, Bernd: Comentarios al art. 266 StGB en Leipziger Kommentar (LK), tomo 9, parte I (arts. 263-266b), 12da. ed., Berlín, 2012; "Zur Quadratur des Kreises in der Dogmatik des Gefährdungsschadens", NStZ 2008, pp. 430-434; "Der Bundesgerichtshof im Gestrüpp des Untreuetatbestandes", NStZ 2006, pp. 196-203; "Die 'gravierende Pflichtverletzung' bei der Untreue: dogmatischer Zauberhut oder taube Nuss?", NStZ 2005, pp. 473-476.

TIEDEMANN, Klaus: comentarios previos a los arts. 263 y ss. (vor §§ 263 ff.) y comentarios al art. 263 StGB (§ 263) en "Leipziger Kommentar" (LK), tomo 9, parte I (arts. 263-266b), 12da. ed., Berlín, 2012; "Manual de Derecho penal económico. Parte especial" (traducción basada en la 2da. edición alemana de 2008), Lima, 2012; "Derecho penal económico. Introducción y parte general" (traducción basada en la 2da edición alemana de 2007), Lima, 2009; "Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil", 3ra. ed., Colonia, 2010; "Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil", 3ra. ed., Múnich, 2011; "Zu den Vermögensbetreuungspflichten des Vorstands einer AG", JZ 2005, p. 45 y ss.; "Der Untreuetatbestand – ein Mittel zur Begrenzung von Managerbezügen?", FS Ulrich Weber, 2004, p. 319 y ss.; "Zur Vermögensbetreuungspflicht bei Unternehmensberatung", ZIP 2004, p. 2440 y ss.; "Zur Untreue bei Anerkennungsprämien für Vorstandsmitglieder ('Mannesmann')", ZIP 2004, p. 2056 y ss.; "GmbH-Strafrecht", Colonia, 2002.

WEBER, Ulrich: en Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, "Strafrecht. Besonderer Teil", 2da. ed., Bielefeld, 2009.

WESSELS, Johannes/HILLENKAMP, Thomas: "Strafrecht. Besonderer Teil. Straftaten gegen Vermögenswerte", 33ra. ed., Heidelberg, 2010.

Últimos cambios en la legislación peruana anticorrupción

En mayo de 2011, se promulgó y publicó la Ley 29703, la cual introdujo modificaciones en algunos tipos de los delitos contra la administración pública y, como gran novedad, introdujo una nueva figura penal: el *soborno internacional pasivo* (nuevo artículo 393-a). Sorpresivamente, dos meses después, mediante la Ley 29758 de 21-07-2011, se volvió a modificar gran parte de lo que se acababa de cambiar; sobre todo los tipos de "colusión" y "tráfico de influencias", pero también mínimamente los de "peculado" y "enriquecimiento ilícito", así como la regla de la "inhabilitación accesoria y especial".

En agosto de 2013, la legislación penal peruana tuvo otra vez importantes modificaciones (Leyes 30076 y 30077), pero estas casi no han afectado, *en lo material*, el modelo vigente en la lucha contra la corrupción. Y es que, aun cuando también se hubiera tomado como referencia, entre otros grupos de delitos, a los delitos contra la administración pública (art. 3, número 19, de la Ley 30077) para la aplicación de la ley a una *organización criminal*, se trata de reglas referidas mayormente a la investigación y el procesamiento penal de los delitos. Y si bien, también para los delitos que ahora nos interesan, son aplicables las consecuencias jurídicas previstas en los arts. 21 (inhabilitación), las agravantes (art. 22) y las consecuencias accesorias dirigidas a personas jurídicas (art. 23) de la Ley 30077, esto sólo los afectará cuando, en la comisión del delito respectivo, se verificara la existencia de una "organización criminal" y siempre que esta circunstancia estuviera prevista en el tipo penal pertinente como causal de agravación (art. 3 Ley 30077, al final).

En cambio, las modificaciones introducidas por las Leyes 29703 y 29758 sí son trascendentales para la interpretación y aplicación de los tipos penales contemplados como delitos contra la administración pública. A continuación se analizarán estas modificaciones para verificar si el legislador penal peruano se encuentra realmente avocado en una seria lucha contra la corrupción o si tan solo se trata de una legislación penal simbólica.

Pero conviene hacer una aclaración previa: el presente análisis se concentra sobre todo en las modificaciones que afectan la *lucha contra la corrupción de funcionarios públicos*. Esto presupone una selección de aquellos tipos considerados como dentro del término "corrupción de funcionarios públicos", lo cual presupone por cierto también una definición penal de "funcionario público". El Código Penal peruano tan solo incluye dentro del nomen juris "corrupción de funcionarios" diversos tipos de "cohecho" activo y pasivo (arts. 393 a 397), la "negociación incompatible" (art. 399), el "tráfico de influencias" (art. 400) y el "enriquecimiento ilícito" (art. 401); a lo cual se añade, desde hace poco, los tipos de "cohecho transnacional" pasivo (el nuevo art. 393-A), y activo (art. 397-A). El concepto penal de "funcionario público" está previsto en el art. 425, el cual por cierto sólo se refiere a funcionarios "nacionales"[1].

Es verdad que las leyes analizadas en el presente trabajo, así como sus respectivos informes previos se refieren, de manera más amplia, a modificaciones destinadas a "mejorar la redacción de diversos tipos penales relacionados con los *delitos contra la administración pública*" (el resaltado es mío)[2]. Sin embargo, por un lado la mitad de estas modifificaciones afecta a lo que el Código Penal considera bajo el concepto de "corrupción": soborno internacional pasivo, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito. Y por otro lado, en la práctica, los *políticos* y muchas *instituciones* que manejan el discurso de la "lucha contra la corrupción" suelen emplear un concepto más amplio que abarca los demás delitos incluidos en la reforma (por lo menos al "peculado" y la "colusión"). Así, la "Procuraduría especializada en delitos de corrupción" engloba en sus informes los siguientes delitos (en ese orden y con esa terminología)[3]: peculado, colusión, malversación de fondos, cohecho activo genérico, concusión, cohecho pasivo propio, negociación incompatible, peculado por uso, tráfico de influencias, cobro indebido, enriquecimiento ilícito, cohecho activo propio, cohecho activo específico, cohecho pasivo específico, cohecho pasivo genérico, patrocinio ilegal, rehusamiento a la entrega de bienes, corrupción pasiva de auxiliares, peculado por extensión, retardo injustificado de pagos.

Entonces, como es fácil de apreciar, no existe un uso único del término "corrupción de funcionarios", pues si bien, de manera *estricta* podría considerársela equivalente al "cohecho", de manera *amplia* los operadores de la administración de justicia (entre ellos la Procuraduría) incluyen muchos más casos

---

(1) Sobre este concepto penal y su limitación a funcionarios nacionales ver ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", p. 38 y ss., 44 y s.

(2) Ver el informe de la *Corte Suprema de Justicia*, previo a la Ley 29703, "Proyecto de Ley de Reforma...", p. 004.

(3) Ver p. ej. el cuadro referido al "porcentaje de delitos de corrupción a nivel nacional" en el "Balance de gestión octubre 2011-diciembre 2012", p. 19.

de uso abusivo de las funciones públicas (concusión, peculado, colusión, etc.). Y si uno se centrara más bien en el *entendimiento popular* de la "corrupción" (y en eso se basan las encuestas que tratan de captar la "sensación" que tiene el ciudadano sobre el nivel de la corrupción en distintas instituciones), ésta suele ser entendida todavía de manera más amplia pues, como es comprensible, el ciudadano común y corriente no tiene por qué conocer todos los detalles de la tipicidad penal de los tipos conocidos que manejan las instituciones penales. Para el ciudadano, "corrupción" es equivalente con abuso de funciones públicas, con lo cual podría incluso referirse a casos penalmente atípicos, aunque claramente abusivos; p. ej., en Alemania se ha discutido la posibilidad de considerar como "corrupción" típica, subsumiendo los hechos como "cohecho" o, por lo menos, "corrupción privada", la conducta de los médicos de consultorios privados o clínicas ("médicos de contrato") que recibían diversas ventajas por parte de empresas farmacéuticas por recetar a sus pacientes asegurados (por la seguridad social, quien pagaba al médico los honorarios por la atención) el medicamento producido por estas empresas; finalmente la jurisprudencia ha descartado la punibilidad debido a la imposibilidad de considerar al médico como funcionario público para efectos penales[4].

Entonces, una *definición amplia*, no restringida a lo dogmático-penal, de "corrupción", que pudiera incluso servir como base de trabajo para futuras mejoras de los tipos penales, tendría que abarcar los casos más graves en los cuales un sujeto que ocupare un puesto que le hubiera sido confiado por una organización de relevancia social (la administración pública nacional, las extranjeras, organizaciones internacionales, empresas) para que tome decisiones de manera objetiva, imparcial, respetando las leyes, reglamentos o estatutos de la organización, abusare del poder conferido defraudando así tal expectativa. La configuración concreta del "abuso" depende de la técnica penal que se aplique según la gravedad de la conducta: podría, de manera amplia, bastar con la infracción de deberes funcionariales o, de manera más restrictiva, incluir contraprestaciones, beneficios para sí u para otro.

Vistas las cosas en este último sentido, dentro del concepto amplio "corrupción de funcionarios" también podrían incluirse otros tipos penales vigentes ubicados fuera de la sección IV (corrupción de funcionarios) y de la sección III (concusión) del título XVII (delitos contra la administración pública) del CP peruano; p. ej. los "nombramientos ilegales" del art. 381. Pero

---

[4] Ver sobre estos casos, TIEDEMANN, "Derecho penal económico P. E.", n. marg. 210a y ss., p. 215 y ss. Finalmente el Tribunal Constitucional alemán consideró que el "médico" no entraría ni dentro del concepto penal de "funcionario público" (art. 11, párrafo 1, N° 2, letra c StGB) ni del concepto "encargado" de las empresas de seguros de salud de tipo de "corrupción privada" (art. 299, segundo párrafo StGB); ver el texto de la sentencia en wistra 2012, p. 341 y ss. Pese a que la doctrina ha exigido una reforma pertinente (ibídem, n. marg. 210d, 213, p. 218, 219 y s. correspondientemente), el correspondiente proyecto de ley no ha sido finalmente aprobado por el Congreso en el 2013.

también podrían incluirse actos considerados, por política criminal, con suficiente injusto penal pese a que la ley penal no los hubiera tipificado: ello ocurría anteriormente en el Perú con los actos de corrupción transnacional, punibles ahora según los arts. 393-A (cohecho pasivo transnacional) y el art. 397-A (cohecho activo transnacional), pero sigue ocurriendo con otras conductas todavía atípicas como la "corrupción privada".

1. El "soborno internacional pasivo" (nuevo art. 393-A)[5]

En primer lugar, se debe resaltar un hecho positivo: la tan esperada[6] introducción de la figura de "soborno internacional pasivo" o "corrupción (pasiva) transnacional" o "cohecho transnacional pasivo".

En la llamada **corrupción transnacional**[7] o **internacional**, al igual que en los tipos tradicionales de cohecho, se producen actos de "soborno" (compra-venta de la función pública) entre particulares y funcionarios públicos, pero, visto desde la perspectiva del país directamente afectado, el funcionario público no tiene el status de funcionario nacional, sino de uno extranjero. Por este motivo, anteriormente al no haberse previsto tipos penales específicos, la conducta solía quedar impune en aquellas legislaciones penales tradicionales que hubieran vinculado el concepto de "funcionario público" solamente con funciones nacionales; en el caso peruano, la definición penal de funcionario público nacional estaba y está aún prevista en el art. 425 del CP y no incluye expresamente a funcionarios extranjeros o similares.

Pero, desde hace algún tiempo, la doctrina penal, influida por la discusión proveniente del Derecho internacional público, ha comenzado a admitir la lesividad de las conductas de corrupción transnacional, no solamente para el país de origen del "funcionario público" (donde se afecta claramente el funcionamiento de la administración pública), sino también para el país del sobornador. Y como este último, en los casos más escandalosos que incluso afectaban las relaciones económicas internacionales, era empleado de una em-

---

[5] ***Artículo 393-A. Soborno internacional pasivo***

El funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público que acepta, recibe o solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.

[6] Había incidido en llenar este vacío ya desde la primera edición de mi libro "Los delitos contra la administración pública...", (Lima, 2001, p. 364 y ss.); ver en la segunda edición (Lima, 2003), p. 417 y ss.; también en "La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado", p. 313 y ss. Últimamente en "Vacíos en la legislación peruana...", p. 220 y ss. [En esta compilación, los dos últimos artículos se encuentran en las pp. 701-746 y pp. 747-793, respectivamente]

[7] Al respecto ver PIETH, p. 758 y ss.; más refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública..."; p. 418 y s.

presa (transnacional) poderosa, los acuerdos internacionales sólo consideraron, desde el inicio, la problemática como un asunto relacionado con la libre y leal competencia. Así, entre muchos otros instrumentos de Derecho internacional público, han tenido influencia mundial en las legislaciones penales, el "Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales" aprobado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (más conocida como OECD por sus siglas en inglés) el 21 de noviembre de 1997 (publicado el 17-12-97) y la "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción" de 31 de octubre de 2003 (vigente desde 14-12-2005)[8].

En Latinoamérica, ha sido de gran trascendencia la "Convención Interamericana contra la corrupción" de 29-03-1996[9]. Pese a sus limitaciones técnicas (sólo se refiere a la "corrupción activa", exige que la actividad funcionarial esté relacionada con actividades de naturaleza comercial o económica y, por otro lado, tampoco prevé la "corrupción privada") ha influido decisivamente en las legislaciones de la región. Muchos países latinoamericanos han cumplido gradualmente con el compromiso internacional introduciendo el respectivo tipo penal: Argentina, mediante la Ley 24.759 de 1997[10]; Chile, mediante la Ley 19.829 de 08-10-02[11]. El Perú había ratificado la Convención el 24 de marzo

---

[8] Sobre estos y otros instrumentos de Derecho internacional público y su influencia en la legislación nacional en la lucha contra la corrupción (en Alemania y los países de la UE) que ha llevado a introducir los tipos de "corrupción transnacional" y "corrupción privada" ver, c. más refs. TIEDEMANN en LK, vor § 298, p. 263 y ss.; HEINE en Schönke/Schröder, vor §§ 299 ff., n. marg. 1 y ss., p. 2637 y s.; § 331, n. marg. 1d, p. 2903 y s.

[9] ***Artículo VIII de la Convención:*** *"Soborno transnacional: Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial...".*

[10] ***Art. 258bis:*** *"Será reprimido con reclusión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionados con una transacción de naturaleza económica o comercial".*

[11] ***Art. 250bis A:*** *"El que ofreciese dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales, será sancionado con las mismas penas de reclusión, multa e inhabilitación establecidas en el inciso primero del artículo 248 bis. De igual forma será castigado el que ofreciere dar el aludido beneficio a un funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas.*

El que, en iguales hipótesis a las descritas en el inciso anterior, consintiere en dar el referido beneficio, será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo, además de las mismas penas de multa e inhabilitación señaladas."

de 1997, pero recién introdujo el correspondiente tipo penal de "cohecho activo transnacional" (art. 397-A) el año 2009 con la Ley 29316 (publicada el 14-01-2009).

Todas estas tendencias internacionales coinciden en que las conductas no pueden ser (o seguir siendo) toleradas, pues de ser así, se generaría todo un ambiente de *corrupción estructural* o, peor aún, de *corrupción institucionalizada*[12] no solamente en el país huésped, sino también en el país de la empresa corruptora. Así, se ha observado que las empresas transnacionales tienden a elaborar, desde el principio, estrategias en las que se prevén partidas especiales para actividades corruptoras, y aprovecharse de su poder para presionar y chantajear a la clase política de los países huéspedes con el resultado de una espiral de corrupción y graves consecuencias económicas para estos países (huéspedes) y sus ciudadanos. Pero también se han observado graves efectos dañosos en el país de las empresas: su industria pierde confianza internacional, con la consiguiente afección del sistema competitivo nacional[13]. Un ejemplo especialmente escandaloso ha sido la situación en Alemania hasta antes de la reforma penal de 1998, pues incluso el Derecho tributario permitía deducir tributariamente a empresas nacionales que actuaran en el extranjero aquellos "gastos empresariales" hechos en actividades corruptoras en el extranjero; esta situación ha sido modificada gracias a los correspondientes cambios en la legislación tributaria y la adición específica de un tercer párrafo en el art. 299 del StGB referido a los actos de corrupción privada cometidos en el extranjero[14]. Dado que los países menos desarrollados se encuentran presionados por el deseo de atraer capitales, usualmente no reprimen penalmente estas prácticas.

Ahora bien, a pesar del avance que implica la introducción de tipos penales para combatir este tipo de corrupción, no obstante se ha criticado, y con razón, que todavía es insuficiente. Así, a veces (como ocurría en Perú antes de la reforma comentada) sólo se penaba el "soborno a funcionarios extranjeros",

---

***Art. 250bis B**: Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se considera funcionario público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa de servicio público. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.*

(12) Sobre estos y otros tipos de corrupción ver, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "La lucha contra la corrupción...", p. 276 y ss. [en esta compilación ver p. 703 y ss.].

(13) Ver TIEDEMANN, "Poder económico y delito", p. 65.

(14) La reforma de 1998 trajo consigo la Ley de lucha contra la corrupción internacional de 10-09-1998 (IntBestG) que, cumpliendo con los compromisos internacionales, prevé los tipos de cohecho transnacional activo y pasivo; paralelamente, a partir de la Ley de descarga tributaria de 1999, se prohíbe expresamente la posibilidad de deducir tributariamente los sobornos efectuados en el extranjero ("gastos útiles"). Al respecto ver TIEDEMANN, en LK, vor § 298, p. 264 y s.; "Schmiergeldzahlungen...", p. 765 y ss.; últimamente, c. más refs., "Strafrecht. BT", n. marg. 215, p. 149 (también en "Derecho penal económico P. E.", n. marg. 216, p. 149).

o sea el "cohecho activo", con lo cual se dejaba de lado a la parte "pasiva" (los funcionarios públicos extranjeros u otros). O, como todavía ocurre, aun cuando se incluya la punición del soborno pasivo, se añaden otros elementos que restringen la aplicabilidad del tipo (p. ej. que el sobornador radique en el país o que los actos de corrupción estén vinculados con "actividades competitivas").

Aunque el domicilio del sobornador ya no suele ser incluido como elemento del tipo[15], el elemento que vincula el acto de corrupción con las actividades económicas de empresas todavía subsiste en muchos países. Pero, tal como observa gran parte de la doctrina, aquí no se trata solamente de un delito económico en el sentido de que afecte la "competitividad" de las empresas, sino, sobre todo, del "correcto funcionamiento de la administración pública"[16]. Si solamente se tratare del "falseamiento de las condiciones de competencia leal a nivel internacional", el tipo penal debería ubicarse dentro del grupo de los delitos económicos[17].

La explicación de este desarrollo internacional está en su origen. Es así que el impulso fue dado por la legislación norteamericana, la cual, consecuente con la protección de la libre competencia, ha tenido una labor pionera en la lucha contra la "corrupción transnacional". Así, ya desde 1977 rige en los EEUU la "Foreign Corrupt Practices Act" que persigue penalmente en territorio nacional (o sea el norteamericano), entre otras conductas, los actos de corrupción de funcionarios llevados a cabo por ciudadanos norteamericanos incluso en el extranjero; y también se dirige esta figura contra la corrupción de funcionarios, políticos o candidatos políticos en el extranjero; es más, incluso se persigue a extranjeros que hubieran cometido estas conductas en el extranjero en el marco de actividades competitivas de empresas norteamericanas (principio de los "efectos en el mercado nacional")[18]. Como nos muestra entonces su origen, este tipo está destinado a proteger más bien la competencia entre grandes empresas transnacionales. En el fondo, se buscaba que las empresas norteamericanas (que por razones políticas se vieron sancionadas

---

[15] Este cambio es, por cierto, la consecuencia lógica del desarrollo de la idea de la competencia como bien jurídico universal; al respecto y en este sentido, TIEDEMANN en LK, § 299, n. marg. 66, p. 348 y s.

[16] En este sentido ver las críticas que hacían MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/Morales Prats al tipo penal español de "corrupción en las transacciones comerciales internacionales" (art. 445), 4ta. ed., p. 2194. Ellos sugerían consecuentemente renunciar a introducir un tipo penal específico y ampliar, más bien el concepto penal de "funcionario público" previsto en la cláusula respectiva (para abarcar a los funcionarios extranjeros) y, en la parte especial, que se prevea una modalidad agravada de cohecho que tenga que ver con "transacciones económicas internacionales".

[17] Atinada observación hecha, en su momento, por RODRÍGUEZ PUERTA al tipo español del art. 445 (tras la reforma del 2010), ver en Quintero Olivares (director), 6ta. ed., tomo II, p. 1314.

[18] Al respecto ver ampliamente TIEDEMANN, "Delinquenzverhalten...", p. 32 y ss.; igualmente en "Poder económico y delito", p. 62 y ss.

antes que las europeas) pudieran competir, en igualdad de condiciones, con las grandes empresas europeas a las cuales sus gobiernos no solamente no controlaban, sino incluso promovían en sus actividades de corrupción activa en el extranjero.

El nuevo tipo penal peruano del art. 393-A se limita a la "corrupción pasiva" de funcionarios públicos extranjeros. Para la "corrupción activa" ya existía un tipo dado en 2009 por la Ley N° 29316, pero el proyecto presentado por la Corte Suprema de Justicia[19] sugería un nuevo texto que iba a modificar al artículo 397-A (cohecho activo transnacional)[20]. La modificación sugerida, en realidad no traía cambios significativos (salvo por la redacción y un mínimo más favorable de cuatro años en vez de los cinco del texto vigente)[21].

El tipo de "cohecho pasivo transnacional" era necesario, pues no es irreal que un particular peruano recurra al soborno para obtener ventajas de parte de un sujeto que trabaje para una administración pública (p. ej. embajada, consulado, agregaduría, etc.) extranjera o una organización internacional. Pero el acto mismo de "comprar" y "vender" la función pública tiene ya suficiente injusto penal y, por eso, los tipos de corrupción pasiva y activa (soborno) no tendrían por qué vincular el acto de corrupción con la lucha competitiva ("... para obtener o retener un negocio..."); y aunque a continuación el propio tipo penal parece abrir el concepto para admitir otros casos ("... u otra ventaja indebida..."), la interpretación podría teleológicamente restringir la aplicación del tipo a casos de lucha competitiva, tal como ocurre en Alemania (aunque allí con una base legal más estricta). P. ej. si se sobornara a un empleado de una organización internacional para que ésta financie un proyecto en territorio

---

[19] Proyecto de Ley N° 4187/2010-P-PJ (denominado "Delitos contra el patrimonio del Estado"), presentado el 2 de febrero de 2011, y que desembocó en la primera ley de reforma (la Ley 29703).

[20] ***Artículo 397-A. Cohecho activo transnacional***
El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años.

[21] El texto del tipo sugerido que iba a llamarse (en consonancia con la terminología internacional que es distinta de la penal) "soborno internacional activo": "El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario público extranjero o de una organización internacional pública, cualquier ventaja o beneficio, para que realice u omita actos en el ejercicio de sus funciones oficiales, que permita al agente conseguir o conservar un contrato u otro beneficio indebido, en relación con la realización de actividades económicas internacionales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años". Ver artículo 2 de la Exposición de Motivos de la Corte Suprema, p. 10. El fundamento de esta modificación (incluyendo el cambio de nomen juris de "cohecho" por "soborno") habría sido el de haber tratado de armonizar la ley penal nacional con el artículo 16 de la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción: "Se ha procurado mantener el contenido de la cláusula del Tratado para adecuarnos a las exigencias típicas del instrumento internacional"; ver ibídem, p. 6 y s.

nacional, pese a que la parte beneficiada no cumple con los requisitos mínimos exigidos; o para obtener una beca de estudios, etc.

Por todo esto, no es errado afirmar que los tipos de soborno transnacional (activo y pasivo) peruanos, así como han sido concebidos, en realidad tienen más cercanía con delitos económicos y deberían ser ubicados allí, pese a que el legislador penal peruano hubiera querido comprensiblemente seguir la lógica del CP peruano para los delitos de cohecho nacional ubicando el "soborno internacional pasivo" junto con los tipos de "cohecho pasivo" nacional (arts. 393 y ss.) y al "soborno internacional activo" junto con los tipos de "cohecho activo" nacional (arts. 397 y ss.).

De lege ferenda, sin embargo, el soborno transnacional, como tipo básico, debería más bien centrarse en el acto de corrupción activo y pasivo de funcionarios públicos extranjeros de manera paralela a lo que ocurre con los tipos de cohecho de funcionarios públicos nacionales. Esto sí justificaría su actual ubicación, aunque el carácter transnacional podría justificar perfectamente un capítulo especial que prevea otros detalles. Así, este capítulo especial podría establecer, además de los tipos básicos de soborno transnacional (sin el elemento "competitivo"), tipos penales *adicionales* de soborno transnacional vinculados con "actos competitivos" o "ventajas comerciales", actividades deportivas, médicas, etc.

Por último, también hubiera sido necesario introducir, de manera paralela a lo previsto en el artículo 425 para los funcionarios públicos nacionales, una *definición penal* del "funcionario público extranjero", tal como p. ej. ha hecho el legislador penal chileno en el art. 250bis B. En la situación actual, para la interpretación de este elemento se tendrá que recurrir a los instrumentos de Derecho internacional público[22]. En nuestro caso, la fuente más general y reciente a la que podríamos recurrir interpretativamente podría ser la "Convención contra la corrupción" de las Naciones Unidas, la cual proporciona varias definiciones, entre ellas, las de "funcionario público" (nacional), "funcionario público extranjero" y "funcionario de una organización internacional pública"[23]. De lege fe-

---

[22] En Alemania, p. ej., para los casos de "corrupción internacional", previstos en una ley especial (la IntBestG de 10-09-98), se tiene que recurrir a los tratados de la OCDE; ver HEINE, c. más refs., en Schönke/Schröder, § 331, n. marg. 1d, p. 2903 y s.

[23] *Artículo 2*
Definiciones
A los efectos de la presente Convención:
a) Por "funcionario público" se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como "funcionario público" en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por "funcionario público" toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;

renda, en un capítulo especial sobre "soborno transnacional" también podrían incluirse estas y otras definiciones necesarias.

2. El "abuso de autoridad" (art. 376)

La Ley 29703 ha introducido cambios en esta figura, cambios que no han sido luego afectados por la Ley 29758. En relación con el tipo vigente hasta mayo de 2011 (modificado por la Ley 28165 de 10-01-2004) hay dos cambios importantes:

En primer lugar, la redacción del tipo exige ahora expresa y claramente la "causación de un perjuicio grave a alguien". Esto es importante porque anteriormente, con el elemento "en perjuicio de alguien" se podía entender que se trataba de un tipo de "idoneidad", es decir, que la conducta abusiva estaría destinada a causar tal perjuicio, mientras que ahora se necesita la *causación efectiva* de tal perjuicio, perjucio que además debe ser *grave*. Tal como también afirman los informes que sustentan la reforma, la modificación busca atender al cumplimiento de los principios de subsidiaridad y fragmentariedad para concentrar la persecución penal a casos que realmente interesan al Derecho penal, dejando los demás a la "dilucidación administrativa"[24]. Entre otras, las consecuencias de esto es que se han mejorado las posibilidades de "desistimiento" para el sujeto activo (art. 18 CP). En segundo lugar, se ha agravado la penalidad para el tipo básico: un máximo de 3 (antes de 2) años de privación de la libertad.

Por lo demás, sobre la falta de necesidad y legitimidad del tipo de "abuso de autoridad" innominado, debo remitir a lo dicho en un trabajo anterior[25].

3. El "fraude a la administración pública" ("colusión", art. 384)

En la doctrina y práctica peruanas se ha impuesto la denominación "colusión ilegal" para un tipo delictivo que tradicionalmente, y con mayor propiedad, es conocido en otros países como "fraude al Estado" o –con más precisión aún– "fraude a la administración pública"[26]. Y es que el término, como

---

b) Por "funcionario público extranjero" se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública;

c) Por "funcionario de una organización internacional pública" se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre;..."

[24] Ver los fundamentos respectivos en *Comisión de Justicia*, p. 2 y s. (punto 1); *Corte Suprema*, p. 004, punto 1. Ambos documentos, sin embargo, sólo destacan el elemento "gravedad", mas no elemento, también restrictivo, de la exigencia de "causación" efectiva y no mera "idoneidad" o "peligrosidad".

[25] ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", p. 224 y s.

[26] Precisión que he resaltado desde la primera edición de "Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano"; ver en la primera edición (Lima, 2001), p. ; en la segunda edición (Lima, 2003), p. 309.

delito contra la administración pública, es poco técnico: por un lado, el acto de aquel funcionario público que se "colude" con privados siempre tiene que ser ilícito. Por eso, es repetitivo hablar de "colusión ilegal". Pero tampoco es exacto como descripción del injusto contenido en el tipo, porque lo que tiene suficiente contenido de injusto penal no es la "colusión" por sí misma, sino aquella que tiene por objeto o lleva a la *defraudación*, o sea el *perjuicio económico*, a la administración pública.

Esta incongruencia terminológica, junto con otras razones, debe haber motivado al legislador penal peruano a realizar las modificaciones legales que se analizan a continuación, pues el nomen juris ya no es "colusión ilegal", sino simplemente "colusión". Término que tampoco me parece feliz, porque sigue sin describir el verdadero contenido de injusto penal de la conducta descrita, tal como ya se ha explicado.

Como ya afirmaba en un trabajo anterior[27], en este tipo penal, resalta la pésima técnica del legislador nacional, quien sin ninguna sistemática ni espíritu crítico se ha inspirado en modelos extranjeros, introduciendo figuras que se superponen por responder a distintas realidades jurídicas. Así, al seguir principalmente el modelo argentino, el legislador penal peruano decidió introducir, dentro del grupo de los delitos de "corrupción de funcionarios", la "negociación incompatible" (en la versión inicial del CP: art. 397; posteriormente: art. 399). Pero el legislador también incluyó una figura española similar: el "fraude a la administración pública" (art. 436 del CP de 1995) que denominó "colusión ilegal" (art. 384 bajo el grupo de delitos de "concusión"). Por último, probablemente con la intención de cerrar cualquier vacío posible, agregó un tipo penal desconocido en las fuentes argentina y española (aunque conocida en otras como en el CP. colombiano de 1980): el "patrocinio ilegal ante la administración pública" (art. 385 CP). Con esto, además de los tipos bilaterales de "cohecho" se tienen tres figuras adicionales que, en el fondo, tratan de luchar contra la corrupción. Y es que, aunque tanto en la figura bilateral del "fraude" y de las unilaterales de "negociación incompatible" y "patrocinio ilegal" no se exija, para completar el tipo, la prueba de una contraprestación concreta (la "ventaja" para el funcionario público), probablemente todas ellas tengan siempre por trasfondo la obtención de tal ventaja.

En la versión inicial del CP existía una dificultad adicional. El art. 241, numeral tres, contenía un supuesto de "práctica colusoria" (aquí el término sí está bien usado): la formación de un cártel de licitación. Se penaba a los competidores en un remate, licitación o concurso que "concertaren entre sí

---

[27] ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", p. 308 y ss.

con el objeto de alterar el precio". Se trataba de un delito económico (aunque fuera del capítulo destinado a estos) destinado en principio a los particulares que actuaren como agentes económicos. Pero también existía el supuesto agravado para todas las modalidades de que se tratare de un "concurso público de precios o licitación pública" (segundo párrafo). Entonces, si en una licitación fraudulenta como suele ocurrir en la práctica, hubiera intervenido un funcionario público, con los tipos vigentes entonces se hubiera llegado a una situación paradójica: el funcionario público podía intervenir (como partícipe) en el delito del art. 241 y como autor en el delito del art. 384; y los particulares podían intervenir en el primer delito como autores y en el segundo delito (más grave) como partícipes (necesarios). ¡Y todo esto ante los mismos hechos!

El problema ha sido "solucionado" al haberse derogado la tercera modalidad del art. 241 ("cárteles de licitación") por el D. Leg. 1034 de 25-06-2008 (que también derogó una serie de tipos penales económicos contra la libre y leal competencia), por lo que no viene a cuento analizar más al respecto[28], aunque sí deplorar una vez más la desprotección que ahora presenta la legislación penal peruana en lo referente a los ataques contra la libre y leal competencia[29]. En la situación actual, los particulares que participaren en una "colusión" (como quiera que se la defina) con el funcionario público, solamente podrían ser penados como partícipes "necesarios" de este delito, siempre que se dieran los requisitos de esta figura ("aportación mínima")[30].

El injusto descrito por el tipo de "colusión (ilegal)" ha variado notablemente desde su versión inicial. Al principio, en la versión vigente hasta mayo de 2011 (con la modificación de la Ley 26713 pub. el 27-12-1996) se describía al funcionario que "defrauda al Estado... concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones...". Para dotar de mayor efectividad al tipo, propuse en su momento entender el elemento "defraudación", unido con la "concertación", como una "idoneidad" de la figura para causar un "perjuicio patrimonial", o sea, no hubiera sido necesario exigir, para la consumación, la producción efectiva de tal perjuicio[31]. Por cierto que también podía entenderse el tenor literal del tipo como un delito de "peligro" en relación con el

---

[28] Yo había propuesto una solución interpretativa que distinguiera distintos "momentos de realización" para cada caso: para el "fraude", las acciones colusorias entre funcionario y particulares se darían en la ejecución de la contrata, mientras que en el "fraude en concursos, subastas y licitaciones", la conducta típica se realizaría antes o durante el proceso del concurso público; ver ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública", p. 318 y s.

[29] Al respecto ver el análisis y las críticas en: ABANTO VÁSQUEZ, "Delitos contra el mercado...", p. 150 y ss. [en esta compilación ver p. 673 y ss.]

[30] Sobre este tema ver el análisis más extenso en "Participación necesaria...", p. 11 y ss. 25 y ss. [en esta recopilación ver p. 411 y ss., p. 428 y ss.]; y más abajo en 8 a).

[31] ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", p. 312 y s.

perjuicio patrimonial efectivo y verse la "concertación" como una "mera actividad" donde no habría posibilidad para una tentativa. Sin embargo, estas últimas afirmaciones no me parecieron correctas pues, por razones de principio, era mejor interpretar el tipo como uno de "idoneidad", o sea de una conducta típica (concertarse con los interesados) con un nivel de peligrosidad para el objeto del bien jurídico (la posibilidad de causar el perjuicio patrimonial)[32].

Con la Ley 29703, el nomen juris pasó a llamarse "colusión" a secas. La descripción del tipo básico se refiere a aquel funcionario que "mediante concertación ilegal con los interesados defraudare *patrimonialmente* al Estado..." (el resaltado es mío). Con esto, aparte del uso más correcto del subjuntivo futuro en el término defraudar, el injusto penal no ha cambiado sustancialmente pues el núcleo del injusto penal consistía aún en "defraudar mediante concertación". Por otro lado, la adición "patrimonialmente" parece excluir del tipo defraudaciones "no patrimoniales". Esto en realidad no es cierto, porque las defraudaciones no patrimoniales (o sea que no tengan contenido económico) no pueden interesar al Derecho penal.

En cambio, la Ley 29758 introduce cambios de relevancia. El nomen juris hace una distinción, en dos párrafos separados, entre "colusión simple y agravada". Pero, además, ahora se describe con más claridad la "idoneidad" de la conducta (y no un eventual resultado), pues la conducta típica del funcionario público consiste en "concertar con los interesados *para* defraudar al Estado...". Con esto, la interpretación tiene las siguientes consecuencias:

- En lo que respecta al elemento "defraudación", la Ley 29703 había agregado el término "patrimonial" a la "defraudación". La Ley 29758 eliminó esta referencia, con lo cual todo ha retornado, en este aspecto, a la versión original. Eso no quiere decir ahora que la "defraudación" pueda dirigirse a cualquier otro perjuicio que no sea el "dinerario". La precisión era innecesaria porque la defraudación siempre se referirá al "patrimonio" y no a otra cosa (p. ej. una expectativa).
- El tipo penal no exige un efectivo "perjuicio (patrimonial)" para la administración pública, y menos aún, un "beneficio" para el funcionario. El perjuicio patrimonial no es necesario; basta la "idoneidad" de la conducta para perjudicar el patrimonio de la administración pública. Si se produjera tal perjuicio habrá estafa (agravada por la calidad de funcionario público, art. 46-A)
- No se ha previsto, en ninguna de las dos leyes modificatorias al "partícipe necesario"[33], o sea al particular que concertara con el "funcionario público".

---

[32] Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", p. 317 y s.

[33] Observación hecha desde el principio, ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", p. 316 y s.

- El "momento" de la colusión es en "cualquier etapa" de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado". Esto es más amplio y cubre el vacío que dejaba la derogación del art 241, tercer numeral. Ahora los particulares son claramente "partícipes necesarios" de este delito. Y, si se llegara al perjuicio patrimonial efectivo, podría ser aplicable el tipo de estafa. Por cierto que también podría entrar a tallar, para el particular, el tipo de "cohecho activo" si se llegara a probar la entrega o promesa de una ventaja al funcionario público.
- Penalidad: 3 a 6 años en el tipo básico (6 a 15 años en el agravado para el funcionario público. Pero para el "particular" partícipe que puede ser autor de estafa (art. 196) con una pena mínima de 1 y máxima de 6 se presenta aquí una agravación desproporcionada.

Con el "cohecho" podría producirse un "concurso real" (pluralidad de acciones) si se comprobara (lo cual es realista) que el funcionario hubiera recibido una "ventaja" por su conducta favorable a los intereses de los privados. Con los verdaderos casos de "concusión" (arts. 382), el "patrocinio ilegal" (art. 385) y las "negociaciones incompatibles" (art. 399) en realidad no puede haber concurso. Todas estas figuras son "unilaterales" a diferencia del "fraude" que es siempre bilateral[34].

4. El peculado (arts. 387 y 388)

En esta figura no se han producido cambios realmente significativos.

En relación con la ley inmediatamente anterior (Ley 29703), la Ley 29758 tan solo elimina la modalidad introducida por aquella de un peculado omisivo: "... o consiente que un tercero se apropie o utilice caudales o efectos públicos...". En lo demás (agravantes, peculado culposo) sólo se ha tratado de un cambio de redacción sin mayor trascendencia. La Ley 29703 pretendía limitar las posibilidades interpretativas: en el peculado imprudente (art. 387, cuarto párrafo) la Ley 29703 había precisado que la agravación por la finalidad de los bienes (fines asistenciales o programas de desarrollo o apoyo social) no dependía del "valor de los bienes", y en el tipo de extensión del "peculado de uso" a contratistas de obras públicas o sus empleados (art. 388, segundo párrafo) la agravación del tipo se debía darse "independientemente del grado de afectación de la obra". Todos estos elementos adicionales han sido eliminados por la Ley 29758.

En relación con la versión anterior a la Ley 29703 (la Ley 26198 de 13-06-1993) sí hay diferencias importantes:

---

[34] Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración...", p. 319.

- El tipo básico del primer párrafo (cuya descripción es igual) tiene un mínimo de 4 años (en vez de 2).
- La Ley 29703 introdujo, como segundo párrafo, y la 29758 mantuvo inalterada una modalidad agravada según la cuantía (más de 10 UIT) con una pena de prisión de 8 a 12 años.
- Se agravó la pena en el tipo agravado referido a caudales o efectos con fines asistenciales o programas de apoyo social, situado ahora como tercer párrafo: antes, prisión de 4 a 10 años; ahora: de 8 a 12 años.
- En el "peculado culposo" (ahora cuarto párrafo) no se ha modificado nada en relación a la Ley 26198.

5. El "tráfico de influencias" (art. 400)

El *CP peruano* de 1991 dispone de un tipo penal (art. 400) que contiene el núcleo de un tipo "puro" de tráfico con influencia. Según la última reforma (Ley 29758, pub. el 21-07-2011) se pena a aquel que, invocando influencias reales *o ficticias*, acepta donativos o promesas o cualquier ventaja o favor para sí mismo o para otro y, como contraprestación ofrece la influencia en un funcionario público o un empleado público que "ha de conocer, esté conociendo o haya conocido" un asunto judicial o administrativo. La pena consistía en privación de libertad de 4 a 6 años. En el supuesto agravado, si el autor es funcionario público, la privación de libertad tiene un mínimo de 4 y un máximo de 8 años más privación de la función y prohibición de ejercer oficio (art 36, incisos 1 y 2 CP).

En mi opinión, el modelo peruano es en principio idóneo para reprimir las conductas de "tráfico de influencias", cuyo trasfondo, en el caso de las "influencias reales", es en realidad un "cohecho" que no necesita ser probado (y que, en la práctica, probablemente tampoco pueda probarse). Se trata de un modelo dirigido a reprimir penalmente, de manera autónoma, el tráfico de influencias *puro* entre privados, a diferencia de otros como los modelos colombiano y español de influencias reales de un funcionario sobre otro, y a semejanza de las legislaciones francesa y la argentina (con restricciones, también la italiana)[35]. Pero eso no quiere decir que el tipo penal peruano no pueda ser mejorado para expresar mejor su relación con el bien jurídico y facilitar su aplicación práctica.

Al tipo penal de la versión inicial del CP de 1991 se criticaba básicamente lo siguiente:

---

[35] Sobre una comparación de modelos puede consultarse mi artículo "Acerca del merecimiento de pena...", p. 579 y ss. [en esta compilación, p. 795 y ss., p. 808].

1. Que contuviera, de manera innecesaria, el elemento de *invocación de influencias*, así como el caso de estafa consistente en traficar con *influencias simuladas*[36].
2. El "olvido" del comprador de la influencia (el *partícipe necesario*)[37], cuya impunidad ha causado muchos problemas en la práctica.

Los últimos cambios realizados el 2011 no modifican en lo básico estas observaciones. Aunque inicialmente la Ley 29703 de mayo de 2011 había realizado un cambio importante (descriminalización de la modalidad de la "influencia simulada"), dos meses más tarde (!), mediante la Ley 29758 se reintrodujo esta modalidad quedando, en lo que respecta al "tráfico de influencias" todo igual. La penalidad en el tipo básico, que había sido elevada ya en la reforma del 2004, ha quedado igual: mínimo de 4 y máximo de 6, al igual que la "agravante" del segundo párrafo cuando el vendedor de la influencia fuera un funcionario público.

En cuanto al segundo punto, debe acentuarse una vez más[38] que el tráfico de influencias constituye un tipo penal en el cual el comprador de la influencia tiene la calidad de *"partícipe necesario"*. Es decir, se trata de un tipo penal en el cual el tenor literal exige la contribución necesaria de un tercero (que puede ser incluso la víctima) para la tipicidad de la conducta. El delito de "tráfico de influencias" constituye precisamente un delito de participación necesaria en la modalidad de "delito de encuentro" (distintas contribuciones provenientes de distintas direcciones)[39]. En la doctrina mayoritaria, hay consenso en que, en estos delitos, la punibilidad solamente sería posible cuando hubiera estado prevista expresamente, en sendos tipos penales, para todas las partes intervinientes: para los ejecutores de la conducta típica, por un lado, y para los partícipes necesarios, por otro[40]. Así ocurre p. ej. en el "cohecho", en el cual se necesita la contribución de dos sujetos para un pacto ilícito: el funcionario público que acepta o solicita las ventajas y el particular que las ofrece o entrega; y mientras que la conducta de los funcionarios públicos está

---

[36] ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública", p. 528, 530.

[37] C. más refs. ver ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública", p. 535 y s.

[38] Observación que he hecho repetidas veces; ver "Vacíos en la legislación penal...", p. 224 y s. [en esta compilación p. 785 y ss.].

[39] Al respecto remito, c. más refs. a un trabajo anterior; ABANTO VÁSQUEZ, "Participación necesaria", p. 11 y ss. [en esta compilación p. 411 y ss.]; ver también, con ejemplos, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/Morales Prats, 6ta. ed., tomo II, p. 1209 y s.; DONNA (al tratar la corrupción pasiva), "Delitos contra la administración pública", p. 214. De manera muy ilustrativa, con ejemplos y más refs. ROXIN, "Strafrecht AT", tomo II, § 26, n. marg. 41 y ss., p. 141 y s.

[40] Al respecto, detalladamente y c. más refs., ABANTO VÁSQUEZ, "Participación necesaria", p. 18 y ss. [en esta compilación p. 428 y ss.].

tipificada como cohecho pasivo en los arts. 393 y ss., la de los compradores de la actividad funcional está prevista como "cohecho activo" en los arts. 397 y ss. O tomemos el caso de los "nombramientos ilegales" (art. 381), donde en el mismo artículo se regula, en párrafos distintos, la conducta del funcionario que hace el nombramiento ilegal y la de quien la aceptare. En ambos casos, la conducta del "partícipe necesario" (el cohechador activo, el aceptante del nombramiento ilegal) está prevista expresamente como delito; si no lo hubiera estado, solamente podría fundamentarse la punibilidad de éste empleando las reglas generales de la "autoría y participación" (arts. 24 y 25 CP).

Pero en casos en los cuales el legislador tan solo ha descrito la conducta de uno de los sujetos intervinientes en la realización de la conducta típica, mas no la del otro pese a que esta última conducta no tipificada es indispensable para la realización del tipo, esta "participación necesaria" no siempre podrá ser penada como instigación o complicidad. Esto ocurre precisamente en el "tráfico de influencias" previsto en muchas legislaciones penales como la española, la italiana, la argentina y la peruana, donde (a diferencia p. ej. de la legislación francesa), no se ha previsto expresamente al partícipe necesario (el comprador de la influencia) pese a que el "tráfico de influencias" requiere el "encuentro" de dos conductas: la del vendedor (el intermediario) y la del comprador (el interesado).

Las consecuencias político-criminales que puede tener este descuido del legislador se han evidenciado a través de las recientes experiencias peruanas. Precisamente el caso que inició la caída del gobierno de Fujimori evidenció, gracias a una cinta de video, la masiva venta de influencias ejecutada por la "eminencia gris" del gobierno (el asesor Montesinos), quien en un local preparado para grabar las conversaciones, negociaba con diversos interesados (políticos, empresarios, juristas, abogados, etc.) el ejercicio influencia ante magistrados y otras instituciones públicas. Entre otras cosas, la administración de justicia se planteaba entonces la cuestión de si estos compradores de influencias podrían ser penados a través del art. 400. Por cierto que la decisión no era fácil, pero no por razones dogmático-penales: los tribunales peruanos, sometidos a la presión de la opinión pública, difícilmente iban a decretar una absolución para los compradores de la influencia. Es así que hasta ahora no existe una solución clara; a veces se admitió la impunidad del partícipe necesario debido precisamente a la deficiencia del texto legal, pero a veces se ha admitido la punibilidad por "instigación", aunque la mayor parte de las veces, de manera pragmática, se ha archivado el proceso debido al cumplimiento del plazo de prescripción de la acción[41].

---

[41] Ver al respecto ABANTO VÁSQUEZ, "Acerca del merecimiento...", p. 604 [en esta compilación, p. 816 y s.].

La doctrina de la *contribución mínima necesaria* ofrece una solución dogmática parcial. Según ella, el partícipe necesario sería punible cuando su contribución hubiera ido más allá del mínimo previsto y descrito en el tenor legal. En este caso, la contribución del partícipe necesario constituiría una participación en el delito que debería analizarse según las reglas generales, o sea como complicidad o inducción. Es decir, si p. ej. el comprador de la influencia solamente reaccionara a la oferta del vendedor y pagara, seguiría siendo impune; pero cuando había sido precisamente él quien había buscado al vendedor y le había pedido ejercer influencia en determinado funcionario público se podría decir que esta conducta ha superado el límite de la contribución mínima[42]. La solución más limpia la tiene que dar el propio legislador penal introduciendo la *punibilidad expresa* del "partícipe necesario" en los tipos penales que previeran su intervención y cuando esta intervención tuviere suficiente injusto penal.

6. El "enriquecimiento ilícito" (art. 401)

En la doctrina penal latinoamericana, ante la desesperación originada por el deseo de controlar la masiva y creciente corrupción de funcionarios públicos, se suele aceptar acríticamente la existencia del tipo penal de "enriquecimiento ilícito", e incluso algunos instrumentos internacionales (p. ej. el art. IX de la Convención Interamericana de 1996) recomiendan su inclusión. No obstante, si se lee atentamente el tipo penal, rápidamente puede uno darse cuenta de que el injusto penal no describe una acción típica concreta y está basado, más bien, en la "no-justificación" de un "incremento patrimonial" (considerable), con lo cual se atenta evidentemente contra una serie de principios básicos del Derecho penal.

Así, cuando el legislador penal, como se verá en el siguiente párrafo, describe el tipo penal como un "abuso de funciones públicas" que lleva a un incremento patrimonial, en el fondo está sancionando penalmente el incremento y no el "abuso de funciones", pues éste ya está previsto, de manera mucho más precisa en varios tipos penales: el abuso de funciones como tipo genérico (art. 376) y todos los demás tipos penales especiales de delitos contra la administración pública (nombramientos ilegales, exacciones ilegales, concusión, peculado, cohecho, etc.) donde el sujeto activo (funcionario público) podría resultar beneficiado económicamente e incrementar su patrimonio. Y cuando se quiere prescindir del elemento "abuso de funciones" y se describe el ilícito directamente sobre la base de un "incremento patrimonial injustificado",

---

[42] ABANTO VÁSQUEZ, "Participación necesaria", p. 11 y ss., 25 y ss. [en esta compilación: p. 411 y ss., 428 y ss.]; "Los delitos contra la administración pública", p. 60 y ss. Últimamente también, con refs. sobre la literatura y jurisprudencia peruanas, "Acerca del merecimiento..."; p. 604 y s. [en esta compilación p. 816 y s.].

se introduce un "delito de sospecha": en el tipo se sanciona un "estado" (el hecho de enriquecerse) y se invierte la carga de la prueba (el imputado debe probar que su enriquecimiento provino de fuentes lícitas) bajo la "sospecha" de que el funcionario público se habría enriquecido cometiendo otros delitos contra la administración pública[43]. En realidad, en un Estado de Derecho que respeta principios constituciones y penales, lo que precisamente tendría que probarse es el abuso específico de las funciones públicas; el "enriquecimiento ilícito" solamente debería ser *indicio* de la comisión de otros delitos más no un delito por sí mismo, pues por sí mismo no tiene vinculación con un "bien jurídico" ni "objetos concretos" de algún bien jurídico que se quiera tutelar.

Pese a los esfuerzos legislativos en los países donde existe tal tipo penal, se ha demostrado que, debido a su naturaleza, no es posible hacerlo concordar con los principios básicos del Derecho penal y constitucional. Estas críticas rigen también para Argentina, donde la "Ley de ética en el ejercicio de la función pública" de 1999 ha querido dar legitimidad al supuesto injusto penal contenido en el art. 268 mediante dos precisiones adicionales: el concepto de "enriquecimiento" y el "plazo" dentro del cual puede cometerse el delito (hasta dos años después de cesar en el ejercicio del cargo)[44]. Allá se ha ido incluso más lejos al introducir como delito, una figura nueva: la "omisión o la falsedad en las declaraciones juradas patrimoniales" de los funcionarios públicos obligados por ley. Se ha entendido que en este último caso, el bien jurídico tutelado sería la "transparencia" en el ejercicio de la función pública[45].

En el Perú, las recientes modificaciones han mantenido el tipo penal de "enriquecimiento ilícito" pero han tratado de "precisar" el supuesto contenido de injusto con diferentes formulaciones. La versión inicial del Código penal de 1991 formulaba el supuesto injusto penal de la siguiente manera: "El funcionario o servidor público *que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente* ...". En un segundo párrafo (introducido el 2001 por la ley 27482) se daba

---

[43] Igualmente, DONNA, "Delitos contra la administración pública", p. 392.

[44] En la Argentina, los defensores se basan en la reforma constitucional (artículo 36, quinto párrafo) que expresamente declara como grave atentado contra el "estado democrático" toda conducta que implique un "grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento". Ver una exposición amplia de las críticas y de las nuevas posiciones de defensa del tipo penal, c. más refs. en DONNA, ibídem, p. 382 y ss. Pero incluso así, ni siquiera puede admitirse que de lege lata la Constitución cree tipos penales, sino que se refiera a ellos; y en este sentido solamente indica que existen delitos, con los cuales se enriquecen los delincuentes y que serían los más graves. Por lo demás, la misma Constitución, como no puede ser de otra manera en una Carta Magna de contenido democrático, también tiene que conocer otros principios básicos que se oponen a un delito de sospecha: el principio de culpabilidad, la responsabilidad por actos y la presunción de la inocencia. En sentido crítico, también DONNA, quien afirma la inconstitucionalidad del tipo de "enriquecimiento ilícito" también después de la reforma constitucional argentina, y circunscribe la introducción de tipos penales como ese dentro de la corriente del "Derecho penal del enemigo"; ver ibídem, p. 387 y ss.

[45] DONNA, "Delitos contra la administración pública", p. 408.

como regla de "indicio" de "desbalance patrimonial: "... cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal [del funcionario público]... en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas es notoriamente superior al que haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita".

Con la reforma de 2004 (Ley 28355 de 06-10-04) se cambió el tenor de la supuesta acción típica eliminando el elemento "abuso de funciones públicas": "El funcionario o servidor *público que ilícitamente incremente su patrimonio*, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente ...". En su propuesta de reforma, la Corte Suprema buscaba precisar el tipo reemplazando el elemento "en el ejercicio del cargo" (llamado "criterio ocasional") por el de "abuso del cargo" (denominado criterio "causal o funcional")[46]. Esta propuesta fue muy criticada en el Parlamento porque, según éste, generaría "lagunas de impunidad ... no acorde con una política anticorrupción" y que "determinaría una ambigüedad en su aplicación y una cortina de escape para muchos funcionarios que enriquezcan su patrimonio ilícitamente pero que fundamenten no haberlo hecho abusando de su cargo[47]. El "texto sustitutorio" que finalmente se convirtiera en la Ley 29703, fue incluso más lejos que el tipo antiguo de enriquecimiento ilícito: "El funcionario o servidor público que, *durante el ejercicio de sus funciones, incrementa ilícitamente su patrimonio* respecto de sus ingresos legítimos...", lo cual, sin embargo e incluso desde la perspectiva inconstitucional de la reforma, dejaba serios vacíos pues exigía, ya por el propio tenor literal, que el "incremento" patrimonial mismo se produjera durante el período del ejercicio de funciones y no también después de éste "en razón de un abuso de funciones" cometido durante el ejercicio funcionarial[48]. La Ley 29758, aparte de modificar (atenuándola) la penalidad del tipo agravado, ha retomado la descripción típica propuesta por la Corte Suprema: "... abusando de su cargo, incremente ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos" y deja abierto el tema "temporal" del incremento patrimonial. Y en el tercer párrafo da una pauta interpretativa para determinar un "indicio" de enriquecimiento ilícito.

---

[46] Así en la *Corte Suprema de Justicia*, "Proyecto de Ley de Reforma...", p. 006. Allí también se afirma que el tipo penal sería "adecuado al principio de afectación de bien jurídico" y que al introducir el elemento "abuso del cargo" se precisaría "el criterio racional que en estos delitos no se castiga al funcionario enriquecido por el solo hecho de enriquecerse, sin conexión alguna con el (ab)uso del cargo", lo cual tendría la ventaja de dejar fuera de la tipicidad aquellas "conductas privadas reñidas con la virtud" que no constituyeran abuso de funciones, pero llevaran al enriquecimiento del funcionario público.

[47] Así en *Congreso de la República*, "Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos", p. 9, punto 7.

[48] Ver el debate respecto al elemento "temporal" de la versión inicial del art. 401 en ABANTO VÁSQUEZ, c. más refs. "Los delitos contra la administración pública...", p. 542 y ss.

Se trata de un cambio de palabras de lo que en doctrina se conoce simplemente como el "desbalance patrimonial": "cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal... en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa".

En suma, en contra de todo lo que se argumenta, el enriquecimiento por sí mismo no puede ser delito. Es cierto, y en esto tenía razón la motivación de la Corte Suprema, que sí hay injusto penal ante un enriquecimiento proveniente de un abuso de funciones, pero el núcleo de este injusto es el "abuso de funciones" y no la consecuencia económica (el enriquecimiento). Y para el "abuso de funciones" ya se tienen tipos penales específicos, aparte del más general del art. 376. No salva tampoco el carácter inconstitucional del tipo la regla adicional (tercer párrafo) sobre el "indicio de enriquecimiento". En realidad, el propio estado de "enriquecimiento ilícito" es un "indicio" de que el funcionario público pudiera haber cometido algún delito contra la administración pública, o incluso cualquier otro delito. Es más, como ya he recalcado en otra ocasión (lo cual ha tenido también en cuenta la Corte Suprema en su dictamen) tal enriquecimiento podría provenir de cualquier otra fuente ilícita no penal o incluso lícita (que el beneficiario no quiera o no pueda por distintas razones aclarar), todo lo cual debería quedar fuera del ámbito penal[49].

7. Penas e inhabilitación

Comparando la situación de la penalidad de los tipos involucrados antes y después de la reforma de 2011, se tiene que los cambios de la penalidad no han sido muy significativos:

En el "abuso de autoridad" (art. 376), el máximo de la pena del tipo básico (art. 376, primer párrafo) es elevado de dos a tres años (Ley 29703, artículo 1). En el tipo agravado no hay cambios en cuanto a la penalidad.

En la "colusión" (art. 384), han tenido que producirse necesariamente cambios debido a la separación de la descripción típica en dos modalidades supuestamente distintas. Mientras que hasta antes de las modificaciones el marco penal único era de privación de libertad de 3 a 15 años, ahora el tipo básico prevé privación de libertad de 3 a 6 años, mientras que para el tipo agravado el mínimo es de 6 y el máximo de 15 años.

En el "peculado doloso" (art. 387) lo más resaltante ha sido la elevación del mínimo en el tipo básico del primer párrafo (antes: dos años, ahora: cua-

---

[49] Ver al respecto ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", p. 551 y ss.; *Corte Suprema de Justicia*, "Proyecto de Ley de Reforma...", p. 006.

tro) y la introducción de un tipo agravado (nuevo segundo párrafo) en función del monto del objeto del peculado (diez unidades impositivas tributarias) en cuyo caso el mínimo se eleva a ocho y el máximo a doce de privación de libertad. Subsiste, en un tercer párrafo, el tipo agravado en función de finalidad de los bienes (fines asistenciales o programas de apoyo social), pero la pena se eleva del marco anteriormente previsto (mínimo de 4, máximo de diez) al nuevo marco del tipo agravado (de 8 a 12 años de privación de libertad). El tipo de "peculado imprudente" (art. 387, cuarto párrafo) no tiene cambios de penalidad. En el "peculado de uso" (art. 388) se ha agregado un mínimo de privación de libertad (dos años) y se ha mantenido el máximo (cuatro años).

En el "tráfico de influencias" (art. 400), no hay cambios en cuanto a la penalidad, así como tampoco hay cambios de penalidad del tipo básico de "enriquecimiento ilícito" (art. 401, primer párrafo). Ahora bien, en este último caso, la Ley 28355 de 2004 había introducido, en un segundo párrafo, un supuesto agravado que las reformas recientes han mantenido igual en la descripción típica (funcionario "que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional"), aunque han modificado la penalidad: en relación con la Ley 29703 (y la 28355), la Ley 29758 ha previsto mínimo más severo (ahora: 10 años de privación de libertad, antes 8), pero un máximo más benigno: antes 18 años, ahora 15.

Merece un análisis aparte (y algo más extenso) el tema de la "inhabilitación". Ciertamente, no puede calificarse como acierto la nueva redacción sobre la *inhabilitación accesoria y especial* para los delitos contra la administración pública y administración de justicia (art. 426), introducida por la Ley 29758 (la Ley 29703 no se había referido a este aspecto). Pero ya el régimen anterior de nuestro Código Penal era criticable. El legislador penal peruano ubica la "inhabilitación", junto con la prestación de servicios a la comunidad y la limitación de días libres, dentro de las *penas* "limitativas de derechos" (art. 31). La "inhabilitación", además, es diferenciada como "pena principal" con una duración básica de 6 meses a 5 años (art. 38) y como "pena accesoria" (art. 39) que se refería (y se refiere aún) a los casos de "*abuso de autoridad, de cargo*, de profesión, oficio, poder o *violación de un deber inherente a la función pública*..." (resaltados míos), con una "igual al tiempo que la pena principal".

Pero, además, había previsto en el art. 426 una "inhabilitación especial" para los delitos contra la administración pública y contra la administración de justicia cometidos por funcionarios públicos y con una duración particular (de uno a 3 años). Esta duplicidad de regulaciones obligaba a una interpretación razonable que, en mi opinión, tendría que llevar a distinguir entre inhabilitación para funcionarios públicos que hubieran cometido *cualquier delito* abusando del cargo (artículo 39) y los que hubieran *abusado de sus*

funciones específicas, tal como ocurre en los delitos contra la administración pública (art. 426)[50].

La modificación introducida por la Ley 29758 separa ahora el régimen de inhabilitaciones según se tratare de delitos contra la administración pública cometido por funcionarios públicos (capítulo II del título XVIII), por un lado, y los delitos contra la administración de justicia (capítulo III del título XVIII), por el otro. Mientras que para los primeros, ahora la duración de la "inhabilitación accesoria" será de "igual tiempo de duración que la pena principal", para los segundos, la duración será de uno a tres años". Con esto se confirma la interpretación que propuse anteriormente: la "inhabilitación especial" (la prevista en el art. 426) es distinta de la prevista en la parte general y a diferencia de ella, que la califica como "pena", tiene la naturaleza de una "medida de seguridad". Luego, mientras que, como pena, las inhabilitaciones de los arts. 37 y 39 solamente pueden ejecutarse al mismo tiempo que las demás penas[51], la inhabilitación especial del art. 426 debería iniciarse posteriormente a la fecha de cumplimiento de la pena. Si no, no tendría sentido la duplicidad de regulaciones con las mismas consecuencias jurídicas: tanto el art. 426, primer párrafo (modificado por la ley 29758) como el art. 39 (que se dirige a más sujetos) tienen la misma duración de la inhabilitación para los "funcionarios públicos" que cometan delitos contra la administración pública (art. 426) o que cometan delitos con "abuso de autoridad, de cargo..." o de un "deber inherente a la función pública". La remisión que hacía (y todavía hace) el art. 426 al art. 36, numerales 1 y 2, se refiere tan sólo a los efectos de la inhabilitación: "privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular" (numeral 1), "incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público" (numeral 2).

En España hay una regulación mucho más específica de las "inhabilitaciones", las que allá también son consideradas como "penas privativas de derechos" (arts. 39 y ss.). Pero, a diferencia del caso peruano, allá el régimen es mucho más flexible: por un lado, se diferencia entre inhabilitación absoluta (de 6 a 20 años), inhabilitación especial (de 3 meses a 20 años) y suspensión de empleo o cargo público (tres meses a 6 años). Por otro lado, cada tipo penal tiene, cuando el legislador penal lo hubiera considerado necesario, la posibilidad de imponer la "inhabilitación" con un período de duración determinado.

---

[50] Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", p. 97 y ss.; similar ROJAS VARGAS, p. 109 y s. Por cierto que quedaba fuera de esta sistemática el caso insólito de la "corrupción del abogado" (art. 398A) y su "inhabilitación" (art. 398B), acertadamente derogados por la Ley 2835 de 2004.

[51] Cfr. PRADO SALDARRIAGA, "Determinación judicial...", p. 88.

Pese a su ubicación como "pena", las inhabilitaciones son también discutidas en España sobre todo en cuanto su sentido político criminal[52].

En Alemania, la parte general del StGB prevé las inhabilitaciones por separado según se trate de la "consecuencia jurídica" de la "pérdida de la condición de funcionario público, la de ser elegido o votar" (art. 45) o la "medida de seguridad" de la "prohibición del ejercicio de profesión u oficio" (art. 70 StGB, primer párrafo). En el primer caso (art. 45), la ley penal ha previsto las consecuencias jurídicas para un "funcionario público" que hubiera sido condenado por "delito grave a una privación de libertad de por lo menos un año (consecuencias que también existen, y con mayor detalle, en el Derecho alemán de funcionarios públicos): la pérdida del derecho de ocupar cargos públicos y derechos derivados de elecciones públicas durante cinco años. Aquí, aunque hay discusión teórica, la doctrina reconoce mayoritariamente que se trata de una consecuencia jurídica similar a la pena[53].

Por su parte, el art. 70 prevé, dentro del título referido a las "medidas de seguridad", de manera similar a nuestro art. 39, la posibilidad de que el juez pueda prohibir el ejercicio de una profesión a quien hubiera sido condenado por un hecho antijurídico abusando de su profesión u oficio o bajo grave violación de los deberes vinculados a ellos, o, si tan solo no hubiera sido condenado debido a su incapacidad de culpabilidad. La prohibición será "por la duración de uno a cinco años cuando la valoración total del autor y del hecho permitan reconocer el peligro de que éste cometerá actos antijurídicos del tipo designado al seguir ejerciendo la profesión, el ramo de la profesión, el oficio o el ramo del oficio". Y la prohibición será perpetua "cuando deba esperarse que el plazo legal máximo no es suficiente para prevenir el peligro proveniente del autor". La doctrina alemana[54] considera que estas inhabilitaciones, cuya duración se mide según el supuesto período de duración de la "peligrosidad" del sujeto[55] (a la que se descuenta la prohibición provisional durante el proceso penal), son dictadas por el juez penal independientemente de similares medidas emitidas por la administración o el gremio profesional respectivo, a la vez que estos últimos también son autónomos en su decisión

---

[52] Ver las críticas (sobre todo dirigidas contra la "inhabilitación absoluta") por constituir una "reminiscencia de su aintigua condición infamante, político-criminalmente disfuncional y, desde el punto de vista valorativo, no compatible con el principio de resocialización de las penas", TAMARIT SUMALLA en Quintero Olivares/Morales Prats, 6ta. ed., tomo I, p. 426, 428.

[53] Cfr. STREE/KINZIG en Schönke/Schröder, § 45, n. marg. 4, p. 742 y s.

[54] Ver por todos, STREE/KINZIG en Schönke/Schröder, § 70, n. marg. 1 y ss., p. 1098 y ss.

[55] El objetivo preventivo de la medida es conseguir que "... [el sujeto] reflexione y no se deba temer de él la comisión de nuevos delitos mediante el abuso de su actividad profesional o la grave lesión de sus deberes profesionales"; ver STREE/KINZIG, § 70, n. marg. 19, p. 1103.

de dictar las medidas si el juez penal no lo hubiera hecho, o incluso de asumir o prescindir de las argumentaciones de éste.

Ahora bien, independientemente de las denominaciones que usen los modelos y del tipo de "inhabilitación" que se trate, surge otro problema más de gran actualidad: el conflicto con el principio "ne bis in idem", o sea la prohibición de imponer a un sujeto (el funcionario público) una doble sanción (proveniente a veces de una doble valoración) por los mismos hechos cometidos. Y es que muchos delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos suelen estar previstos también como infracciones funcionariales que acarrean un administrativo disciplinario y, eventualmente, consecuencias jurídicas similares a la "inhabilitación" del Código Penal. La "sanción disciplinaria" es, en cuanto "limitación de derechos" del ciudadano, de igual naturaleza que la pena. La solución a este problema de la "doble sanción por los mismos hechos" es tratada en otro trabajo (ver el siguiente artículo) y allí me remito.

8. Vacíos remanentes

Aparte de los problemas arriba verificados, la reciente legislación ha omitido los siguientes temas:

a) Concepto "funcionario público", problemas de autoría y participación

No solamente se ha olvidado incluir una definición de *funcionario público extranjero,* tal como ya se mencionó arriba (ver en 1, último párrafo), sino tampoco se han introducido cambios que superen algunos vacíos y dudas existentes.

Así, tal como ya expliqué en otro lugar resulta especialmente grave no haber incluido una regulación más precisa para los *funcionarios públicos de confianza*, especialmente el "momento" en que debe ser considerado como investido de la función pública (y por tanto, el momento a partir del cual puede cometer estos delitos con la cualidad especial)[56].

En el ámbito más amplio de la regulación de las reglas de *autoría y participación*, también podría preverse el *marco penal apropiado* para los extranei (sujetos sin la condición de funcionarios públicos) que participaren en la realización de delitos especiales (en nuestro caso: los delitos contra la administración pública que tienen por autor al "funcionario público")[57].

---

[56] ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", p. 25 y s., 39; también "Vacíos en la lucha....", p. 190. [en esta compilación ver p. 754 y s.]

[57] Propuesta que hice anteriormente. Ver ABANTO VÁSQUEZ, "Autoría y participación y la teoría...", p. 20, columna izquierda [en esta compilación ver p. 399 y ss.]

Más complicado de solucionar, pues exigiría todo un cambio de perspectiva teórica, es el problema de los vacíos de punibilidad en los casos de *instrumento doloso no cualificado*. Aquí, si no se quiere adoptar la tesis de los delitos de "infracción del deber" se tendría que modificar la descripción típica de los delitos correspondientes[58].

Tampoco es fácil la solución a los casos de impunidad del *partícipe necesario* (aquel cuya contribución es necesaria para realizar la figura descrita en el tipo), debido a que su punibilidad no está prevista expresamente. Como ya se dijo antes (ver en 5), por razones de legalidad, su punibilidad sólo es posible si su conducta superara aquello mínimamente exigido por el tipo respectivo que no prevé su punibilidad, pues en tal caso podría ser considerado partícipe según las reglas generales. Para el caso del "tráfico de influencias", entonces, se necesita incluir expresamente (como ocurre en otras legislaciones) la punibilidad del "comprador" de la influencia para evitar lagunas insoportables.

b) El problema de la prescripción

Las leyes analizadas, al igual que otras reformas que afirman querer luchar contra la corrupción, no suprimen los mecanismos que se oponen la efectiva aplicación o cumplimiento de sanciones penales.

En trabajos anteriores[59], he destacado que, especialmente cuando se trata de la corrupción de altos funcionarios públicos, la "prescripción" constituye un mecanismo generador de impunidad. Y esto ocurre de dos modos: mediante la "prescripción de la acción" y mediante el "cómputo del inicio" del plazo de prescripción.

Por un lado, para el plazo de *prescripción de la acción,* el legislador penal se remite al máximo de pena privativa de libertad de los correspondientes tipos penales (art. 80, primer párrafo). Pero para los delitos "cometidos por funcionarios y servidores públicos *contra el patrimonio del Estado* o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción se duplica" (art. 80, cuarto párrafo, modificado por la Ley 28117; resaltado mío). Anteriormente he criticado el sistema peruano de la "prescripción de la acción", por lo menos para el caso de los delitos contra la administración pública[60], pues resulta al final demasiado benigno. La formulación del plazo especial de prescripción

---

[58] Me he ocupado ampliamente al respecto en "Autoría y participación y la teoría...", p. 3 y ss., 8 y ss. [en esta compilación, p. 377 y ss., p. 383 y ss.].

[59] Ver ABANTO VÁSQUEZ en "Vacíos en la legislación penal...", p. 198 y ss. [en esta compilación, p. 764 y ss.] y en "La lucha contra la corrupción...", p. 310 y ss. [en esta compilación, p. 734].

[60] Ver ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración...", p. 92 y ss.; "Vacíos en la legislación penal...", p. 201 y s. [en esta compilación: p. 765 y s.].

para delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos (art. 80, último párrafo) no es clara, restringe sus alcances a un grupo limitado de delitos, y es a todas luces insuficiente. Como ya interpreté en su momento, es posible entender que la duplicación del plazo de prescripción se referiría a cualquier delito en el que interviniere el funcionario público y se afectara al patrimonio de la administración; o sea no sólo un delito contra la administración pública (el art. 80, último párrafo no lo dice), sino p. ej. un delito de "homicidio", una "estafa", etc. Pero también es posible entender[61], de manera más acorde con el espíritu de la ley, aunque con resultados muy restrictivos, que la duplicación del plazo de prescripción se entenderá para todos aquellos delitos contra la administración pública en los que intervenga el funcionario público y que, por su naturaleza, afectaren el *patrimonio* de la administración. Pero, en tal caso, habría que demostrarse que este requisito se ha cumplido en el delito concreto; p. ej. en un "cohecho", "tráfico de influencias", o en una "concusión" o "exacciones ilegales", está claro que se afectan intereses inmateriales de la administración (la imparcialidad, el carácter público) o a lo sumo el patrimonio de los particulares, pero no siempre tiene que verse afectado el "patrimonio" de la administración pública, como sí ocurre p. ej. en el "peculado".

Ante esta situación, en primer lugar, se sugiere una *reforma general* del sistema peruano de la "prescripción de la acción". Por un lado, podrían introducirse más supuestos específicos de "suspensión" e "interrupción" de la prescripción y, sobre todo, introducir, además del plazo especial para funcionarios públicos, un plazo especial de prescripción para los delitos contra la administración pública cometidos por *funcionarios políticos y de confianza* del gobierno de turno[62]. Precisamente la "Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción" de 2003, en su art. 29, recomienda ampliar los plazos de prescripción por los delitos previstos en ella.

Últimamente también hay tendencias internacionales que no solamente sugieren la ampliación de los plazos de prescripción sino incluso la *imprescriptibilidad* de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Al respecto se puede decir que, en principio, el Derecho penal no tendría por qué oponerse a esto. En la doctrina penal se entiende mayoritariamente que la "prescripción" tiene solamente una naturaleza "procesal" aunque también hay un sector que, incorrectamente a mi entender, quiere ver en ella aspectos materiales[63]. Luego, si la naturaleza de la prescripción es meramente

---

[61] Y así ha entendido en la doctrina nacional; ver p. ej. ROJAS VARGAS, p. 112; igualmente ya anteriormente, Abanto Vásquez, "Los delitos contra la administración pública...", p. 93 y s.

[62] Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", p. 94.

[63] Ver ampliamente en Abanto Vásquez, "Acerca de la naturaleza de la prescripción...", p. 546 y ss. [en esta compilación, p. 584 y ss.]; también en "Los delitos contra la administración pública...", p. 94.

procesal (o incluso procesal-material), considero que nada debería impedir que los plazos puedan ser directa o indirectamente ampliados, cuando las necesidades preventivas o de justicia material así lo exigieren. Pero sí hay una observación de técnica sistemática: si la duración de los plazos de prescripción se construye sobre la *gravedad de los delitos* (de ahí que el plazo de prescripción del "asesinato" siempre hubiera sido el más elevado) y, por su penalidad, los delitos contra la administración pública todavía son considerados como menos graves que los delitos contra la vida, no hay una explicación lógica para la "imprescriptibilidad" o incluso para una elevación considerable del plazo en relación con otros delitos de mayor penalidad; p. ej. con el homicidio simple (art. 106 CP), lesiones graves (121), secuestro (152), trata de personas incluso en su forma agravada (153 y 153-A), robo (188), etc. El único criterio imaginable que justificaría la diferencia de plazos de prescripción parece radicar más bien en la *dificultad de prueba* de los hechos delictivos. Pero esto, para guardar proporcionalidad, tendría que llevar a un análisis serio y profundo de estas dificultades de prueba de todos los delitos y reelaborar en este sentido todo el sistema de prescripciones del CP peruano.

El vacío de punibilidad también puede darse, incluso si se tuviera un adecuado sistema de prescripción de la acción, a través del *cómputo de los plazos* si se aplicara una interpretación innecesariamente complicada y, en mi opinión, errónea. Así, como he observado anteriormente, en el Perú se ha tratado de trasladar la doctrina mayoritaria española que integra dentro de dicho cómputo las atenuantes y agravantes del caso concreto ("teoría concreta"); es decir, no bastaría con el marco (el máximo) de la pena fijada para el delito en cuestión, sino tendría que concretarse primero este marco teniendo en cuenta las agravantes y atenuantes previstas en la ley. Esto es por muchas razones incorrecto, pero sobre todo por una cuestión de "legalidad": si el legislador penal ha remitido para el cómputo del plazo de prescripción al máximo del tipo penal, éste no puede ser sin más cambiado por el intérprete, aparte de que la concreción de la pena efectiva recién será posible después de iniciado el proceso, mientras que el plazo de la prescripción debería ser conocido con anterioridad[64]. Luego aquí, el vacío de punibilidad, no proviene de la ley, sino de la "interpretación" y ello puede ser también solucionado aplicando la doctrina correcta, es decir, la "teoría abstracta" que también es la dominante en Alemania[65] aunque siga siendo minoritaria en España[66].

---

[64] Al respecto, c. más refs., ABANTO VÁSQUEZ, "Vacíos en la legislación", p. 202 y ss. [en esta compilación: p. 765 y s.].

[65] STERNBERG-LIEBEN/BOSCH en Schönke/Schröder, § 78, n. marg. 10, p. 1182;

[66] En España, mientras que en la doctrina sigue siendo mayoritaria la teoría abstracta y minoritaria la concreta, la jurisprudencia ha optado por una "solución ecléctica" que si bien parte de la pena concreta, excluye del cálcu-

c) Cláusulas de exención

En un medio como el nuestro donde impera por lo menos la "corrupción estructural" (en muchos ámbitos los ciudadanos saben que no podrán obtener un acto funcionarial correcto o ni siquiera una actividad funcionarial, sin que sea imprescindible la intermediación remunerada de determinadas personas), resulta necesario contar con un sistema que otorgue *protección a los denunciantes*. La Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996, de la cual nuestro país forma parte, había recomendado la introducción de "sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno" (artículo III, número 8). La Convención no daba más detalles sobre cómo debía configurarse tal sistema. Quedaba, así, en manos del legislador penal nacional concretar los detalles; decidir p. ej. dónde debería darse la regulación (¿dentro del mismo Código Penal o en una ley especial?) y si debía incluirse como parte de un sistema más amplio de protección a los denunciantes de todo tipo de delito (o graves infracciones administrativas).

Así, el legislador español ha previsto ya desde la versión inicial del CP de 1995, la *liberación de pena* (o sea una causa de levantamiento de pena) para aquel cohechador activo que, dentro de los dos meses de cometido el delito y antes de la apertura del procedimiento judicial, comunicare los hechos a la autoridad (art. 426 CP español actualizado)[67]. Esta posibilidad también podría extenderse al tráfico de influencias bajo determinadas circunstancias y de manera mejorada. Por cierto que aquí deberían hacerse diferenciaciones para no exagerar con la medida y, en vez de controlar la corrupción, se promueva más bien la impunidad de los cohechadores activos. La exención o atenuación debería dirigirse, entonces, a los casos más serios en los que este se viera involucrado por tratarse de una situación que le es especialmente perjudicial (p. ej. para la obtención de una libertad provisional, etc.).

Nuestro legislador penal, durante mucho tiempo, omitió tal compromiso internacional de introducir *cláusulas de atenuación y/o exención de la pena* para los particulares que participaren en delitos de corrupción, hecho que fue criticado en su momento[68]. A finales del año 2000, se emitió la Ley N° 27378, in-

---

lo las agravantes genéricas o específicas la la posibilidad legal facultativa de elevar el grado de la pena; ver MORALES PRATS en Quintero Olivares/Morales Prats, tomo I, p. 837.

[67] Al respecto MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/Morales Prats, 6ta. ed., tomo II, p. 1247 y ss.

[68] Ver ABANTO VÁSQUEZ, c. más refs., "Vacíos en la legislación....", p. 212 [en esta compilación: p. 774].

titulada: Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada, conocida brevemente como "Ley de colaboración eficaz". Pero ya como dice el propio título de la ley, no se trataba de una ley pensada específicamente para los "delitos de corrupción", sino para la "criminalidad organizada", pues los beneficios de exención de penal, disminución de la pena, suspensión de la ejecución de la penal o remisión de la pena (art. 4 de la ley) estaban dirigidos a personas, distintas de los "jefes, cabecillas o dirigentes principales de organizaciones criminales" o "altos funcionarios que tienen la prerrogativa de acusación constitucional" (art. 7 de la ley), que estuvieran siendo investigadas o sentenciadas (art. 2 de la ley) por distintos delitos en los que intervienen organizaciones criminales (art. 1 de la ley).

Recién la Ley N° 29542 de 21 de junio de 2010, así como su reglamento dado por Decreto Supremo N° 038-2011-PCM de 21 de abril de 2011, se refieren concretamente a los denunciantes por infracciones y delitos cometidos por funcionarios públicos en el ámbito del ejercicio de sus funciones públicas. El centro de gravedad está puesto en el procedimiento administrativo, pero se prevé que, en caso de indicio de la comisión de hechos delictivos, la Contraloría General de la República comunicará los hechos para la investigación fiscal (art. 11 de la Ley 29542; art. 12 del Reglamento), en cuyo caso el denunciante podrá acogerse a los beneficios previstos en la Ley 27378 (ley de colaboración eficaz).

La introducción de este sistema es digno de aplauso. Por cierto que todavía no se tienen datos sobre su aplicación efectiva. Pero por lo menos se pueden hacer dos observaciones importantes. Por un lado, no parece ser eficaz para la lucha contra la corrupción, el haber exceptuado al funcionario público de los beneficios. El art. 13 de la Ley 29542 excluye expresamente de la protección y los beneficios "a los denunciantes que sean autores de los hechos arbitrarios e ilegales"; y a lo máximo se refiere al denunciante que sea "copartícipe de los hechos denunciados" (art. 8, letra d, Ley 29542), con lo cual, en el mejor de los casos se puede interpretar que estaría incluido en los beneficios cualquier particular que hubiera colaborado con los hechos arbitrarios o algún funcionario distinto del que ejecuta los hechos. En un medio de corrupción institucionalizada, el funcionario público que ha cometido el acto arbitrario concreto podría haber actuado compelido por superiores jerárquicos; si él mismo es perseguido administrativa o penalmente no va a colaborar con las investigaciones administrativas o penales y, al contrario, buscará entorpecerla. Por otro lado, tampoco parece contribuir mucho a la efectividad de la lucha contra la corrupción el monopolio de la competencia que la ley otorga a la Contraloría General de la República para recibir y evaluar las denuncias (art. 4 Ley 29542). Debería ser posible que también la Fiscalía pueda recibir las

denuncias y, en caso de verificar un contenido penal, tramitarlas directamente, o remitirlas a la Contraloría si el contenido solamente fuera administrativo.

d) Conductas impunes

En la parte especial, aparte de los vacíos ya señalados en cuanto a la punibilidad de la corrupción transnacional (falta de definición del concepto "funcionario público extranjero", impunidad de la corrupción a otros sujetos de posición similar a la de un funcionario público), podría todavía pensarse en introducir un tipo penal referido a la llamada "corrupción privada".

Los supuestos de **corrupción privada**[69] se asemejan al "cohecho" tradicional en cuanto a que se influye secretamente en una persona cualquiera, en cuyas manos está la decisión de un asunto o que debe contribuir con sus esfuerzos o conocimientos acostumbrados a un resultado positivo esperado; pero esta persona no tiene la cualidad de "funcionario público", sino en todo caso de un "funcionario" o "empleado privado" que actúa en el marco de cualquier actividad empresarial (un concurso de méritos, una competencia de calidades, una competencia deportiva, etc.). Una modalidad de esta figura es la que está estrechamente vinculada con los delitos contra la leal competencia: el soborno a empleados privados para obtener alguna información sobre la empresa para la cual trabajan ("soborno comercial" o "revelación de secretos")[70]. La dañosidad de estas prácticas ha sido destacada en la doctrina[71]; la empresa afectada puede sufrir perjuicios de todo tipo, dependiendo del objetivo de la maniobra corruptora: si se sobornó al empleado para obtener condiciones favorables en la contratación, la empresa del sobornado podría recibir una contraprestación de menor calidad o pagar un precio superior al del mercado; si el soborno buscaba que el empleado revelara secretos empresariales, la afectada perderá el valor que estos secretos importen, etc. Pero se ha criticado que el tipo penal no abarque como "autor" al titular de la empresa ni los casos en los que se utilizan "empresas intermediarias"[72].

Lamentablemente, hasta la actualidad, los legisladores penales han prestado poca atención a esta figura penal. Así, en Latinoamérica, el tema no ha sido previsto ni siquiera en la mencionada "Convención Interamericana con-

---

[69] Ver, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", p. 415 y ss.; "Delitos contra el mercado...", p. 168 y ss. [en esta compilación: p. 692 y ss.]. Últimamente, TIEDEMANN, "Strafrecht BT", n. marg. 196 y ss., p. 138 y ss.; (también en: "Derecho penal económico. P. E.", n. marg. 195 y ss., p. 206 y ss.).

[70] C. más ref., ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", 2000, p. 400 y ss.

[71] TIEDEMANN en LK, vor § 298, "Entstehungsgeschichte", p. 263 y ss., esp.

[72] Cfr., c. más refs., TIEDEMANN, "Strafrecht BT", n. marg. 214 y s., p. 148 y s. (también en "Derecho penal económico P. E.", p. 219 y s., n. marg. 213 y s.).

tra la corrupción" de 1996. Y en Europa, tras muchos años de indecisión, con la reforma de 2010 se ha introducido en España el tipo de "corrupción entre particulares"[73]. En Alemania, desde la reforma de 1997, ciertamente se ha cumplido con mejorar los tipos penales contra la "corrupción privada", trasladando al StGB las figuras penales ubicadas antes en el art. 12 de la "Ley contra la competencia desleal" (actos de corrupción de funcionarios privados y particulares de manera paralela al cohecho pasivo y activo de funcionarios públicos). Con ello, ahora se tienen dos nuevos tipos penales como delitos económicos: el tipo básico del art. 299 StGB ("cohecho pasivo y activo en el tráfico comercial") y el tipo agravado del art. 300 StGB[74]. Pero estos "nuevos" tipos penales se refieren expresamente a "atentados contra la competencia"[75] y, por ello, presuponen demasiados elementos típicos que dificultan su aplicación[76]. Por otro lado, también en el campo de la "corrupción privada" se han visto

---

[73] ***Art. 286 bis:*** *"1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja.*

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, socilicte o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alternar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales."

[74] ***Art. 299 StGB*** *(traducción libre): "(1) Quien como empleado o encargado de una empresa comercial, en el tráfico comercial, exija, se haga prometer o acepte una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación de que favorezca de manera desleal a otro en el marco de la competencia por la adquisición de bienes o prestaciones comerciales, será penado con privación de la libertad de hasta 3 años o con multa.*

(2) Igualmente será penado quien, en el tráfico comercial con fines de competencia, ofrezca, prometa u otorgue a un empleado o encargado de una empresa comercial una ventaja para éste o un tercero como contraprestación de que prefiera a éste o a otro, de manera desleal, en la adquisición de bienes o de prestaciones comerciales.

(3) Los párrafos 1 y 2 rigen también para acciones de competencia en el extranjero."

[75] Se buscaba con esto evidentemente una mayor efectividad preventivo-general ante la constatación del incremento de la corrupción en el sector empresarial; al respecto, TIEDEMANN, c. más ref., en LK, vor § 298, p. 263 y ss.

[76] TIEDEMANN recomienda, por ejemplo, la supresión del elemento "en el marco de la competencia" por innecesario desde la perspectiva de la protección de los consumidores y del principal, y de la protección de la "lealtad competitiva"; ver "Schmiergeldzahlungen...", p. 768; también en "Wirtschaftsstrafrecht BT", n. marg. 202 y ss., p. 141 y s. (igualmente en "Derecho penal económico P. E.", ibídem).

vacíos de punibilidad cuando se trata de abarcar las conductas de "cohecho activo" y "cohecho pasivo" en la actividad de empleados o titulares de *empresas consultoras*, cuando estos son sobornados para prestar su actividad asesora a favor del interesado, faltando así a su deber de "objetividad" y "lealtad" frente al asesorado[77]. Y también se ha sugerido introducir un tipo de *tráfico de influencias* (inexistente en general en Alemania) en la "actividad privada" para abarcar los casos en los que intervengan "empresas intermediarias", cobrando comisiones por conseguir la contratación entre dos empresas o entre una empresa privada y una empresa pública o la administración pública[78].

Una problemática muy compleja aunque de vital importancia y que no ha sido resuelta satisfactoriamente aún por el Derecho peruano, es la relacionada con la llamada *accesoriedad administrativa*. Se trata de determinar en qué medida el Derecho administrativo y sus decisiones previas (actos administrativos, autorizaciones, resoluciones, etc.) puede influir en el Derecho penal (la interpretación de los tipos penales, la punibilidad, la persecución penal etc.). Esto es especialmente polémico y relativamente nuevo en el Derecho peruano cuando se trata de implementar la aplicación del principio "ne bis in idem" en caso de producirse sanciones penales y administrativas contra funcionarios públicos por los mismos hechos. Sobre todo esto se necesita un análisis más amplio que se hace en otro lugar[79].

9. Conclusiones

Después de este apretado recorrido por el amplio capítulo de los delitos contra la administración pública, se puede decir de manera resumida lo siguiente:

a. La doctrina penal y la legislación penal reciente han emprendido la tarea de adecuar los delitos contra la administración pública a un entendimiento moderno del Estado de Derecho. En este sentido parece haberse impuesto plenamente el entendimiento de que el bien jurídico tutelado en el grupo de delitos analizado, sería, como yo también considero acertado, el "correcto funcionamiento de la administración pública". Pero también

---

[77] Ver la recomendación de TIEDEMANN, quien sigue aquí la propuesta de Ernst-Joachim Lampe; "Schmiergeldzahlungen...", p. 763, 767; también "Wirtschaftsstrafrecht BT", n. marg. 214, p. 148 y s. (igualmente en "Derecho penal económico P. E.", n. marg. n. marg. 213, p. 220.)

[78] Así TIEDEMANN, "Schmiergeldzahlungen...", p. 768 y s.; "Wirtschaftsstrafrecht BT", n. marg. 215, p. 149 (igualmente en "Derecho penal económico P. E.", n. marg. 214, p. 220).

[79] Ver, ampliamente, el artículo inédito que se incluye en esta compilación (p. 947 y ss.): "Derecho penal y Derecho administrativo: una relación tensa e incomprendida". Ya antes, aunque centrándose en problemas de "ne bis in idem" entre el Derecho penal económico y el Derecho administrativo en general, ABANTO VÁSQUEZ, c. más refs., "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 184 y ss.; "Diez años...", p. 31 y ss. [en esta compilación: p. 612 y ss.]; "La responsabilidad penal de las personas jurídicas...", p. 210 y ss.

debería, en cada caso concreto, verificarse y destacarse la "lesividad" dirigida contra los distintos "objetos de protección" que tal bien jurídico englobe[80].

b. No obstante, todavía existen una serie de problemas técnicos que deben ser solucionados. Particularmente problemático es el concepto de "funcionario público" y los problemas de autoría y participación que se derivan de él. Pero también tienen que solucionarse aún cuestiones de la parte especial en la que subsisten vacíos e incongruencias. Para ello, por lo visto, hay ya una corriente internacional, basada en una serie de Convenios, que está influyendo en la legislación penal nacional, sobre todo en lo que respecta al tratamiento de la "corrupción de funcionarios" (introducción de la "corrupción transnacional", la "corrupción privada" y la "corrupción política"). Merecen crítica, sin embargo, las recomendaciones internacionales dirigidas a introducir o, en el caso peruano, mantener el tipo penal de "enriquecimiento ilícito". En Europa se ha prescindido hasta ahora de un tipo penal semejante por razones de principio, sin que ello hubiera impedido una exitosa lucha contra la corrupción.

c. Además, en mi opinión, al igual de lo que se observa en los delitos económicos, hasta ahora parece existir, en el Derecho penal, un "déficit de valoración" penal en cuanto a la verdadera gravedad e incidencia social de los delitos contra la administración pública, en especial. Y es que los países parecen vivir bajo la ilusión de no ser afectados mayormente por este grupo de delitos o de que el instrumental legal sería suficiente para controlarlos. Un buen ejemplo de lo primero es Alemania, remecida desde hace algunos años por escandalosos casos de corrupción, y donde, pese a la reforma de 1998, muchos de estos casos terminan o bien con la absolución o bien con una pena meramente simbólica. En el caso del Perú, aunque se percibe una creciente consciencia sobre la gravedad del problema[81] y en los últimos años, debido a la coyuntura política, ha habido una gran desarrollo jurisprudencial sobre estos temas, la técnica penal ha sido y sigue siendo deficiente. Ya el texto inicial del Código Penal peruano tenía serias deficiencias; por un lado, se había pecado por "exceso" introduciendo exageradamente tipos penales que dificultaban la

---

[80] Sobre estas precisiones ver, con más detalles y refs., en ABANTO VÁSQUEZ, "Vacíos en la legislación penal...", p. 182 y ss. [en esta compilación, p. 748 y ss.].

[81] Últimamente, el *Procurador General* ha destacado la enorme incidencia económica de la corrupción al destacar que ésta afectaría directamente a 9,6 millones de peruanos y generaría en el país pérdidas de alrededor 3,570 millones de dólares al año; ver las declaraciones del Contralor Fuad Koury en el marco de la IV Conferencia Anticorrupción Internacional en Lima (25-26 de setiembre de 2013); ver en "El Comercio" (www.elcomercio.pe, sección "política") de 25 de setiembre de 2013.

interpretación, se habían cometido fallas técnicas que dejaban vacíos de punibilidad, y se dejaban posibilidades de lograr la impunidad aplicando una serie de medidas procesales y materiales previstas en la legislación vigente (p. ej. la prescripción, la inmunidad parlamentaria, las medidas alternativas a la pena, etc.). Las últimas leyes analizadas no han cambiado nada de esto. Estas reformas técnicas son incluso más urgentes que las recurrentes "elevaciones de pena" o la llamada "muerte civil" (conjuntamente con el levantamiento del secreto bancario) para los condenados por corrupción que hasta ahora se siguen proponiendo como *la* solución al problema de la corrupción[82].

d. El problema de la corrupción, de todos modos, no es tan solo y ni siquiera principalmente, un problema de Derecho penal. Esto lo demuestra ya el elevadísimo nivel de "microcorrupción" constatado hace poco, en un primer trabajo empírico por la Procuraduría Anticorrupción del Perú. Es evidente que aquí, ni es posible la aplicación masiva del Derecho penal para todos los casos de microcorrupción que se observen ni tampoco ello sería deseable. Es por eso que, paralelamente a las medidas penales de refuerzo se deberían introducir o reforzar otras medidas extrapenales dirigidas a contener la corrupción y hacer que el control penal sea más efectivo. Todo esto lo he tratado en un trabajo anterior al cual debo remitir[83].

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL: "Acerca del merecimiento de pena del tráfico de influencias", en: Pariona Arana (coord.), "20 años de vigencia del CP peruano", Lima, 2012, pp. 579-608 [en este libro: pp. 795-822]; "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿un problema del Derecho penal?", en: Caballero Castillo/Ruiz Solís (coords.), "Cuestiones de Derecho penal, proceso penal y política criminal", 7mo. CONADEPC, Lima, 2010, pp. 171-229; "Vacíos en la legislación penal peruana sobre corrupción de funcionarios", Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales", N° 7 (2007), pp. 181-233 [en este libro: p. 747-793]; "Acerca de la naturaleza de la prescripción", LH a Raúl Peña Cabrera, tomo 1, Lima, 2006, pp. 545-571 [en esta compilación, p. 583-602]; "La lucha contra la corrupción en el mundo globalizado", en: Losano/Muñoz Conde (coords.), "El Derecho ante la globalización y el terrorismo", Valencia, 2004, pp.

---

[82] Así últimamente también ha opinado el *contralor general* Fuad Koury y el ministro Juan Jiménez Mayor, ver en "El Comercio" (www.elcomercio.pe, sección "política) de 25 y 9 de setiembre de 2013, respectivamente. El primero ha descatado la incorporación de la "reflexión ética" en la lucha contra la corrupción y la ejecución de programas concretos para la juventud. Esto solamente puede aplaudirse y exigir que continúe y se amplíe con reglas legales específicas de promoción y que rijan más allá del gobierno de turno.

[83] ABANTO VÁSQUEZ, "La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado" [En esta compilación ver p. 701 y ss.]

273-327 [en este libro: p. 701-746]; "Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano", 2da. ed., Lima, 2003; "Diez años de Derecho penal económico peruano: un balance", RPCP, N° 11-12 (2002), pp. 21-76 [en este libro: p. 603-660]; "Derecho penal económico. Parte especial", Lima, 2000; "Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas", Lima, 1997.

COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (Congreso de la República del Perú): "Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en el Proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ que propone modificar los artículos 376°, 384°, 387°, 388°, 389°, 400° y 401° del Código Penal, reforma de los delitos contra la administración pública", presentado al Congreso del 13-04-2011.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ: "Proyecto de Ley de reforma de los delitos contra la administración pública", presentado al Congreso el 02-02-2011.

DONNA, EDGARDO ALBERTO: "Delitos contra la administración pública", Buenos Aires, 2002.

MINISTERIO DE JUSTICIA DEL PERÚ: Informes. Ver en http://www.minjus.gob.pe/observatorio-anticorrupcion-documentos/

PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: "Determinación judicial de la pena y Acuerdos Plenarios", Lima, 2010.

PIETH, MARK: "Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität", ZStW 109 (1997), p. 756 y ss.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO (director)/MORALES PRATS, FERMÍN (coord.), "Comentarios al nuevo Código penal", (coord.), 6ta. ed., Pamplona, 2011, tomo II.

ROJAS VARGAS, FIDEL: "Delitos contra la administración pública", 4ta. ed., Lima, 2007.

SCHÖNKE, ADOLF /SCHRÖDER, HORST y otros autores: "Strafgesetzbuch. Kommentar", 28va. edición, Múnich, 2010.

TIEDEMANN, KLAUS: "Derecho penal económico. Introducción y parte general", Lima, 2009; "Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil", 3ra. ed., Múnich 2011; "Derecho penal económico. Parte especial, Lima, 2012; Comentarios a los art. 298 y 299 en "Leipziger Kommentar", 12da. ed., Berlín 2008; "Schmiergeldzahlungen in der Wirtschaft – Alte und neue Reformprobleme", LH a Lampe, Berlín, 2003, p. 759 y ss.; "Poder económico y delito", Barcelona, 1985.

Addenda

Después de haber concluido el presente artículo, el legislador penal peruano emitió dos leyes que introdujeron algunos cambios en los tipos analizados:

1. La Ley N° 30111 (publicada el 26-11-13) que agrega a las demás penas previstas en el correspondiente tipo penal la pena de multa, afectando así a los arts. 382, 389, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal.

   Aparte de la clásica agravación de la pena que estos cambios suponen para los tipos afectados, la ley denota apresuramiento y hasta falta de cuidado. Así, el tipo de "colusión" (384) utiliza como verbo rector la palabra "conciertar" en ver de "concertar" que hubiera sido lo propio si lo que se quiere es describir el acto de "pactar, acordar o convenir". Y también se nota el descuido al haber agregado mecánicamente la pena de multa a los tipos en cuestión con la fórmula" y con ... días-multa" sin notar que en algunos casos no era gramaticalmente necesaria la preposición "con": art. 384, primer párrafo, art. 382, último párrafo, art. 389 último párrafo, art. 398 segundo párrafo, art. 400, segundo párrafo, art. 401, segundo párrafo. Y también se olvidó indicar el artículo al que se refiere la inhabilitación accesoria en el art. 308, último párrafo.

2. La Ley N° 30124 (publicada el 13-12-2013), aparte de la redacción ("son" en vez de "serán considerados") introduce dos "novedades". En el número 3 se aclara que la "entidad u organismo del Estado" con la cual el sujeto "funcionario público" tenga "vínculo laboral" o "contractual" puedan ser "empresa del Estado o sociedades de económia mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado". Esta precisión era innecesaria. Es más, ella constituía el texto inicial del numeral 3 del C.P. de 1991 y fue reemplazado precisamente por el texto más amplio que ahora se quiere "ampliar".

   El segundo cambio, como numeral 6 sí es una novedad: "Los designados, elegidos o proclamados por autoridad competente para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades". Pero esto tampoco parece ser un cambio imprescindible pues no hace más que describir como casos específicos situaciones que encajaban perfectamente en los numerales anteriores.

Índice general

Prólogo 5

Abreviaturas 9

ACERCA DE LA TEORÍA DE BIENES JURÍDICOS 13

1. La "tradicional" teoría de bienes jurídicos o "principio de lesividad"... 13
2. La renuncia al "principio de lesividad" 50
3. Nuevos desarrollos sociales y tecnológicos y "teoría de bienes jurídicos" 67
4. Balance crítico: en defensa de la teoría de "bienes jurídicos" 77

JUSTIFICACIÓN Y FINALIDAD LA PENA: ¿CONCEPTOS DISTINTOS O NECESARIAMENTE VINCULADOS? 89

I. Aclaraciones preliminares 90

II. Las teorías absolutas 93

III. Las teorías relativas 97

IV. Las teorías mixtas 108

V. Tendencias recientes 114

VI. Resumen y perspectivas 144

PRINCIPIO DE RESERVA DE LA LEY PENAL *VERSUS* AUTORITARISMO ESTATAL 151

1. El principio de legalidad 151
2. El principio de reserva de la ley penal 153
3. Consecuencias de la violación del principio de reserva 157
4. Perspectivas y soluciones 161

EL PRINCIPIO DE "CERTEZA" EN LAS LEYES PENALES EN BLANCO. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DELITOS ECONÓMICOS 165
1. El principio de legalidad 165
2. Elementos del tipo penal 168
3. Delimitación con los elementos normativos 169
4. La problemática de los conceptos indeterminados 171
5. Leyes penales en blanco en las legislaciones penales 174
6. Leyes en blanco en el Perú 179

EL FUNCIONALISMO RADICAL O SISTÉMICO EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO 185
1. Introducción 185
2. El funcionalismo sistémico de Jakobs 185
3. Consecuencias del funcionalismo radical para el Derecho penal 188
4. Críticas generales al funcionalismo sistémico 190
5. En particular: el funcionalismo sistémico en el Derecho penal económico 192
6. Resumen 206

¿NORMATIVISMO RADICAL O NORMATIVISMO MODERADO? 209
1. El "funcionalismo" en alemania 209
2. La síntesis de Roxin o "normativismo moderado" 209
3. El normativismo radical de Jakobs 217
4. Resumen 265
5. Bibliografía 266

EL LLAMADO "DERECHO PENAL" DEL ENEMIGO. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO PENAL ECONÓMICO 269
1. Desarrollo del "Derecho penal" del enemigo de Jakobs 269
2. Orígenes filosóficos del término "enemigo". Otras acepciones 273
3. Crítica a la tesis de Jakobs 278
4. ¿"Enemigos" en la delincuencia económica? 291
5. Hacia un Derecho sancionador de empresas 301
6. Conclusiones y tareas pendientes 304

EL ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN SOBRE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA 317
1. Los orígenes de la teoría de la "imputación (atribución) objetiva" 317
2. La versión dominante de la teoría de la "imputación objetiva" 319
3. La teoría de Puppe 326
4. La teoría de Frisch 333
5. La versión "amplia" de la teoría de la imputación objetiva 335
6. La crítica "finalista" a la imputación objetiva 338
7. Conclusiones 342

TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y PARTICIPACIÓN DELICTIVA 345
1. La importancia de la imputación objetiva para la teoría del delito 346
2. Dominio del hecho e imputación objetiva 354
3. ¿Imputación objetiva para definir o extender la autoría? 356
4. La versión "amplia" de la teoría de la imputación objetiva 363
5. Papel reducido de algunos criterios de imputación objetiva en la "participación" 366
6. Conclusiones 371

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN Y LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE "INFRACCIÓN DEL DEBER" 377
1. Introducción 377
2. Los delitos especiales 378
3. La autoría y la participación en los delitos especiales 379
4. La teoría de los "delitos de infracción de deber" 385
5. Argumentos a favor y en contra de la teoría de la "infracción del deber" ... 389
6. Marco penal para los partícipes de "delitos especiales" o de "infracción del deber" 399
7. ¿El "concepto unitario de autor" como alternativa? 406
8. Conclusiones 407

PARTICIPACIÓN NECESARIA, INTERVENCIÓN NECESARIA O DELITOS PLURISUBJETIVOS. UNA APROXIMACIÓN A LA DISCUSIÓN 411
1. La "participación necesaria" como problema doctrinario y práctico 411

2. El problema de la terminología 413
3. Los "delitos de convergencia" y los "delitos de encuentro" 419
4. Grupos de casos de participación necesaria (según la doctrina alemana) 421
5. Conclusión 436

DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN Y DOMINIO DEL HECHO EN LA DISCUSIÓN ACTUAL 439
I. Introducción 439
II. Desarrollo de la teoría del "dominio del hecho" 440
III. Requisitos de la teoría del dominio del hecho 441
IV. El "dominio de la voluntad": los casos polémicos 442
V. Polémica alrededor de la teoría: las críticas y contracríticas 446
VI. Influencia de la teoría del dominio del hecho y de la jurisprudencia internacional y peruana 453
VII. ¿Una nueva forma de autoría como alternativa? 459

RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ENTES COLECTIVOS: UNA REVISIÓN CRÍTICA DE LAS SOLUCIONES PENALES 465
1. Introducción 465
2. Planteamiento del problema 466
3. Modelos existentes 488
4. Los "delitos" específicos de los entes colectivos y la "accesoriedad" del acto individual 511
5. El destinatario de la norma 514
6. La responsabilidad (penal) de la matriz o de transnacionales 515
7. Sanciones y procedimiento 520
8. Ubicación de la responsabilidad "penal" dentro del CP 524
9. Derecho comparado 525
10. Resumen y revisión crítica 533

HACIA UN NUEVO DERECHO PENAL DE LAS EMPRESAS. MÁS ALLÁ DE LA SOLUCIÓN PENAL Y MERAMENTE ADMINISTRATIVA DEL "DELITO ECONÓMICO" 545
1. Introducción: el problema de la criminalidad económica 545

2. Problemas insolubles de dogmática penal trasladada al derecho penal económico 546
3. Nuevos desarrollos sociales y tecnológicos y "teoría de bienes jurídicos" 564
4. Perspectivas: hacia una "depuración" del derecho penal y un nuevo derecho sancionador de empresas 576

ACERCA DE LA NATURALEZA DE LA PRESCRIPCIÓN 583
1. La discusión dogmática sobre la naturaleza de la prescripción 583
2. Consecuencias prácticas de la "naturaleza" de la prescripción 589
3. Situación actual en el Derecho penal peruano y posibilidades 595

DIEZ AÑOS DE DERECHO PENAL ECONÓMICO PERUANO: UN BALANCE 603
I. Cuestiones y tendencias generales 605
II. Protección penal específica de bienes jurídicos económicos 618
III. Conclusión y perspectivas 655

DELITOS CONTRA EL MERCADO, VIEJAS PRÁCTICAS, NUEVAS FIGURAS: DELITOS CONTRA LA LIBRE Y LEAL COMPETENCIA 661
1. Introducción: conceptos previos 661
2. Delitos contra la libre competencia 666
3. Delitos contra la leal competencia 685
4. La "Corrupción privada" 692
5. Resumen y perspectivas 696

LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN UN MUNDO GLOBALIZADO 701
I. El fenómeno de la corrupción 701
II. Incremento y dañosidad de la corrupción 703
III. La lucha contra la corrupción 712
IV. Tratamiento penal tradicional de la corrupción 714
V. Problemas jurídico-penales en la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos 721
VI. La lucha internacional contra la corrupción 734
VII. Resumen y tendencias 742

VACÍOS EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA SOBRE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS 747

1. Aplicación de la teoría de bienes jurídicos en los delitos contra la administración pública 748
2. Problemas de la "parte general" en los delitos contra la administración pública 754
3. Vacíos en la represión penal peruana de la "corrupción" 768
4. Conclusiones 790

ACERCA DEL MERECIMIENTO DE PENA DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS 795

1. El origen histórico de la figura de "tráfico de influencias" 796
2. La fundamentación del merecimiento de pena del "tráfico de influencias" 809
3. En especial: la "participación necesaria" en el "tráfico de influencias" 815
4. ¿Es posible la introducción de un tipo penal de tráfico de influencias? 818

EL TRANSFUGUISMO POLÍTICO: ¿UN DELITO DE COHECHO? ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DEL CONCEPTO PENAL DE "FUNCIONARIO PÚBLICO" 823

I. El caso planteado 823
II. El delito de "cohecho" 825
III. El elemento "funcionario público" y la "función pública" 827
IV. Análisis del caso planteado 836
V. Otras figuras penales de posible aplicación 842
VI. Conclusión 843

DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO: UNA RELACIÓN TENSA E INCOMPRENDIDA 847

1. Protección penal y protección administrativa 847
2. La fisión normativa 850
3. La intervención administrativa previa y "ne bis in idem" procesal 851
4. El "ne bis in idem" material 854
5. El principio "ne bis in idem" en el Derecho peruano 866
6. En especial: el Derecho disciplinario 879

7. La responsabilidad de personas jurídicas 886
8. Conclusiones 889

LA "ADMINISTRACIÓN DESLEAL" COMO INJUSTO PUNIBLE EN DERECHO COMPARADO 897
1. Orígenes y desarrollo del tipo penal de "infidelidad patrimonial" en Alemania 897
2. El tipo alemán de "infidelidad (patrimonial)" (art. 266 StGB) 902
3. Problemas de concreción de la "infidelidad" (art. 266 StGB) 921
4. Tipos de "administración desleal en el derecho comparado 940

ÚLTIMOS CAMBIOS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA ANTICORRUPCIÓN 947
1. El "soborno internacional pasivo" (nuevo art. 393-A) 950
2. El "abuso de autoridad" (art. 376) 956
3. El "fraude a la administración pública" ("colusión", art. 384) 956
4. El peculado (arts. 387 y 388) 960
5. El "tráfico de influencias" (art. 400) 961
6. El "enriquecimiento ilícito" (art. 401) 964
7. Penas e inhabilitación 967
8. Vacíos remanentes 971
9. Conclusiones 979

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL
<info@grijley.com>,
en el mes de marzo de 2014.